

**LAS REGLAS Y SUBREGLAS DE SUBSANABILIDAD EN LOS
REQUISITOS MÍNIMOS HABILITANTES COMO GARANTÍA DEL
DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS
CONTRACTUALES DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR Y ADULTO
MAYOR ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA
EN EL PERIODO 2007-2018**



Presentado por:

JACQUELINE RINCÓN CARMONA

MELISSA DÍAZ RAMOS

UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL PEREIRA

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

PEREIRA- RISARALDA

2019

**LAS REGLAS Y SUBREGLAS DE SUBSANABILIDAD EN LOS
REQUISITOS MÍNIMOS HABILITANTES COMO GARANTÍA DEL
DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS
CONTRACTUALES DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR Y ADULTO
MAYOR ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA
EN EL PERIODO 2007-2018**



Presentado por:

JACQUELINE RINCÓN CARMONA

MELISSA DÍAZ RAMOS

Asesor Metodológico:

Dr. EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA

**Trabajo presentado como requisito para optar por el título de Magister en
Derecho Constitucional**

**UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL PEREIRA
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

PEREIRA- RISARALDA

2019

CONTENIDO

Pág.

Introducción

1. Metodología

2. Descripción del problema

3. Planteamiento del problema

4. Objetivos

4.1. Objetivo general

4.2. Objetivos específicos

5. Justificación

6. Marcos de referencia

6.1. Estado del arte

6.2. Marco teórico

6.3. Marco jurídico

6.4. Marco conceptual

- 6.4.1. Contrato estatal
- 6.4.2. Principio de economía
- 6.4.3. Principio de subsanabilidad
- 6.4.4. Licitación pública
- 6.4.5. Contratación directa
- 6.4.6. Selección abreviada
- 6.4.7. Requisitos habilitantes
- 6.4.8. Debido proceso

7. Principio de subsanabilidad. Su evolución según la jurisprudencia del Consejo de Estado

7.1. Sentencia de marzo 14 (Consejo de Estado, 2013)

7.1.1. Regla general

7.1.2. Subregla:

7.2. Sentencia de febrero 26 (Consejo de Estado, 2014)

7.2.1. Regla general

7.2.2. Subreglas

7.3. Sentencia de junio 12 (Consejo de Estado, 2014)

7.3.1. Regla general

7.3.2. Subregla

7.4. Sentencia de noviembre 12 (Consejo de Estado, 2014)

7.4.1. Reglas

7.4.2. Subreglas

7.5. Sentencia de noviembre 12 (Consejo de Estado, 2014)

7.5.1. Reglas

7.5.2. Subreglas

7.6. Sentencia de julio 1° (Consejo de Estado, 2015)

7.7. Sentencia de agosto 10 (Consejo de Estado, 2015)

7.8. Sentencia de noviembre 26 (Consejo de Estado, 2015)

7.8.1. Regla

7.8.2. Subreglas

7.9. Sentencia de febrero 20 (Consejo de Estado, 2017)

7.10. Sentencia de agosto 16 (Consejo de Estado, 2018)

7.10.1. Reforma legal de la Ley 1150 de 2007. Ley 1882 de 2018

7.11. Sentencia de junio 28 (Consejo de Estado, 2019)

8. Importancia de la aplicación del debido proceso en los procesos contractuales de alimentación escolar y adulto mayor adelantados por el departamento de Risaralda para el periodo 2007-2018

9. Requisitos mínimos habilitantes en los procesos contractuales de alimentación escolar, adulto mayor y madre gestante adelantados por el departamento de Risaralda

9.1. Capacidad jurídica

9.2. Capacidad financiera

9.3. Capacidad organizacional

9.4. Experiencia

9.5. Capacidad técnica (en algunos), consistente en menajes, sitio de preparación y almacenamiento

9.6. Capacidad administrativa (solo en algunos), nutricionistas, ingenieros de alimentos, manipuladores de alimentos

9.7. Registro Único de Proponentes

10. Alcance de la aplicación de las reglas y subreglas de subsanabilidad en los procesos contractuales de alimentación escolar, adulto mayor adelantados por la gobernación de Risaralda en el periodo 2007-2018

Conclusiones

Bibliografía

**LAS REGLAS Y SUBREGLAS DE SUBSANABILIDAD EN LOS
REQUISITOS MÍNIMOS HABILITANTES COMO GARANTÍA DEL
DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS
CONTRACTUALES DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR Y ADULTO
MAYOR ADELANTADAS POR EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA
EN EL PERIODO 2007-2018**

Por: JACQUELINE RINCÓN CARMONA¹

MELISSA DÍAZ RAMOS²

INTRODUCCIÓN

En Colombia el Estado, a partir de los criterios tales como la administración pública, ejerce tareas de índole gerencial a partir de mecanismos que le permiten ejecutar funciones asignadas por la misma Carta Constitucional o por la ley, expresándose así a partir de cinco formas, básicamente: actos, hechos, omisiones, operaciones y

¹ Abogada titulada de la Universidad Libre, Seccional Pereira (1994). Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Seccional Pereira (1997). Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, Seccional Pereira (2015). Profesional Especializada Grado 10 de la Gobernación de Risaralda. Docente universitaria catedrática en Derecho Romano, Derecho Civil Personas, Derecho Civil Bienes, Contratación Estatal y Derecho Constitucional General en la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Sede Pereira. Contacto: mi.jacqui@hotmail.com

² Abogada titulada de la Universidad Libre, Seccional Pereira (2003). Especialista en Legislación Tributaria y Aduanera de la Universidad Pontificia Bolivariana (2006). Especialista en Derecho Constitucional (2015). Asesora Grado 19 de la Procuraduría General de la Nación. Docente Universitaria. Catedrática. Asignaturas Derecho Constitucional General y colombiano, y Ética Aplicada y Código Disciplinario. Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Sede Pereira. Contacto: melissa.diaz.ramos@gmail.com

contratos administrativos, lo que finalmente genera obligaciones respecto de sus administrados (HUERTA, 2008).

De lo anterior se colige que la administración pública actúa por regla general de forma unilateral, y en casos excepcionales celebra acuerdos de voluntades bilaterales, y de la misma forma en cómo actuaría un particular, es decir, celebrando contratos.

Al respecto dicen MURILLO y CONSUEGRA (2015):

El contrato administrativo, una forma de obligarse jurídicamente que se perfecciona a través de la manifestación de la voluntad de las partes, siendo por ello bilateral, con la peculiaridad que el contratista lo deberá hacer acogándose a los términos establecidos previamente por la entidad pública contratante, llevándolo a la situación a ubicarse en con contrato de adhesión en el entendido que es la entidad contratante la que define la necesidad que debe solventar a la sociedad, junto con las cláusulas del contrato, así como las condiciones de ejecución, debiendo por ello, la parte contratista, adaptarse a ellas y asumirlas como la aplicables al contrato, situación que demás le responsabiliza por su cumplimiento (p. 24).

Así pues, es la contratación estatal uno de aquellos mecanismos mediante los cuales la administración pública persigue la consecución del interés general, tal y

como lo establece el Estatuto General de Contratación (1993), expedido mediante la Ley 80 (art. 3°).

La contratación estatal ha tenido varias etapas para ser distinguida doctrinaria y legalmente de la contratación entre privados, hasta llegar a la expedición de la Ley 80 de 1993, *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, estableciendo claramente el régimen jurídico aplicable de los contratos estatales.

Este Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (1993), además de poner fin a las controversias existentes entre los regímenes jurídicos, creó una serie de principios generales aplicables, reguladores y orientadores en la contratación de la administración pública, los cuales debían estar articulados con los principios de raigambre constitucional del artículo 209.

Es así cómo, de esta coyuntura, la Ley 80 trajo principios tales como: transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, criterios que, si bien no son considerados principios, cobran real importancia dentro del trámite contractual, v. gr., el equilibrio económico o ecuación contractual, así como interpretación contractual, entre otros.

No obstante lo anterior, y con ocasión de las múltiples reformas de la Ley 80 de 1993, se han introducido más reglas y han sido erigidos más principios, tal y como

sucedió con la expedición de Ley 1150 de 2007, introduciendo de manera concreta al ordenamiento jurídico el *principio de subsanabilidad* en la contratación estatal.

Novedosa fue la incursión de este principio que, aunque ya se consagraba en el artículo 25 numeral 15 inciso 2 de la Ley 80 de 1993, a partir de 2007 fue desarrollado y elevado a un nivel superior de importancia por esta norma, permitiendo que fuera aplicado de forma objetiva y real en los procesos contractuales.

A partir de su concepción legal, la jurisprudencia ha desarrollado, definido, reglado y estructurado el alcance y límites en la aplicación de este principio en la fase precontractual y contractual de los negocios jurídicos que habrá de celebrar la administración pública, de tal suerte que es deber de las entidades públicas, y en particular las entidades territoriales como el departamento de Risaralda, acatar estos lineamientos en el ejercicio de la actividad contractual en aras, no solo de garantizar a los actores del proceso la satisfacción plena del debido proceso, sino también la garantía de los derechos mínimos de los proponentes en un proceso licitatorio, selección abreviada de menor cuantía, selección abreviada subasta inversa, concurso de méritos o proceso de mínima cuantía.

De allí la importancia del estudio de los lineamientos, reglas y subreglas de subsanabilidad desarrolladas a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del año 2013, y su reconocimiento y aplicación en los procesos contractuales de licitación pública adelantados por el departamento de Risaralda en contratos de

vital importancia para el desarrollo social y educativo del departamento, en aras de establecer si se cumplen y aplican estas reglas y subreglas.

Aunado a lo anterior, es de vital importancia para la comunidad académica este documento, pues son escasos los estudios adelantados sobre este tema, máxime porque se tiene como propósito el análisis de los procesos contractuales adelantados por el departamento de Risaralda, a la luz de las reglas y subreglas aplicables al principio de subsanabilidad en los requisitos mínimos habilitantes, según lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado desde el año 2013, dando cumplimiento a lo reglado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, frente a los principios de economía y moralidad contenidos en el artículo 209 de la Carta en contratos de real y vital importancia constitucional.

1. METODOLOGÍA

De tal suerte, esta investigación es de orden jurídico-exploratoria, a partir del método de investigación del análisis y la síntesis, toda vez que pretende estudiar el principio constitucional del debido proceso, en relación con las reglas jurisprudenciales establecidas frente al principio de subsanabilidad y su abstracción a los procesos contractuales adelantados por la gobernación de Risaralda, que serán sometidos a análisis para determinar la aplicabilidad de este principio por tratarse de procesos de vital importancia constitucional.

Lo anterior, considerando que se abordará el principio de subsanabilidad, orientador de la actividad contractual del Estado, como una expresión garantista constitucional en la materia, por su relación directa con el derecho fundamental al debido proceso.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El artículo 25 (num. 2, 15 y 17) de la Ley 80 de 1993, trajo como principio la posibilidad de subsanar defectos de forma en las propuestas presentadas por los oferentes que concurren a un proceso de contratación, sin embargo, pese a existir dicha normativa, las entidades públicas en general no le dieron aplicación; por el contrario, se rigió la exigencia de los requisitos en el pliego de condiciones al proponente, desconociendo así garantías inherentes al debido proceso constitucional de los oferentes, puesto que se rechazaban las propuestas sin oportunidad de ser subsanadas, esto es, corregidas, aclaradas y así permitir que continuaran en el proceso contractual, evitando declarar desiertos los procesos, o dejar de adjudicarlos a proponentes con propuestas objetivamente convenientes para el desarrollo del objeto contractual.

Luego de 14 años de expedida la Ley 80 de 1993 se promulgó la Ley 1150 de 2007, en la cual el legislador debió establecer en forma más clara y contundente este principio a favor de los proponentes, expresando de forma precisa la obligatoriedad de dar aplicación al principio de subsanabilidad, señalando además cuáles requisitos

podían ser objeto de dicha subsanación, constituyéndose dicha disposición en garantía para los oferentes en el desarrollo de los procesos de contratación.

Así, esta última norma dijo en su artículo 5° lo siguiente:

Parágrafo 1°. 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, deberá ser solicitado hasta el momento previo a su realización.

No obstante ello, y pese a la existencia de esta estipulación, al principio de la vigencia de la norma, y luego de contar con un sistema revestido de una rigurosidad en las condiciones solicitadas, no hubo claridad frente al cómo y al qué debía y podía subsanarse en una propuesta dentro de un proceso público de contratación estatal.

El asunto trató de aclararse con la expedición de reglamentos tales como el Decreto 2474 de 2008, el cual, además de transcribir el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, agregó que no era posible subsanar la falta de capacidad jurídica.

Señalo esta norma:

Artículo 10. Reglas de subsanabilidad. (...) en ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta (...).

Idéntico texto tuvo el Decreto 734 de 2012, aclarándose que a la fecha estos decretos se encuentran derogados.

Como puede observarse, los decretos añadieron una parte normativa importante que no traía la Ley 1150 de 2007, lo cual creó mayor confusión frente a la aplicación del principio de subsanabilidad, toda vez que en ninguna parte se aclaró que formaba parte de la capacidad jurídica, lo que conllevó a que se pensara que si no se anexaba el certificado de existencia y representación legal de una persona jurídica, por ser este donde se verifica la capacidad jurídica, entonces no era admisible su subsanación, y así varios documentos relacionados con las posibles capacidades jurídica de persona natural o jurídica, lo cual no deja duda que violentaba los derechos de los proponentes, porque cada entidad construía su propia teoría, traduciéndose en una violación al debido proceso, como derecho constitucional de quienes presentaban propuestas para aspirar a ser contratistas del Estado.

Luego entonces, fue a partir de las reclamaciones constantes de los proponentes, sumadas a los cuestionamientos de los entes de control y posteriores acciones judiciales emprendidas en contra de las entidades territoriales, que se dio

lugar a diversos pronunciamientos por parte del Consejo de Estado en relación con la aplicación del principio de subsanabilidad en los requisitos mínimos habilitantes en los procesos de contratación adelantados por las entidades públicas.

No son de tal suerte uniformes ni pacíficos los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, puesto que, desde aproximadamente el año 2012 hasta el momento, han sido de permanente evolución en cuanto a los criterios en los procesos contractuales, al considerar, de los requisitos mínimos habilitantes de las ofertas, cuáles son subsanables y cuáles no, además de los términos y plazos que para ello se requieran.

Así, en sus providencias el máximo tribunal de lo contencioso administrativo estableció en su jurisprudencia de manera directa el principio de subsanabilidad, reglando que este debía ser entendido como un derecho de los proponentes que se deslía de las garantías procedimentales y en aplicación del debido proceso constitucional, y no como una mera facultad de la administración, la cual debía y debe otorgar un plazo razonable a los concurrentes para adecuar y corregir las ofertas.

Dijo esta sentencia:

[...] en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-Ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes

para “subsanan” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. (...) Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas.

En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público —es decir, de sus entidades—, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado. Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. (...).

De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo *in limine* de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que

surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare. (...) las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80 (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

Con el devenir del tiempo el Consejo de Estado aclaró elementos en materia del principio de subsanabilidad, reglando vía jurisprudencial su aplicación. En consecuencia, la corporación estableció que no debía importar que el requisito sea subsanable o no. Es obligación de la administración asegurar y propender por el derecho al debido proceso de los proponentes, y para ello dispuso que deberá permitirse la controversia de las decisiones que se tomaron en el procedimiento contractual encaminado a establecer si el requisito en cuestión es o no subsanable, y de contera estableció que estos requisitos son de tres tipos: subjetivos, objetivos y formales.

Dice la sentencia que son:

[...] **subjetivos** que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; **objetivos** que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y **formales** que atienden a la instrumentalización y protocolización de

los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

Seguido de esto, y apenas meses después, la misma Sección Tercera, a partir de la Sentencia de noviembre 12 de 2014, expresó:

[...] a partir de la vigencia de la Ley 1150/07, las entidades y los oferentes deben aplicar directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de manera que, lo subsanable o insubsanable se define a partir de saber si ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace, es insubsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento, la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o de requisitos cumplidos antes o después de ser presentadas las ofertas, con la condición de que, cuando le requiera la acreditación, la satisfaga de forma eficiente y, que se haga antes de la adjudicación del contrato (RODRÍGUEZ L., 2015).

En suma, el Consejo de Estado, tras un completo análisis en los litigios que han llegado a su instancia en aras de una unificación de criterios y como producto de controversias suscitadas en las etapas precontractuales de los contratos administrativos de cara a la garantía del principio de subsanabilidad en los requisitos mínimos habilitantes, ha establecido reglas de obligatorio cumplimiento para las autoridades de cualquier orden, ello en virtud del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011.

Corolario a lo anterior, por su parte los órganos instructores y directores en la contratación estatal en Colombia han establecido más reglas y han delimitado la aplicación de lo establecido por el Consejo de Estado en varias sentencias a partir de directrices y circulares (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2014) que tienen un carácter vinculante, en principio, por ser documentos o conceptos (Ley 1437 de 2011), pero además por la naturaleza jurídica de Colombia Compra Eficiente, ente que regula el sistema de compras en Colombia, por lo cual deben ser acatados por las diferentes entidades y organismos del Estado (CONSEJO DE ESTADO, 2007), tal y como si se tratase de una providencia emitida por una alta corporación, que para el caso de la jurisdicción contencioso administrativa será el Consejo de Estado.

Así pues, son lineamientos claves que podrán y deberán ser tenidos en cuenta para una unificación de criterios en materia de subsanabilidad.

Pero también, vía Jurisprudencia, se agregó un nuevo concepto, para nada conocido por las entidades públicas, pues no está regulado en las normas existentes; se trató pues de la aplicación de reglas y subreglas de subsanabilidad, motivo por el que estas reglas y subreglas deberán ser aplicadas por todas y cada una de las entidades que adelanten procesos de contratación en Colombia, siendo una de ellas la del ente territorial denominado departamento de Risaralda, quien cumple una serie de funciones constitucionales y legalmente definidas en aras de garantizar los derechos y libertades de los habitantes de su territorio que participan en procesos de contratación pública.

En atención a lo anterior, ha debido la administración departamental adelantar procesos contractuales cuyo objeto corresponda al acatamiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en lo relativo a la alimentación, así como para dar cumplimiento al artículo 44 de la Carta de 1991, el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición, los documentos del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, los Objetivos del Milenio en desarrollo de los documentos CONPES, en aras de dar cumplimiento a lo ordenado constitucionalmente en materia de protección de los ciudadanos y garantía de derechos humanos, máxime para poblaciones de especial protección como los niños, niñas y adolescentes, así como adultos mayores, en el entendido de una alimentación sana y adecuada a las necesidades nutricionales que cada uno de ellos requiere, para lo cual la entidad convoca procesos contractuales de vital importancia social y consecución de los fines esenciales del Estado, tales como los programas de alimentación escolar y los de complementación nutricional para adultos mayores del departamento de Risaralda.

En tal virtud, y por tratarse de procesos de contratación que revisten vital relevancia constitucional, y en los cuales se propende por garantizar derechos mínimos a los niños, niñas y adolescentes, así como a los adultos mayores y madres gestantes del departamento, atrae la atención el estudio de los procesos contractuales no solo por su objeto, sino también porque en ellos debe darse la aplicación en debida forma de las reglas de subsanabilidad que para estos procesos se erigieron, establecieron y debieron garantizar a todos y cada uno de los proponentes desde el pliego de condiciones y el reglamento de contratación de la entidad.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Expuesto el problema, su holística, debidamente limitado en tiempo y espacio, su formulación, el presente proyecto de investigación se condensa en la siguiente pregunta:

¿Es aplicable el principio de subsanabilidad en los requisitos mínimos habilitantes como garantía del debido proceso constitucional en los procesos contractuales de alimentación escolar y adulto mayor adelantados por el Departamento de Risaralda para el periodo 2007-2018?

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar si es aplicable el principio de subsanabilidad, sus reglas y subreglas en los requisitos mínimos habilitantes como garantía del debido proceso constitucional en los procesos contractuales de alimentación escolar y adulto mayor adelantadas por el departamento de Risaralda para el periodo 2007-2018.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Establecer la evolución del principio de subsanabilidad según la jurisprudencia del Consejo de Estado.

- b) Determinar la importancia de la aplicación del debido proceso en los procesos contractuales de alimentación escolar y adulto mayor adelantados por el Departamento de Risaralda para el periodo 2007-2018.
- c) Examinar los requisitos mínimos habilitantes en los procesos contractuales de alimentación escolar y adulto mayor adelantados por el Departamento de Risaralda.
- d) Establecer el alcance de la aplicación de las reglas y subreglas de subsanabilidad en los procesos contractuales de alimentación escolar y adulto mayor adelantados por la Gobernación de Risaralda en el periodo 2007-2018.

5. JUSTIFICACIÓN

En atención a la naturaleza de la necesidad de la alimentación como garantía de la dignidad humana constitucional, así como de cualquier otro derecho, principio o valor, la entidad territorial departamento de Risaralda convoca año tras año al desarrollo de los procesos contractuales mediante los cuales se garantizan los derechos mínimos nutricionales de determinadas poblaciones.

Así pues, el departamento de Risaralda, en cumplimiento expreso de estas obligaciones, se ve abocado a adelantar procesos contractuales para satisfacer este tipo de necesidades, en consonancia con los principios constitucionales de transparencia, economía y moralidad contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, además reglados por el estatuto contractual, garantizando los derechos fundamentales del debido proceso a los contratistas durante toda la actuación.

La presente investigación tiene por objeto, pues, determinar si hubo protección de los derechos de los proponentes a un debido proceso en la etapa de selección, siendo esto de vital importancia para la comunidad jurídica al visibilizar lo establecido en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado a partir del año 2013 y la jurisprudencia constitucional frente a los requisitos mínimos habilitantes en los proceso ya definidos, sino también, de manera intrínseca, si hubo garantías a las personas beneficiadas con los contratos celebrados por parte de la administración pública departamental.

De otro lado, reviste importancia porque permite materializar, exponer y entender en qué sentido está siendo atendida en este aspecto la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional, en el marco de un Estado social de derecho por parte de las entidades públicas, al adelantar procesos de contratación.

Así mismo, permitirá a la comunidad jurídica conocer la estructura de relevantes contratos del departamento de Risaralda que tienen como propósito la materialización de los fines del Estado y su componente teleológico de dignidad humana mediante la garantía de la alimentación y nutrición, con plena aplicación del principio de subsanabilidad en el desarrollo de la etapa precontractual, en el entendido que los operarios administrativos que aperturan las licitaciones públicas y demás modalidades de contratación no brindan, en ocasiones, suficiente interpretación a estas reglas, configurando una violación al debido proceso, garantía de la cual son titulares todos y cada uno de los proponentes que se perfilan a contratar

con la Administración pública, dejando claro cuáles son estos requisitos o elementos que podrán ser subsanados sin que ello implique un rechazo *in limine* de las propuestas con un ardid de mejoría de las mismas, siéndoles garantizado tal derecho, sin que sean conculcadas sus garantías constitucionales inherentes a cada ser humano, como lo es el debido proceso y la igualdad frente a los demás oferentes.

Igualmente, por ser el departamento de Risaralda la entidad territorial que sirve de referente legal para los municipios del departamento, así como de instancia consultiva, resulta imprescindible dar plena a aplicación al principio de subsanabilidad dentro de los procesos contractuales de licitación pública, de modo tal que dicha práctica, por demás obligatoria y vinculante, pueda darse en la totalidad de los municipios que conforman este departamento, disminuyendo ostensiblemente reclamaciones en instancia administrativa, acciones constitucionales y controversias judiciales que culminen en sentencias condenatorias para las entidades territoriales por la violación de principios constitucionales y contractuales desarrollados por vía jurisprudencial, pero que tienen plena aplicación para los proponentes.

6. MARCOS DE REFERENCIA

6.1. ESTADO DEL ARTE

Los antecedentes que presenta esta investigación se encuentran plasmados en la jurisprudencia del Consejo de Estado, textos jurídicos y demás artículos que abordan y trabajan el principio de la subsanabilidad en materia contractual. Es así como se

realiza un estudio de los documentos y la literatura jurídica que antecede esta investigación, de donde se extrae su descripción, contenido, requisitos, evolución y afines, así como sus variables.

Para empezar, se traen a colación varios textos de dogmática de la contratación estatal, tales como la *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública* (ESCOBAR R., 2000), y *Transformación jurídica del contrato administrativo en el derecho colombiano* (ESCOBAR R., 2005), en donde el autor estudia la holística y desarrollo de la contratación estatal en Colombia, además de exponer su principalística.

Aunados a los anteriores textos, y siguiendo su mismo corte, se estudió el texto *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal* (FANDIÑO, 2009), en el cual el autor realiza una exposición ardua y completa del marco reglamentario de los contratos estatales, sirviendo de guía para el desarrollo y estudio de los mismos.

De igual manera, se hace menester estudiar textos como el *Régimen de contratación estatal* (Universidad Externado de Colombia, 1996), *Manual de procedimiento de la contratación estatal* (GÁMEZ, 2001), *Régimen jurídico de la Contratación Estatal* (FANDIÑO, 2009), *El régimen jurídico de los contratos estatales* (PINO, 2005), *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993* (VINUEZA, 2003), *El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos* (GÓMEZ, 2012), *Derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al nuevo*

Decreto 734 de 2012” (GÓMEZ, 2012), *Contratación segura. Estudio normativo compilatorio de la contratación estatal* (GÓMEZ L., 2009), y el más reciente, *Teoría general y práctica de la contratación estatal* (RICO, 2015), además de *Reforma al régimen de la contratación estatal*” (DE VIVERO, 2010), textos en los cuales es estudiado el tema de la contratación estatal, donde se exponen todas sus reformas y desarrollos jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y los preceptos que esta Corte ha introducido al ordenamiento en sentencias cuyos ponentes han sido, entre otros, Enrique Gil Botero, Carlos Alberto Zambrano y Jaime Orlando Santofimio.

Es así como los mencionados textos hacen un análisis de la contratación estatal en virtud y vigencia tanto del Decreto 01 de 1980 (Código Contencioso Administrativo), como de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

De igual manera, existen otros de índole investigativo del nivel científico, elaborado por juristas de grado de especialización, maestría y doctorado, quienes han tratado estos temas, como los mencionados a continuación.

Así pues, se tiene el artículo titulado *El cumplimiento de los fines del Estado en contraposición a la rigurosidad en la contratación estatal* (SALAMANCA, 2015), donde la autora buscó realizar una ponderación entre el cumplimiento de un objetivo estatal fundante en ejercicio del Estado social de derecho y el cumplimiento de las formalidades a las que se ve sometido un proponente y la misma administración, en

el desarrollo de un proceso contractual, toda vez que debe ser atendido con las restricciones y limitantes a las que está sujeto un proceso contractual.

Es así como, con este trabajo, se analizará una forma de establecer y crear un instrumento que permita aplicar las reglas y subreglas de subsanabilidad, objeto de este trabajo.

De esa misma forma se estudiará el texto titulado *Reformas de la Contratación Estatal y aplicación práctica* (ORTEGA & MUÑOZ, 2012) por cuanto realiza un estudio de la holística de la contratación estatal en Colombia.

Es menester también realizar un estudio del artículo *Procesos licitatorios en Colombia* (OSORIO & BARRIOS, 2011) toda vez que realizan los autores un análisis sucinto de esta modalidad de contratación.

También se estudiará el trabajo titulado *Implicaciones de las reglas de subsanabilidad en los procesos de contratación estatal en Colombia*” (CORREA, SÁNCHEZ, & GALEANO, 2016), en donde los autores estudian el principio de subsanabilidad a la luz de la potestad que tienen las autoridades públicas de alterar o permitir a los oferentes subsanar los presupuestos y reglas inicialmente planteadas en el proceso contractual, sin violentar su derecho al debido proceso.

De igual forma se estudió el trabajo *Registro único de proponentes: Requisito habilitante, oportunidad transparente para contratar con el Estado* (ECHEVERRY V.,

2011), por cuanto estudia y expone uno de los requisitos *sine qua non* para participar en un proceso licitatorio, y que es fundamental para la adjudicación y participación en estos procesos por indicar la experiencia del proponente.

Otro libro de suma importancia para la materia es el llamado *Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia de la contratación estatal?* (UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, 2011), donde varios autores realizan el análisis de la importancia de esta reforma sufrida por la Ley 80 de 1993, encaminada hacia la transparencia y economía, máxime porque en esta se introdujo el principio de subsanabilidad.

Aunado a lo anterior, es necesario estudiar el texto titulado *Subsanabilidad de requisitos habilitantes en los procesos de contratación estatal en Colombia* (PÁEZ & BALCÁZAR, 2015), en tanto analiza el principio de subsanabilidad y los requisitos mínimos habilitantes en la contratación estatal de manera general, de tal suerte que es de vital importancia para la realización de este trabajo.

Otro texto de suma importante es el titulado *Contratación transparente en el Estado colombiano* (MORENO, 2014), el cual es un estudio de los principios de igualdad y transparencia en la contratación estatal, en aras de determinar falencias o incongruencias en el proceso contractual.

También es importante el estudio del artículo titulado *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007* (SANTOFIMIO,

2009), donde se hace un estudio de la reforma a la Ley 80 a la luz de la Ley 1150 de 2007, y los principios de transparencia y subsanabilidad.

Del mismo autor fueron estudiados los textos *Tratado de derecho administrativo*” (SANTOFIMIO, 2011), mediante el cual el autor desarrolla desde el punto de vista holístico la teoría del derecho público, y *Procedimientos administrativos y tecnología* (SANTOFIMIO, 2011), en el cual el autor desarrolla y expone las formas en las que la administración pública puede ser más transparente en el ejercicio de la función pública a través de las TIC’s.

Así también se estudia el texto *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios* (GONZÁLEZ, 2012), toda vez que es un documento hito en el estudio de los pliegos de condiciones de la contratación estatal, y hace un estudio completo de este a la luz también de sus desarrollos, como lo es el Decreto 2474 de 2008.

Se tiene otro documento que refuta la tesis de todos los anteriores, siendo antagonista frente a la subsanabilidad de estos requisitos mínimos habilitantes, titulado *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 de Estado, pronunciamientos de los Magistrados Enrique Gil Botero y Carlos Alberto Zambrano Barrera* (BLANCO, 2015), donde la autora expone la inseguridad jurídica que presenta para el proceso contractual la

subsanción que tienen los proponentes de sus propuestas, por cuanto esto puede conllevar a variar los puntajes que a ellos corresponde frente al pliego.

También, y en el hilo de la discusión, continúan dos textos que estudian este tema, tales como *De la capacidad jurídica como requisito habilitante en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado* (GUERRERO, 2017), y *Registro único de proponentes: Requisito habilitante oportunidad transparente para contratar con el Estado* (ECHEVERRY, 2011), en los cuales se analizan un par de requisitos habilitantes enfrentados al principio de subsanción.

Así mismo, fue estudiado el texto *Las desviaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia* (CÁRDENAS, 1994), pues permite analizar la problemática que ha vivido Colombia en materia contractual a la luz de las contrataciones direccionadas a determinados proponentes vulnerando los derechos de los demás, a partir de, en ocasiones, el abuso de la subsanción en el curso del proceso. En el mismo sentido, el texto titulado *Falta de claridad en los pliegos de condiciones, origina interpretación subjetiva que conlleva a transgredir principios contractuales* (CONDE, 2016).

Del mismo modo fue estudiado el texto *La oferta como negocio jurídico y los requisitos de subsanción en la contratación pública* (TORRES, 2017), donde analiza el autor estos elementos del proceso licitatorio.

6.2. MARCO TEÓRICO

El tema de la subsanabilidad de las ofertas en desarrollo de los procesos contractuales adelantados por parte de las entidades públicas ha evolucionado representativamente, al haber sufrido variaciones sustanciales a lo largo del tiempo, tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial:

Tal disposición consiste en la facultad que tienen las entidades cuando deben requerir al oferente para que allegue la documentación necesaria para el conocimiento de la contratante en el término que prudencialmente asigne ella; tras ser recibidos y valorada su procedibilidad como requisito verificable (MURILLO y CONSUEGRA, 2015, pp. 128-129).

Tomamos como punto de partida el Decreto 222 de 1983, por medio del cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas, que establecía la imposibilidad que tenían los oferentes para corregir sus ofertas, pues así lo entendió la administración en su conjunto a partir de la interpretación de lo dispuesto en el artículo 33 del mencionado decreto, el cual señalaba la obligación de evaluar las propuestas en estricto rigor con lo dispuesto en el pliego de condiciones, lo que generaba que se cayera en un excesivo formalismo, no sano, en la medida que terminaba afectando los postulados de selección objetiva del contratista, en cuanto a la propuesta más favorable para la administración se refiere.

Dicha posición, excesivamente ritualista, comenzó a ser modulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo a partir de la aplicación de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, es decir, se plantó como posición la imposibilidad de rechazar ofertas cuando se tratare de requisitos insustanciales y no indispensables para la comparación y evaluación objetiva de las propuestas, en el entendido que no todos los requisitos contenidos en el pliego gozan del mismo peso o importancia, por lo cual su falta no puede comprender iguales efectos, sino que los mismo deben encontrarse ajustados proporcionalmente a la condición incumplida:

Así las cosas; las entidades públicas no rechazarán las ofertas incompletas por cualquier tipo de deficiencia, únicamente por aquellos requisitos necesarios para su comparación; aquí la entidad estatal debe ponderar la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para comparar las propuestas” debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla (Consejo de Estado 25.804 de 2014) (RODRÍGUEZ, 2015, p. 18).

De esta manera se fue construyendo jurisprudencialmente la aplicación del principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal a los procesos contractuales, hasta que el legislador en el año 1993 expidió la Ley 80, por la cual se adoptó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a efectos de lograr mayores niveles de eficiencia adaptando el proceso a los postulados del nuevo

ordenamiento jurídico constitucional, así como al nuevo modelo de Estado adoptado por el Constituyente del 91.

Sobre la importancia de los principios tenemos:

Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden (Sentencia C-818 de 2005). (i) Sirven de base y fundamento del ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. Por otra parte el principio de subsanabilidad, abarca transparencia, legalidad, igualdad de oportunidades, economía, eficiencia y eficacia contractual, por ello se creó este principio pero con el nombre de insubsanabilidad, pues la Ley 80/93 no lo contemplaba claramente, a pesar de esto mediante decretos reglamentarios se reguló el tema con dos criterios normativos que fueron eliminados debido a constantes contradicciones (RODRÍGUEZ, 2015, p. 10).

Tanto el legislador como el Consejo de Estado han procurado defender dicho postulado en la aplicación de la regla de subsanabilidad dentro del ámbito de la contratación pública, sin embargo surgen polémicas frente a la aplicación de la aludida regla a lo largo de su desarrollo. En cuanto al principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal, introducido por el Constituyente de 1991 en el artículo 228 constitucional, y propio de la administración de justicia, este encontró plena receptividad y aplicación en los procesos contractuales de naturaleza administrativa,

especialmente en lo referente a la subsanabilidad de las ofertas, según lo dispuesto por el Consejo de Estado (1998) y similares razonamientos que se efectuaron en la Sentencia del Consejo de Estado (1999):

El Consejo de Estado justifica esta posición en el principio de economía dentro del cual se encuentra inmerso el principio constitucional: lo sustancial prima sobre lo formal, que llevado a la contratación soporta e no rechazo de las ofertas ante la omisión o defecto de documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas y en caso contrario el rechazo de las propuestas si se trata de falta de requisitos o documentos que impidan la comparación o ponderación de las mismas (DÁVILA V., 2016, pp. 318 y 343).

Lo anterior a partir de lo dispuesto por el numeral 15 del inciso 2 del artículo 25 de la mencionada Ley 80 de 1993, al disponer que en virtud de la aplicación del principio de economía, la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá como sustento de rechazo de los ofrecimientos recibidos por la entidad. De esta manera se hizo necesario comenzar a diferenciar y clasificar las irregularidades de las propuestas en dos grandes grupos (las meramente formales y las sustanciales), a efectos de determinar la procedencia o no del rechazo de las mismas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente (2019), en el numeral 6° de su circular única externa impartió directrices sobre la

subsanción de ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los procesos de contratación, donde señaló en términos generales:

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, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. En consecuencia, las Entidades Estatales deben solicitar a los oferentes subsanar los requisitos de la oferta que no impliquen la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsanar tales requisitos hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la Entidad Estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Las Entidades Estatales no podrán rechazar la oferta cuando soliciten documentos que no son esenciales para la comparación de las mismas y que no tienen el carácter de habilitantes, sino que son requeridos para la celebración del contrato o para su registro presupuestal, tales como la certificación bancaria, el RUT, el RIT, el formato SIIF, entre otros (p. 34).

Posteriormente, el Consejo de Estado (2000) determinó una facultad adicional para la administración, consistente en otorgar la posibilidad de corrección de las ofertas en lo que concierne a requisitos formales o subsanables, situación que posteriormente adoptaría de manera expresa el legislador al expedir la Ley 1150 de

2007, la cual estableció como término para que los proponentes subsanen todas las irregularidades formales, y no solo las relacionadas con los requisitos habilitantes, hasta el momento de la adjudicación, sin que ello implicare el otorgamiento de la posibilidad de modificar la propuesta en aras de mejorar la misma respecto a lo inicialmente ofertado; posteriormente la Ley 1882 de 2018 estableció una serie de términos dependiendo del tipo de proceso de selección adelantado por la entidad contratante (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, entre otros) para llevar a cabo la subsanación de las irregularidades de las ofertas:

Así las cosas, las reglas de subsanabilidad están diseñadas para resolver aspectos meramente formales, de anexos, de aportación de pruebas sobre calidades que los sujetos intervinientes tienen al momento de presentación de la propuesta y que no fueron aportados o lo fueron defectuosamente (RICO P., 2015, p. 341-342).

La jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado no ha sido pacífica al momento de resolver asuntos relacionados con la subsanabilidad de las ofertas, generando un alto grado de inseguridad jurídica, como lo expresa RODRÍGUEZ F. (2015) en los siguientes términos:

Existen serias ambigüedades jurídicas, incluso el propio Consejo de Estado se ha contradicho en este tema, por ejemplo en las sentencias: 27.986 y 29.855 emitidas el 12/11/14, la subsección A manifestó que, pese a haberse establecido que los requisitos que no otorgan puntuación son subsanables, como el de capacidad

(requerimiento habilitante que no otorga calificación), no podía corregirse, luego entonces, la refutación se presentó cuando, (i) se dijo que las exigencias que no puntuaban podían ser enmendadas, y (ii) se manifestó que la capacidad, no puede corregirse (p. 34).

No obstante, cuando el tema parecía decantado tanto legal como jurisprudencialmente, en el sentido que no resulta viable que la entidad contratante rechace una oferta por la existencia de irregularidades no sustanciales o meramente formales, siendo subsanables estas últimas, entendidas como aquellas que no resultan necesarias para la comparación objetiva de las propuestas, disminuyendo de esta manera el riesgo de rechazar una propuesta que constituyere la mejor oferta para la entidad, por simple y excesivo formalismo, según lo sentado por el Consejo de Estado (2006), el Gobierno Nacional expidió los Decretos 066, 2474 y 4828 de 2008, y el 734 de 2012, los cuales dispusieron en abierta contradicción del artículo 5° de la Ley 1150 la imposibilidad de subsanar muchos de los requisitos que no eran objeto de asignación de puntaje, referentes a la capacidad para contratar, tal como lo dejó evidenciado el Consejo de Estado (2014).

Finalmente se expide el Decreto 1082 de 2015, derogatorio de todos los anteriores, el cual no reprodujo las reglas de subsanabilidad que había incorporado en los anteriores decretos, por lo cual actualmente en dicha materia se da aplicación directa el Parágrafo 1 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007:

Así las cosas, concluye el Consejo de Estado, lo que debe aplicarse en lo sucesivo es el párrafo del artículo 5° de la Ley 1150, que condiciona la admisibilidad o no de la subsanabilidad a la respuesta que se dé a la siguiente pregunta: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable, en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente (RICO P., 2015, p. 345).

Por último, el Consejo de Estado ha desarrollado a través de sus pronunciamientos una clara diferenciación entre lo que son requisitos eminentemente formales, los aparentemente formales que afectan la oferta, y los claramente sustanciales, especialmente a partir de las reglas de subsanabilidad dispuestas por el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018, al igual que una serie de reglas y sub reglas de subsanación.

En términos de LÓPEZ R. (2019), a modo de conclusión señaló:

Se encontró entonces que el inconveniente subyacía de su aplicación taxativa o exegética. La aplicación de la regla de subsanabilidad de las ofertas debe ser modulada y limitada a partir de la valoración del principio de primacía de lo formal sobre lo sustancial y de aspectos de índole netamente procesal, que permiten integrarla de manera más armónica con todo el entramado jurídico. Enmarcándonos en el aspecto material, la asignación o no de puntaje no debe ser

el parámetro diferenciador para determinar qué requisitos pueden ser o no subsanados, siendo entonces el principio de prevalencia de lo formal sobre lo sustancial el que verdaderamente encierra el sentido teleológico de la norma y se convierte en el instrumento para lograr los fines esenciales de la contratación estatal.

Por otra parte, se vislumbra que, además de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, existen en el ordenamiento otras disposiciones, como la imposibilidad de modificar, mejorar o adicionar la oferta, la preclusión de los plazos, la igualdad en que deben participar todos los proponentes, la buena fe contractual, entre otros, de igual manera limitan la aplicación de la regla estudiada (pp. 305-306).

A través de dicho desarrollo jurisprudencial es claro que el principio de subsanabilidad comprende una doble dimensión, al ser al mismo tiempo un elemento orientador de la actividad contractual por parte de la entidad contratante que limita la capacidad discrecional del Estado en la materia, y procura blindar jurídicamente la administración, así como un derecho para los oferentes, es decir que él mismo constituye una expresión del debido proceso constitucional.

6.3. MARCO JURÍDICO

Para el objeto de este trabajo se abordará el estudio de las siguientes normas, sentencias y demás documentos jurídicos vinculantes:

- a) Constitución de 1991, toda vez que determina los principios y fines del Estado colombiano y dispone, en su artículo 150 inciso final, que debe el Congreso de la República expedir el Estatuto General de la Contratación.

- b) La Ley 80 de 1993, *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, toda vez que es la norma madre de la contratación a nivel nacional del país, y es en esta la que en su artículo 25 inciso 2 numeral 15 establece el principio de economía.

- c) Ley 1150 de 2007, *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*, por cuanto esta norma introdujo en su artículo 5° párrafo 1 una modificación al artículo 25 de la Ley 80, y consagró dentro del principio de economía el de subsanabilidad.

- d) Ley 1437 de 2011, *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, toda vez que corresponde al marco general y especial del procedimiento administrativo. En esta norma encontramos no solamente la estructura de la actuación administrativa, sino la reglamentación y la principalística de esta, así como la forma jurisdiccional de controlar las actuaciones del Estado.

- e) Ley 1474 de 2011, *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*. Esta Ley ha sido de importante estudio, puesto que se ha consolidado como la herramienta que materializa el principio de transparencia en los campos que ha regulado, pues ha impuesto disposiciones penales, administrativas, disciplinarias y fiscales tendientes a combatir la corrupción, los despropósitos de la administración pública en materia contractual, y además fija el procedimiento en materia sancionatoria cuando se configuran incumplimientos de parte de los contratistas.
- f) Corte Constitucional (1992). Esta sentencia es relevante para nuestra investigación, ya que en esta la Corte diferenció la competencia en materia contractual del legislativo y el ejecutivo (Sentencia C-449).
- g) Corte Constitucional (2010). Esta jurisprudencia es importante para el trabajo de investigación, toda vez que realiza una serie de descripciones sobre el derecho al debido proceso, su alcance, comprensión, contenido y desarrollo jurisprudencial, estableciendo que el debido proceso administrativo se extiende a todas las actuaciones de la administración (Sentencia C-980).
- h) Corte Constitucional (2014). En esta sentencia la Corte estudió el deber de comunicación y notificación en las actuaciones administrativas, siendo esta

una garantía de los distintos matices que tiene el derecho al debido proceso (Sentencia C-491).

- i) Corte Constitucional (2017). En esta jurisprudencia se garantizó, mediante acción de tutela, los derechos al debido proceso administrativo, como garantía mínima de todo ciudadano en el curso de una actuación (Sentencia T-010).

- j) Consejo de Estado (2013). Esta sentencia aporta al trabajo de investigación, puesto que en ella el Consejo de Estado revoca una sentencia que reconoció las pretensiones de una demanda relativa a un proceso de selección, ya que la administración pública se ciñó a los preceptos legales y jurisprudenciales en temas de aplicación del debido proceso, y de los principios de libre concurrencia y legalidad (Sentencia de marzo 14).

- k) Consejo de Estado (2014). Es importante esta jurisprudencia para el desarrollo de la investigación por cuanto es un hito en el desarrollo del concepto de la subsanabilidad de las propuestas de los oferentes dentro del cumplimiento de los requisitos habilitantes, erigiendo la solución anti formalista para el cumplimiento del pliego de condiciones. Con esta providencia se dio el primer acercamiento al tema de la subsanabilidad de las ofertas para que las entidades entendieran acerca de la aplicación del concepto como una posibilidad del oferente en el curso del proceso de selección (Sentencia de febrero 26).

- l) Consejo de Estado (2014). Esta jurisprudencia es importante para el desarrollo del objeto de estudio, ya que ratifica lo enunciado en el planteamiento del problema en cuanto a la rigurosidad de la evaluación de las ofertas, pues el Consejo de Estado determinó que cualquier rigurosidad que llevar a impedir la evaluación de la propuesta de un oferente se erige como un daño antijurídico que no tiene este el deber jurídico de soportar (Sentencia de junio 12).

- m) Consejo de Estado (2014). Esta sentencia es indispensable para el estudio del objeto de la presente tesina, pues la Corporación no solo continúa con su línea jurisprudencial, sino que también estableció que la subsanabilidad era un derecho del proponente (Sentencia de noviembre 12).

- n) Consejo de Estado (2014). Esta sentencia tiene una especial relevancia, pues determinó en forma clara cuáles eran los requisitos subsanables y cuáles no, pero además hizo una explicación diáfana que lo es la capacidad de la persona jurídica, y otra muy distinta la existencia de restricciones o limitaciones en cabeza del representante legal (Sentencia de noviembre 12).

- o) Consejo de Estado (2015). En esta providencia el Consejo de Estado fue más riguroso respecto de la posibilidad de subsanar, pues determinó que un requisito dentro de la capacidad financiera generaba rechazo de plano de la propuesta, ya que se trataba de un requisito sustancial (Sentencia de febrero 13).

- p) Consejo de Estado (2015). Este pronunciamiento de forma particular trató el tema de imposibilidad de subsanar los requisitos que otorgan puntaje, yendo más allá al convalidar la posibilidad de solicitar certificación de cumplimiento de las normas ISO para algunos casos determinados (Sentencia de julio 1°).
- q) Consejo de Estado (2015). Esta jurisprudencia trasciende porque en ella se determinó que la subsanabilidad está delimitada a la posibilidad de un proponente de remediar un defecto en su propuesta, mas no de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren su oferta inicialmente presentada, ello en garantía del derecho a la igualdad (Sentencia de julio 29).
- r) Consejo de Estado (2015). Es de suma importancia esta sentencia, puesto que en ella se analizó el tema de la subsanación de la oferta en cuanto a los requisitos no necesarios para la comparación de las mismas (Sentencia de agosto 10).
- s) Consejo de Estado (2015). Esta sentencia introduce una nueva reflexión en materia de subsanabilidad, pues indica que el silencio de la administración, al no requerir al proponente para que subsane, convalida el defecto o error de la propuesta (Sentencia de noviembre 26).
- t) Consejo de Estado (2017). Este fallo ratifica lo señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, cuando establece que el derecho de la subsanabilidad de los

proponentes es un derecho de carácter excepcional frente aquello que puede ser corregido, pero en ningún caso completar, modificar o mejorar la propuesta (Sentencia de febrero 20).

- u) Consejo de Estado (2018). En términos generales, estudia la violación al derecho a la igualdad frente al trato desigual que la entidad pública hace a dos proponentes que adolecían de un requisito habilitante, permitiendo la administración que solo uno de ellos subsanara la propuesta (Sentencia de agosto 16).
- v) Consejo de Estado (2019). Esta sentencia es relevante en razón a que su pronunciamiento produjo una nueva interpretación en cuanto a la facultad de subsanar requisitos habilitantes por parte de los oferentes, en cuanto permite que subsanen ciertos requisitos después de la adjudicación del contrato (Sentencia de junio 28).
- w) Circular N° 13 expedida por Colombia Compra Eficiente (2014). En esta la Agencia Nacional de Contratación Pública precisó sobre la subsanación de ofertas en asuntos que no otorgan puntaje.
- x) Circular externa N° 16 expedida por Colombia Compra Eficiente (2014), mediante la cual la agencia Nacional dictó un “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en procesos de contratación”.

6.4. MARCO CONCEPTUAL

6.4.1. Contrato estatal

Son definidos por la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de la Contratación, así: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (art. 32).

Se tendrá entonces como contrato estatal el acuerdo de voluntades entre el Estado y particulares, o entre el Estado y otra autoridad pública encaminada a generar obligaciones recíprocas y a cumplir los fines esenciales del Estado.

6.4.2. Principio de economía

Este principio es definido por la Auditoría General de la República (2016), diciendo que:

[...] tendrá en cuenta que las normas de procedimiento sean utilizadas para agilizar las decisiones, y las etapas sean las estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva; que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervengan en ellos y que no se exija sino los documentos necesarios (p. 6).

En conclusión, se tiene que el principio de economía es el principio que obliga a las entidades públicas al cumplimiento de etapas y términos en el proceso contractual sin dilaciones.

6.4.3. Principio de subsanabilidad

RODRÍGUEZ F. (1994) dice sobre la subsanabilidad:

[...] no tiene origen legal, se construyó a partir de la praxis de los operadores jurídicos, apoyados en las disposiciones de la Ley 80, que permitían corregir aspectos de las ofertas requeridos por los pliegos de condiciones, ósea la ley contempló la posibilidad pero no la nombró con un concepto específico, por lo que el término que se impuso fue subsanar (p. 29).

Del mismo modo, la Agencia COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (2014) ha dicho sobre este principio:

Las Entidades Estatales pueden solicitar a los oferentes subsanar los errores o inconsistencias en los documentos presentados para acreditar los requisitos habilitantes. Los oferentes pueden subsanar los errores o inconsistencias hasta el momento de la adjudicación, excepto en: (i) los procesos de selección con subasta en los cuales los oferentes deben haber acreditado los requisitos habilitantes antes de iniciar la subasta; y (ii) el concurso de méritos con precalificación donde es

posible subsanar los errores o inconsistencias de los requisitos habilitantes hasta la fecha de conformación de la lista de precalificados. La Entidad Estatal debe evaluar las ofertas de los proponentes que hayan acreditado los requisitos habilitantes. En consecuencia, la Entidad Estatal debe rechazar las ofertas de quienes no aclaren, completen o corrijan la información para acreditar los requisitos habilitantes antes de la adjudicación, o de la subasta o conformación de la lista corta, según el caso. Las Entidades Estatales no pueden señalar en los pliegos de condiciones los documentos o el tipo de información que son subsanables (p. 1).

En suma, el principio de subsanabilidad será para este trabajo entendido como un derecho de los proponentes para subsanar dentro de una etapa perentoria los requisitos faltantes de la propuesta, como garantía constitucional al debido proceso, sin que de una u otra manera pueda mejorar la propuesta inicial, aclarando que solo es posible subsanar los requisitos habilitantes, mas no aquellos establecidos como criterios de ponderación o asignación de puntajes, entendiendo que lo que se subsana es la prueba mas no el requisito, toda vez que los requisitos debieron haberse cumplido hasta antes de la fecha de presentación de la oferta.

6.4.4. Licitación pública

Es definida, en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, como el procedimiento mediante el cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en

igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable.

También MURILLO y CONSUEGRA (2017), definen la licitación pública en una serie de pasos por medio de los cuales se integra la selección de un contratista, en que hay que reunir una serie de requisitos que lo habilitaran tanto para presentar su propuesta, como para poder acceder al beneficio de la selección para la ejecución del contrato; siendo así como se conforma un proceso concursal en que los participantes se postulan y participan a través de la realización de audiencias en que se publicita el procedimiento, se aclaran las dudas, se realizan los correspondientes modificaciones al pliego de condiciones y se escoge la propuesta que mejor cumpla con sus exigencias.

Del mismo modo, el Consejo de Estado (2017) a lo largo de su jurisprudencia ha dicho al respecto de la licitación pública:

[...] Reiteradamente ha expresado el Consejo de Estado, ya por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil (entre otros puede verse el concepto de 16 de mayo de 1967), ora en varias decisiones de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, que cuando se sigue el procedimiento de la licitación no juegan papel alguno ni la suerte ni la voluntad de los funcionarios administrativos, en esos casos los entes públicos deben seguir el procedimiento señalado en la ley, en sus estatutos o en el pliego de condiciones y deberán adjudicar la licitación a quien de

acuerdo con las pautas señaladas en esos estatutos resulte ser el mejor postor. Si se dejara discrecionalidad por parte del ente público, lógicamente se desvertebraría todo el sistema y además no podrían cumplirse los objetivos que justifican su existencia. De ahí que bien pueda decirse que discrecionalidad y licitación sean conceptos que se excluyen. En el procedimiento público de escogencia de un futuro contratista de la administración todo es reglado, los factores de escogencia son objetivos, nada queda ad libitum de la entidad pública (p. 132).

Otra definición importante es la traída por ROSERO M. (2018), quien manifiesta:

En el párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 199, se define la licitación como un procedimiento por el cual una entidad del Estado convoca, públicamente y en igualdad de oportunidades, a personas interesadas en presentar ofertas con el fin de seleccionar entre las mismas, la que resulte más favorable para la entidad (p. 109).

Continúa la misma autora diciendo frente a esta modalidad de selección:

(...) se podrá definir la licitación como la regla general para la selección de contratistas, de carácter administrativo, conformado por actos administrativos de trámite y de fondo, expedidos por la entidad estatal, con el fin de convocar a los interesados para la celebración de un contrato requerido por la entidad, ya sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, individualmente o en

consorcio, unión temporal cualquier otra forma asociativa, quienes, en todo caso, deben sujetarse a las condiciones estipuladas en el pliego (ROSETO, 2018, p. 110).

Así pues, se tendrá como licitación pública el medio de contratación aplicable por regla general, mediante la cual los entes estatales pueden adquirir los bienes y servicios que requieran.

6.4.5. Contratación directa

Esta modalidad de contratación ha sido definida por varios tratadistas y por la Jurisprudencia; para este caso tendremos en cuenta lo que el Consejo de Estado (2003) expresó:

Constituye una forma de escogencia del contratista, excepcional a la regla general de la licitación, mediante un procedimiento administrativo distinto al previsto para la referida regla general, de ordinario y en contraste con aquella, más ágil y expedito, atendiendo las circunstancias de cada caso particular según lo indicado por la ley, pero sin que ello signifique, en modo alguno, que la aplicación de este procedimiento faculte a la Administración para apartarse de los principios que orientan su actividad, en general y el régimen de contratación estatal, en particular (...) (p. 18).

6.4.6. Selección abreviada

Esta modalidad de contratación, con agilidad en los términos, pero garantizando la publicidad de los procesos, fue definida por la ley así:

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual (...) (Ley 1150 de 2007, art. 2 numeral 2).

6.4.7. Requisitos habilitantes

Estos requisitos son:

[...] aquellos requisitos que miden la condición o aptitud del particular proponente para celebrar contratos con el estado, de manera tal que reuniendo tales condiciones mínimas necesarias pueda participar en un proceso de selección transparente y objetivo, puede llegar a hacerse acreedor de una adjudicación y suscripción de un contrato con el Estado (PÁEZ & BALCÁZAR, 2015, p. 4).

También la agencia de Colombia Compra Eficiente (2014) ha dicho frente a los requisitos mínimos habilitantes, que estos son los que “[...] miden la aptitud del

proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia” (p. 4).

En conclusión, se tienen por requisitos mínimos habilitantes los elementos o características que debe tener un oferente para participar en un proceso contractual (CONSEJO DE ESTADO, 2017).

6.4.8. Debido proceso

Este concepto, analizado varias veces por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, ha permitido no solo su desarrollo, sino su entendimiento para la debida aplicación por parte de las autoridades tanto jurisdiccionales como administrativas.

En este sentido, la Corte dijo:

Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia (CORTE CONSTITUCIONAL, 2010).

Por su parte, el Consejo de Estado (2014) igualmente lo define así:

El derecho al debido proceso se erige como una garantía a todas las personas según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador, que a su vez le permiten defenderse y solicitar las pruebas tendientes a demostrar lo que afirma, sin que la voluntad del funcionario público pueda tener alguna injerencia en las distintas etapas del proceso (p. 19).

7. PRINCIPIO DE SUBSANABILIDAD. SU EVOLUCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

El principio de subsanabilidad, como fue dicho antes, es uno de los principios de la contratación pública que más permite que se garantice el debido proceso de los proponentes que concurren a un proceso de selección, puesto que es aquel que garantiza la posibilidad de enmendar los errores que se tuvieron a la hora de la presentación de las ofertas, y que implica la posibilidad de enmendar estos y no ser descalificados del proceso.

Es importante recordar que la Ley 80 de 1993, como Estatuto General de Contratación, y su desarrollo apareció fruto de un cambio constitucional, en razón a que la nueva Carta de 1991 garantiza la primacía de los derechos de las personas (entre ellos los proponentes en aplicación de su derecho a concurrir libremente a los

procesos), sobre cualquier requisito o formalidad que en nada implique materialización de estos, ni mucho menos que esta formalidad mancille la posibilidad de dar aplicación a ellos.

Como se advierte, la Ley 80 de 1993 dio garantía a las necesidades y fines de la nueva Carta Política (1991) en materia de contratación estatal, siendo así que no solo los contratos y la actividad de la administración debe estar acorde con estos, sino también los procesos de selección de los oferentes encaminada a garantizar una objetiva selección de ofertas para suplir la necesidad que se tiene de parte de la entidad contratante.

Esta objetiva selección no es una potestad arbitraria que tenga la Administración, es decir, no responde a arbitrariedades ni a factores económicos propiamente dichos, sino, tal y como afirma el profesor VINUEZA (2016), “y es por eso que el deber de selección objetiva no es propiamente una manifestación del principio de transparencia en su expresión de participación plural que la ley cree obtener con el proceso licitatorio, Sino que es ante todo corolario indefectiblemente del principio de preeminencia del interés público sobre el particular” (p. 350).

En su significado más elemental tiene que ver con la escogencia de una buena oferta para la entidad, y por supuesto, para el interés público que ésta persigue. Una norma semejante no existe en el derecho privado y que en este la celebración de un contrato en condiciones desfavorables y adversas al contratante no genera repudio del ordenamiento, como si ocurre en materia de contratación estatal.

La aplicación de este principio busca a fin de cuentas la materialización de todos los demás principios de la materia contractual y de la función pública, siendo transversal a todos estos, pues al posibilitarse la subsanabilidad de los requisitos habilitantes se busca no solo materializar el debido proceso, sino también la transparencia, legalidad, igualdad de oportunidades, economía, buena fe, eficiencia y eficacia contractual.

Sin embargo, no todo fue siempre tan claro. Las normas de la Ley 80 de 1993 no son tan diáfanas en cuanto a que sea posible permitir al proponente subsanar sus ofertas, sino lo que la ley establecía en un principio era la prohibición de la administración para solicitar requisitos por fuera de los establecidos en la ley y en el pliego de condiciones, así como sellos, autenticaciones, documentos en original y demás formalidades rituales que pudieran generar el rechazo de las propuestas. Así mismo, el artículo 30 numeral 8 de la misma ley no establecía nada adicional a las observaciones que podría hacer el proponente a la hora de expedirse el informe de evaluación y el traslado de este.

Fue por las quejas y reiterativas peticiones de los oferentes sobre la posibilidad de habilitar sus propuestas, lo que conllevó a la expedición de la Ley 1150 de 2007, pues el párrafo 1° del artículo 5° permitió ampliar la concepción de lo que ya se había plasmado sobre la posibilidad de enmendar los errores en la presentación de la propuesta de parte de los oferentes.

Así, el artículo *in comento* estableció que la ausencia de documentos no sería causal suficiente para el rechazo de las ofertas, pudiendo ser solicitados de parte de la entidad a los proponentes en cualquier momento y hasta antes de la adjudicación, y solo si no afectan la asignación de puntaje. Así pues, y según la simple lectura del artículo, se podría subsanar cualquier requisito habilitante sí y solo sí con aportarlo no se asignaba puntaje a quien lo aportase.

En ejercicio de su potestad como órgano supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado emergió en defensa de los proponentes y su posibilidad de subsanar yerros que se presentaban a la hora de formular la oferta, y así comenzó una evolución jurisprudencial frente al tema, la cual puede resumirse de la siguiente manera:

7.1. SENTENCIA DE MARZO 14 (CONSEJO DE ESTADO, 2013)

En esta providencia la Corporación se encargó de estudiar la potestad y posibilidad de rechazo de la propuesta que tienen las entidades, señalando que esta es una facultad reservada que poseen para aquellos eventos en que los oferentes carezcan de requisitos necesarios o indispensables encaminados a la comparación de las propuestas, respetando de esta manera el derecho al debido proceso de estos, y garantizando el ejercicio de la defensa y la contradicción.

En suma, esta providencia estableció las siguientes reglas y subreglas:

7.1.1. Regla general

- a) Tiene la obligación el proponente de estudiar previamente el contenido, alcance y características del contrato a celebrar, así como las exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, subdivididos estos requisitos de orden jurídico divididos en:
- **Subjetivos**, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad;
 - **Objetivos**, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y
 - **Formales**, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.
- b) Derecho de defensa y de contradicción del proponente: es el derecho que tiene el proponente de conocer la situación que conlleva al eventual rechazo de la propuesta a la hora de la evaluación de las mismas.
- c) Prohibición a las entidades estatales contratantes de consagrar en los pliegos de condiciones causales de rechazo de las ofertas, o causales de inhabilidad o incompatibilidad de los oferentes diferentes a las de las normas vigentes.
- d) Si la entidad desconoce los requisitos necesarios para la comparación de las propuestas por parte de un determinado oferente, o la ausencia de

presupuestos mínimos o indispensables derivados de los principios o de las normas superiores respecto de una oferta, afecta la validez misma de la decisión de adjudicación en favor de tal propuesta, comprometiendo la entidad a una responsabilidad traducida en una eventual indemnización al oferente rechazado.

- e) No se podrán subsanar las ofertas y deberán ser rechazadas cuando:
- El proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución Política (1991) o en la ley.
 - El respectivo proponente no cumpla con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente.
 - Cuando se verifique la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que en realidad sean necesarios, esto es, forzosos, indispensables, ineludibles, para la comparación de las propuestas y
 - Cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

7.1.2. Subregla:

Las entidades contratantes cuentan con amplias facultades para verificar y corroborar la veracidad y la consistencia de la información financiera presentada por los proponentes. Es decir que se puede verificar válidamente la información que cada oferente hubiere consignado en el Registro Único de Proponentes (criterio aplicado en vigencia del inciso 2º del numeral 22.3 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993) (CONSEJO DE ESTADO, 2015).

7.2. SENTENCIA DE FEBRERO 26 (CONSEJO DE ESTADO, 2014)

La Corporación en esta providencia, siendo una de sus más importantes, expresó que antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 el régimen del “formalismo-procedimental” prevalecía, siendo la posibilidad de subsanar las ofertas limitada, y que culminaba en el rechazo indiscriminado de ofertas porque estas “(...) no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos” (Consejo de Estado, 2014).

Como ya se dijo, fue la Ley 80 la que con su llegada adecuó el ordenamiento contractual a la Carta de 1991, incorporando principios propios y migrando de ese

formalismo-procedimental a la primacía de lo sustancial sobre lo formal, que permitiría ejercer la función administrativa de una manera más eficiente.

Corriendo con esa suerte, el proceso contractual sufrió varios cambios siendo uno de ellos la carga de la administración de dar claridad a las dudas que se encuentren y surjan con la evaluación de las ofertas, imponiéndoseles la obligación de solicitar a los proponentes la aclaración o explicación de cualquier situación que estimen necesaria en virtud y aplicación del principio de economía, situación que estableció que las entidades no podrían rechazar las propuestas de plano sin previa aclaración solicitada de parte del oferente.

En esta misma sentencia la Corporación realizó un profundo estudio normativo de las disposiciones que se relacionaban con el tema, que estaban contenidos en la Ley 80 de 1993, tal como los artículos 25 numeral 15 y 30 numeral 8, disponiendo que el entendimiento de este artículo de manera bifronte era el punto de partida del problema.

Al respecto dijo la Sentencia que esta situación significó lo siguiente:

(...) i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe

para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

En su amplio análisis concluyó la corporación que la forma correcta de interpretar estas disposiciones era de la segunda forma, es decir que en vista de lo establecido por el artículo 30 numeral 7 durante este término otorgado podrían los oferentes realizar la subsanación de sus ofertas.

Continuando con su examen jurídico-histórico, el Consejo de Estado (2014) abordó la Ley 1150 de 2007, concluyendo que esta disposición fue la que consiguió aclarar en forma definitiva, y como se dijo con anterioridad, el tema de la subsanabilidad en el párrafo 1º del artículo 5º, teniendo un aire sustancialista frente a la situación y permitiendo dar garantías a los proponentes, expresando que serían subsanables solo los requisitos que no fueran necesarios para la comparación de las propuestas, es decir, los que no otorgaran puntaje, pudiendo ser solicitados por la entidad hasta antes de la adjudicación.

Aunado a lo anterior, precisó la sentencia un importante aspecto al hacer claridad frente a los requisitos subsanables y no subsanables, expresando que “(...) 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” (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

En suma, la Corporación en esta sentencia estableció las siguientes reglas y subreglas:

7.2.1. Regla general

- a) Las entidades estatales tienen la carga de dar claridad a las dudas que surjan durante la evaluación de las ofertas, a fin de evitar el rechazo *in limine* de las ofertas.
- b) La posibilidad de aclarar y corregir la oferta es un derecho que tiene el proponente; así, para las entidades es un deber o una obligación permitirles realizarlo.
- c) Son subsanables los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas.
- d) ¿El defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o 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 (Ley 1150 de 2007, art. 5°, parágrafo).

7.2.2. Subreglas

- a) Requisitos subsanables de la propuesta serán aquellos que no otorgan puntaje en la evaluación.
- b) Requisitos no subsanables de la propuesta serán aquellos que otorgan puntaje en la evaluación (CONSEJO DE ESTADO, 2015).

7.3. SENTENCIA DE JUNIO 12 (CONSEJO DE ESTADO, 2014)

Apenas cuatro meses después de proferida la anterior sentencia aparece una nueva providencia con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, en la cual continúa con su planteamiento anterior, y en consecuencia manifiesta que la no posibilidad de subsanar la oferta presentada conlleva a la situación de ser privado de ser evaluado en el proceso, constituyéndose tal situación en un daño cierto y personal que se asocia al hecho que el ordenamiento no le impone el deber jurídico de soportarlo.

En este pronunciamiento el Consejo de Estado analizó en concreto si la existencia de un paz y salvo era requisito suficiente para rechazar *in limine* la oferta

presentada por uno de los proponentes, concluyendo que la entidad demandada se extralimitó en sus facultades de rechazo.

Para llegar a esto, el ponente trae a colación la Sentencia de marzo 14 (CONSEJO DE ESTADO, 2013), donde el magistrado, además de referirse al rechazo de las ofertas, se refirió a los requisitos subsanables de las ofertas presentadas por los proponentes.

Frente al rechazo de las ofertas aclaró que el rechazo de las mismas solo puede generarse si se le brinda al proponente afectado la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y contradicción, en garantía de su debido proceso (CONSEJO DE ESTADO, 2013).

Así mismo, frente a los requisitos que deben tener las propuestas en virtud de las exigencias que determine la ley y el pliego, se agrupan en tres categorías sobre los requisitos de orden jurídico, como lo son:

(...) **a) subjetivos**, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; **b) objetivos**, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y **c) formales**, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta (CONSEJO DE ESTADO, 2013).

En ese orden de ideas, la sentencia citada establece una serie de situaciones para el rechazo de la oferta, teniendo pues que, en primer lugar, debe darse la

posibilidad de, en virtud del debido proceso, controvertir las decisiones que la administración adopte, y así mismo refiere los requisitos de los proponentes y sus ofertas, dividiéndolos así:

(...) **subjetivos** que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; **objetivos** que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y **formales** que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

Acto seguido, comenta la sentencia que sobre los requisitos formales, podrán ser subsanados en los términos del artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993, de donde emana la potestad de los proponentes de subsanar las propuestas en los requisitos simplemente formales que no tengan incidencia a la hora de la evaluación de las propuestas, continuando con el criterio establecido por la Sentencia de febrero 26, es decir, dándole “(...) *la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una ultima ratio*” (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

En suma, el Consejo de Estado es enfático en que los requisitos formales de la propuesta deben poder ser subsanados por el proponente por cuanto no asignan

puntaje, y se considera como un deber para la administración el darles la posibilidad de subsanar su oferta y no incurrir en una responsabilidad patrimonial por la violación de los derechos del oferente en la etapa precontractual, al verse privado de la posibilidad siquiera de ser calificado en el proceso a partir del postulado de la *culpa in contraendo*.

Las reglas y subreglas de subsanabilidad que estableció el Consejo de Estado en esta providencia fueron las siguientes:

7.3.1. Regla general

El proponente cuenta con el derecho constitucional al debido proceso en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas por la Administración, y subsanar los requisitos de que adolezcan las ofertas en los términos del artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993, siendo posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el defecto, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 *ibídem*.

7.3.2. Subregla

La exigencia de un paz y salvo provisional expedido por una autoridad administrativa no constituye un criterio de selección objetiva para la ponderación de las ofertas y, por el contrario, se trata de un requisito formal que puede ser subsanado por el proponente (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

7.4. SENTENCIA DE NOVIEMBRE 12 (CONSEJO DE ESTADO, 2014)

En esta providencia la Corporación continuó con su tesis, y ya no solo realizó un estudio de la evolución legal del entendimiento del principio de subsanabilidad de los requisitos habilitantes, sino que también resumió la situación sobre lo subsanable y lo no subsanable.

Del mismo modo, abordó el concepto sobre la posibilidad de subsanar la propuesta por el oferente, debiendo ser entendido ya como un derecho de la entidad, sino como un derecho cuyo titular es el proponente, en virtud no solo del marco jurídico que rige el proceso negocial, sino también de la materialización de sus derechos fundamentales y contractuales que le asisten en calidad de proponente.

Así mismo comporta una obligación en cabeza del Estado, facilitando que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general.

Por tanto, se reitera, si las entidades públicas contratantes no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse– violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué “solicitar a los proponentes las

aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta? (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

Dicho esto, la Corporación resumió su exposición sobre la subsanabilidad de requisitos, concluyendo:

(...) lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, 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 (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

En suma, el Consejo de Estado estableció la posibilidad de subsanar la oferta de parte del proponente como un derecho, y no como una potestad de la administración ni un derecho de ella, o facultad a otorgarlo o no al proponente.

Las reglas y subreglas establecidas en esta providencia fueron las siguientes:

7.4.1. Reglas

- a) Se reitera lo establecido en la Sentencia de febrero 26 (CONSEJO DE ESTADO, 2014), donde se enuncia que el defecto subsanable será todo aquel que no

asigne puntaje al oferente, y puede ser corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue para subsanar el defecto, sin exceder del día de la adjudicación.

- b) La administración tiene la posibilidad de solicitar a los oferentes, dentro de la etapa de evaluación de las ofertas, que aclaren el contenido de sus propuestas.
- c) No cualquier error que contenga la oferta es presupuesto de rechazo por más que el pliego contenga la exigencia.
- d) La falta de claridad de la oferta no es presupuesto para rechazarla.
- e) Los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo establecido en las leyes aplicables para la materia.

7.4.2. Subreglas

- a) Los requisitos que facilitan la evaluación de las propuestas, es decir, los meramente formales, no pueden conducir al rechazo de la oferta.
- b) Algunos de los anteriores son, por ejemplo, “la tabla de contenido, el foliado y/o no aportar los documentos en el «orden» exigido”.
- c) Los requisitos de que adolezca la oferta y que representan un incumplimiento sustancial del pliego y no dan lugar a la subsanabilidad, tales como bienes, especificaciones y cantidades (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

7.5. SENTENCIA DE NOVIEMBRE 12 (CONSEJO DE ESTADO, 2014)

En otro pronunciamiento proferido el Consejo de Estado retoma el estudio concienzudo que viene realizando sobre la subsanabilidad de los requisitos habilitantes en los procesos de contratación.

Es así como la providencia realiza un análisis del artículo 5° de la ley 1150 de 2007, resaltando su importante aparición con mérito en lo siguiente:

(...) (i) distinguió expresamente entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, (ii) señaló que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados, (iii) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, (iv) estableció que son requisitos habilitantes la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y (v) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia), bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo-beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

El contenido de esta norma es una aplicación directa de los principios de igualdad, libre concurrencia y debido proceso, puesto que dejó en claro que los requisitos habilitantes son condiciones que debe reunir el proponente para poder participar en un proceso de selección; así, los factores de ponderación serán los relacionados con la propuesta, siendo limitados por el mismo artículo, los cuales no podrán ser a la vez requisitos habilitantes.

Menciona además la Corporación que la diferencia en materia de subsanabilidad entre las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 radica en que la vigencia de la primera, es decir, de la reglamentación que traía la primera norma al respecto, la entidad debía determinar cuáles eran los requisitos y documentos necesarios para comparar las ofertas, y con ocasión a la expedición de la segunda se eliminó esta posibilidad de toma de decisiones discrecionales, determinando que los requisitos que no son necesarios, que no asignen puntaje, son aquellos que no resultan indispensables para comparar las propuestas, y por consiguiente son estos los subsanables (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

Del mismo modo, la Corporación realiza una aseveración importante al precisar que “(...) hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen” (Consejo de Estado, 2014), lo que quiere que lo que es posible subsanar es la prueba de que se cumple el requisito, pero no subsanar el requisito como tal, porque no es posible subsanar algo que no existe.

Dicho de otro modo, lo que busca la norma es permitir que se subsane lo que existe al momento de proponer, es decir, lo que a pesar de que se tiene no se encuentra acreditado de manera correcta, pues permitir subsanar algo que no se tiene implicaría caer en la prohibición que trae la Ley 80 de 1993 en su artículo 30 numeral 8° de completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

Las reglas y subreglas establecidas en esta providencia fueron las siguientes:

7.5.1. Reglas

- a) Distinción entre requisitos habilitantes y factores de escogencia.
- b) Lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal.
- c) Se limitó la posibilidad con la Ley 1150 de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas.
- d) No está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues los requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas no son elementos constitutivos de rechazo.
- e) En caso de que el oferente adquiriera la experiencia exigida en los pliegos después de presentar su oferta y durante el proceso de selección no puede habilitarse ni permitir subsanarse.
- f) Todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta.

- g) La entidad debe permitir a los oferentes, dentro de un término prudencial, subsanar sus ofertas.
- h) La mayoría de los requisitos mínimos habilitantes son verificables en el Registro Único de Proponentes.

7.5.2. Subreglas

- a) Falta de certificado de existencia y representación legal, RUP, firma de la oferta, de un certificado de experiencia, copia de la oferta, ausencia y errores en la garantía de seriedad, autorización al representante legal por parte de la junta directiva, son requisitos habilitantes que no otorgan puntaje, por lo tanto son subsanables.
- b) La ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable porque inciden en la calificación de los factores ponderables.
- c) La falta de claridad en la autorización otorgada por la junta de socios de su representante legal en nada afecta la capacidad jurídica de la persona jurídica como requisito habilitante para participar en el proceso de selección (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

7.6. SENTENCIA DE JULIO 1° (CONSEJO DE ESTADO, 2015)

En esta providencia el Consejo de Estado estudió si la falta de claridad en cuanto a la facultad de celebrar contratos, otorgada por el órgano social de una empresa a su representante legal, constituye razón suficiente para descartar la propuesta, concluyéndose que tal circunstancia es un requisito subsanable.

Realiza la Corporación un estudio sobre la subsanabilidad de los requisitos de carácter sustancial. Dice que es admitido que el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en el pliego sea subsanado en el curso del proceso de selección, más los requisitos sustanciales no lo son por ser necesarios para comparar las ofertas presentadas.

Concluye en la misma providencia la Corporación que tiene ocurrencia en aquellos procesos en los cuales en los pliegos se establezca como requisito de evaluación y calificación una certificación para realizar las comparaciones dependiendo del objeto a contratar. Este requisito no será subsanable, pues de él depende la valoración y calificación dentro del proceso conllevando al rechazo de la oferta.

Frente a este caso dijo la Sala:

(...) en un determinado proceso de selección, en los pliegos de condiciones se establece como uno de los requisitos de evaluación y calificación que se allegue

una certificación fundamental para realizar el ejercicio comparativo de las propuestas por la importancia que reporta para el desarrollo del objeto a contratar, y uno de los proponentes no allega dicha certificación de forma oportuna y adecuada, es evidente que el incumplimiento de dicho requisito no es susceptible de ser subsanado, lo que conduciría indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta (CONSEJO DE ESTADO, 2015).

7.7. SENTENCIA DE AGOSTO 10 (CONSEJO DE ESTADO, 2015)

En esta sentencia continúa la premisa anteriormente tratada de la imposibilidad del proponente de completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Así mismo, se hace claridad en torno a que las ofertas deben ser acordes a lo establecido en el pliego de condiciones, y su posibilidad de aclaración debe estar sujeta al mismo.

Menciona además que las ofertas deben ser presentadas con sujeción a todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, y la aclaración de las ofertas no es aplicable respecto a todos los requisitos formales, pues dice el Consejo de Estado:

(...) son presupuestos para participar en el procedimiento y no hacen parte de los elementos que permiten comparar las ofertas puesto que no afectan su contenido, pero sí tienen plena vigencia respecto de los requisitos del pliego que inciden en la valoración de las propuestas, y las demás exigencias sustanciales que contenga, que si bien no afectan la comparación, son requisitos de participación en el

procedimiento, y por tanto, fundamentan el rechazo de un ofrecimiento (CONSEJO DE ESTADO, 2015).

En igual sentido, la sentencia abordó el tópico sobre los límites de la aclaración a la oferta presentada, aduciendo que no es posible para la entidad pública, oficiosamente, recolectar información documental omitida por el proponente a la hora de participar en un proceso, pues si esta advierte que el proponente no aporta los documentos debe concederse el término para aportarlos, mas no realizarlo oficiosamente la administración, y si este no cumple lo exigido lo procedente será calificar la oferta como inaceptable y, como se dijo, no proceder de manera oficiosa a complementársela (CONSEJO DE ESTADO, 2015).

Agrega la Corporación, que estas actuaciones van en contravía de los principios de igualdad y selección objetiva que debe garantizar la entidad a los oferentes, añadiendo que reviste igual importancia no solo tener el requisito, sino también poder acreditarlo en consonancia con lo establecido en el pliego que será al final “(...) *el rasero con el cual deben medirse los proponentes para poder establecer si su oferta se ajusta a los requisitos del mismo, además de constituir una forma de parametrizar la información, precisamente para efectos de facilitar su comparación*” (CONSEJO DE ESTADO, 2015).

7.8. SENTENCIA DE NOVIEMBRE 26 (CONSEJO DE ESTADO, 2015)

Reitera en esta oportunidad que la subsanabilidad es un derecho propio e inherente de los participantes en un proceso de selección, por lo cual tendrán permitido subsanar sus ofertas en los términos que se establezcan en el traslado del informe de evaluación, es decir, debe darse la posibilidad al oferente de *“corregir los errores de la oferta ante la entidad estatal al ser un derecho, es de obligatorio cumplimiento para la administración, razón por la cual su desconocimiento daría la posibilidad al oferente de acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento”* (CONSEJO DE ESTADO, 2015).

En el mismo sentido establece la sentencia, continuando con el planteamiento propuesto por anteriores providencias, que el no dar trámite a la corrección de las ofertas no puede afectar a los oferentes, determinando que estos defectos quedan saneados.

La discusión estableció las siguientes reglas y subreglas:

7.8.1. Regla

- a) La subsanabilidad de las ofertas por parte de un proponente se encuentra limitada a la posibilidad que tiene el mismo de remediar un defecto o error de su propuesta, no pudiendo este en consecuencia aportar documentos nuevos.

- b) La estructuración de las propuestas es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad, cuyas reglas serán claras en todos los aspectos de su contenido.
- c) La subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, sino, por el contrario, debe ser considerada como excepcional.
- d) La subsanabilidad es una carga inherente a la administración y un derecho del proponente.

7.8.2. Subreglas

- a) La no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para comprometer hasta por determinada cuantía a la persona jurídica, según el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con la capacidad jurídica para la presentación de la oferta.
- b) Un aspecto es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, caso en el cual no habrá lugar a la subsanabilidad de este defecto, por cuanto constituye un requisito habilitante del oferente, y otro asunto es que al representante legal que se encuentra en ejecución de un contrato de mandato le esté limitado el monto para comprometer a su representada, caso en el que la autorización dada por el órgano social competente es prueba suficiente para que se comprometa a la sociedad, situación que puede ser ratificada en el término que indique la

administración, pero antes de la suscripción del contrato (CONSEJO DE ESTADO, 2015).

7.9. SENTENCIA DE FEBRERO 20 (CONSEJO DE ESTADO, 2017)

Continuando con los argumentos consolidados ya por la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado itera que los únicos requisitos susceptibles de ser subsanados *“son aquellos que no afectan la asignación del puntaje de las ofertas, a saber: la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, etc.”* (CONSEJO DE ESTADO, 2017).

No obstante, establece la Corporación que deberá analizarse si los documentos que conforman el determinado proceso de selección, las pruebas allegadas y las disposiciones constitucionales y legales, los respectivos requisitos eran susceptibles de ser subsanados por el proponente en el correspondiente proceso de selección, es decir, que no asignaran puntaje a la hora de la evaluación de las mismas ofertas.

La posibilidad de subsanar las ofertas de ninguna forma confiere a los proponentes la posibilidad de aportar nuevos documentos que mejoren la oferta inicial, ello teniendo en cuenta que los procesos de selección se rigen por el principio de igualdad. Permitir que un proponente pueda mejorar su oferta en la etapa de

calificación, con el ardid de subsanarla, necesariamente implicaría una trasgresión de dicho principio constitucional.

7.10. SENTENCIA DE AGOSTO 16 (CONSEJO DE ESTADO, 2018)

Ya en esta providencia el Consejo de Estado hace especial hincapié en el principio de transparencia en el proceso contractual, a la luz de la obligación de las entidades públicas a la hora de redactar los pliegos de indicar “(...) (i) *los requisitos mínimos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección* y (ii) *las reglas objetivas justas, claras y completas que permitan confeccionar los ofrecimientos y aseguren la escogencia objetiva del contratista*” (CONSEJO DE ESTADO, 2018), ello según los artículos 24 (numeral 5, literales a y b) y 29 de la Ley 80 de 1993.

De lo anterior se colige que la administración debe distinguir, *prima facie*, los requisitos que observan las condiciones de los oferentes a la hora de participar y los que califican la propuesta, llamados también factores de escogencia. Los primeros, por no ser necesarios para la calificación de la propuesta, pueden ser subsanados, contrario del segundo grupo, pues son los relativos a la evaluación de la oferta del proponente.

7.10.1. Reforma legal de la Ley 1150 de 2007. Ley 1882 de 2018

Es necesario referenciar, adicional a la providencia, el contenido de la Ley 1882 de 2018, mediante la cual se reformó el artículo 5° y su parágrafo 1°, de bastante comentario en las líneas anteriores.

La mencionada norma, a través de la cual se adicionaron, modificaron y dictaron disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública, en su artículo 5° reformó el parágrafo 1° de la Ley 1150 de 2007, concretando la extensa jurisprudencia contencioso-administrativa emanada del Consejo de Estado en unas cortas líneas, variando lo siguiente: La norma inicial establecía la potestad de la administración de solicitar los requisitos que no afecten puntaje. Contrario de esto, la norma en comentario sustituyó la expresión “podrán” por “deberán” frente a la solicitud de subsanabilidad de la oferta por el proponente.

La Ley 1150 de 2007 establecía que esta subsanación debía hacerse hasta antes del acto de adjudicación. Contrario a esto, la norma modificatoria estableció que deben ser subsanados hasta el término del traslado del informe de evaluación, dependiendo de cada modalidad de selección.

Por otra parte, la disposición modificatoria adicionó que: “serán rechazadas las ofertas de los proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado” (Ley 1882 de 2018).

Así mismo, el legislador positivizó la prohibición consistente en que los proponentes no podrán, dentro del término otorgado, acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

7.11. SENTENCIA DE JUNIO 28 (CONSEJO DE ESTADO, 2019)

Continuando con la línea jurisprudencial construida por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en 2019 se profirió esta decisión que en el criterio de estudio desborda los parámetros que hasta la fecha venía manejando el Consejo de Estado en materia de subsanabilidad.

Si bien las producciones jurisprudenciales van desarrollando criterios nuevos, por ejemplo al ampliar el espectro de protección a los principios constitucionales y de contratación, entre ellos el debido proceso constitucional y el de selección objetiva, también lo es que la Ley 1150 en el parágrafo 1° del artículo 5°, consagra que: *“Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso (...)”*.

En este sentido, cuando la sentencia afirma que es posible que una persona jurídica amplíe el término de existencia de la misma, en forma posterior a la presentación de la oferta, y más aún después de adjudicado y celebrado el contrato,

estamos frente a un nuevo criterio que contradice lo indicado en la disposición antes referida.

Al respecto, es importante traer a colación textualmente lo dicho por la jurisprudencia:

(...) 3.7. Análisis sobre el rechazo de la propuesta por el término de duración de una de las sociedades que integraban la UT Alumbrado.

3.7.1. La administración departamental sostuvo que, por deber legal, todas las sociedades que conformaron la UT Alumbrado debían tener la misma duración que la empresa de servicios públicos mixta que se conformaría y un año más, esto es, 26 años a partir de su constitución e inscripción. Como la empresa Soluciones de Ingeniería Ltda. no cumplía con esa condición, puesto que su duración estaba plasmada en el certificado de existencia y representación legal hasta el 2024 (13 años a lo sumo, contados desde 2011), la oferta presentada por dicha sociedad como parte de la referida UT debía ser rechazada (CONSEJO DE ESTADO, 2019).

El deber legal se sustentó en el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual:

Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más (subraya la Sala) (...) (CONSEJO DE ESTADO, 2019).

Vista la transcripción anterior, podemos concluir que la norma en forma expresa exige de manera clara que ningún proponente puede presentarse a un proceso contractual sin que su empresa tenga una duración inferior al plazo del contrato y un año más.

Así las cosas, este criterio forma parte de la capacidad jurídica que el proponente debe garantizar al momento de presentar las ofertas, sin que sea posible que se trasgreda dicha norma.

Desconocer esta posibilidad configura, en consecuencia, una violación flagrante al debido proceso constitucional para algunos proponentes, puesto que podrán exigirse unos requisitos dentro de un pliego de condiciones con el propósito de que todos los proponentes los cumplan; no obstante, cuando uno de ellos sea renuente a cumplirlos, se le permitirá acreditarlo en forma posterior, y su oportunidad será hasta el término de traslado de la evaluación de las ofertas, y para la época de los hechos hasta la adjudicación; sin embargo resulta claro que del contenido de la Ley 1150 de 2007 esta posibilidad no comprende ni permite la acreditación de circunstancias nuevas, más aun cuando dicho requisito forma parte de la denominada capacidad jurídica.

Las circunstancias nuevas serán aquellas que al momento de la presentación de las ofertas no existían; tal es el caso de la duración de la persona jurídica motivo de controversia dentro del sentencia aquí analizada, la cual, al ser inferior a la duración del contrato, permite concluir lo siguiente:

- a) Que no cumplió con el requisito habilitante solicitado en el proceso contractual.
- b) Que siendo un requisito de dicha naturaleza, este solo era subsanable hasta el acto de adjudicación, subsanación que no se produjo.
- c) En el evento de que dicho contratista resultara ser el adjudicatario, y por ende con quien se celebra el contrato, es oportuno reflexionar qué pasaría si una vez celebrado el contrato y transcurrido el tiempo el contratista se niega a prorrogar la existencia o duración de la persona jurídica.

Para el operador jurídico de hoy se torna confuso resolver las controversias suscitadas en torno a la subsanabilidad de las ofertas en razón a que, como se ha evidenciado en las diferentes providencias aquí analizadas, algunos criterios conceptuales cambian de forma permanente, lo que conlleva a que las entidades públicas al momento de evaluar los requisitos habilitantes de una oferta puedan incurrir en violación al debido proceso y al derecho de igualdad, ambos principios constitucionales, pues cada proceso contractual está siendo ponderado con criterios

diferentes, esto es, según las sentencias que va emitiendo el Honorable Consejo de Estado.

La siguiente afirmación deja al operador jurídico absorto, pues, como se dijo con anterioridad, la duración de la empresa es un requisito de fondo, y más aún porque forma parte de la capacidad jurídica, no obstante su subsanación implicaría acreditar una circunstancia posterior, y por ende mejorar su propuesta, lo que:

3.7.3. En consecuencia, era irrelevante e innecesario contar con un término social concreto en el momento de la presentación de la propuesta. Como se trata de un negocio jurídico regido preponderantemente por el derecho privado, si la sociedad limitada indicada antes se hubiera disuelto por cumplimiento del plazo social, esto no daba al traste con la sociedad conformada, sino que permitía negociar válidamente su porcentaje de participación accionaria bajo el régimen de negociación propio del derecho mercantil y de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Es decir, ni la prestación del servicio ni el propósito de la convocatoria pública de oferentes se verían seriamente truncados si se hubiese celebrado el contrato con una empresa que tuviera esa situación. Por lo tanto, el rechazo de la oferta no era la decisión jurídicamente procedente para el supuesto fáctico planteado por la administración (...) (CONSEJO DE ESTADO, 2019).

8. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR Y ADULTO MAYOR ADELANTADOS POR EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA PARA EL PERIODO 2007-2018

Mucho se ha escrito en relación a este derecho constitucional cuando se trata de literatura jurídica. Uno de los autores más puntuales y claros sobre el tema es el doctor GOZAÍNI (2002), quien refiere en uno de sus artículos lo siguiente:

El adverbio “debido” no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediatamente cuando se habla del “debido proceso”. El origen aceptado es la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la decimocuarta enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el debido proceso (p. 18).

Al respecto, y en desarrollo de lo establecido por la doctrina, la Corte Constitucional (2010) ha dicho que este derecho es aquel mediante el cual el Constituyente Primario, a la hora de darse una nueva Carta Magna, y el legislador, por su parte, cuando intenta desarrollar valores y principios constitucionales con la expedición de normas, buscaron establecer garantías mínimas para cada procedimiento surtido ante la administración pública, en sede administrativa en los

términos de la Ley 1437 de 2011, como de la judicatura en alguna de sus instancias, y debería ser el inicio y el fin de todas estas actuaciones.

Así, el ordenamiento jurídico constitucional ha definido el debido proceso como derecho, principio y valor de la Carta de 1991 en desarrollo del Estado social de derecho, siendo pues máxima que se espera de la función pública.

Como resultado de esa tridimensión la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el compilado de normas que permiten la garantía de las personas que se ven enfrentadas a un proceso en aras de la aplicación directa de la justicia.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional (2010):

Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia (Sentencia C-980) (subrayados fuera de texto original).

Continúa la misma providencia estableciendo una serie de obligaciones para el funcionario judicial o administrativo que será encargado de atender el procedimiento o proceso del que se trata, siendo este el encargado de atender las normas que rigen el proceso con miras a garantizar y satisfacer las garantías mínimas de cada parte. Esboza la providencia:

La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías –derechos y obligaciones– de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado (CORTE CONSTITUCIONAL, 2010) (subrayados fuera de texto original).

En mérito de la aplicación del contenido obligacional que rige el Estado social y democrático de derecho, las autoridades públicas deben garantizar los derechos de las personas a partir de lo reglado de sus funciones, es decir, en aplicación del principio de legalidad para la garantía del modelo de Estado ya mencionado:

(...) las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de

cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (Preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P.) (CORTE CONSTITUCIONAL, 2010).

Además de esta definición, ya en otros pronunciamientos la Corte Constitucional (2014) ha sido bastante enfática a la hora de reconocer este principio, tal como se aprecia en la Sentencia C-341, donde realizó en forma de enunciación la lista de garantías que conforman su objeto de protección, así:

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

Hacen parte de las garantías del debido proceso: **(i) El derecho a la jurisdicción**, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; **(ii) el derecho al juez natural**, identificado como el funcionario con

capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; **(iii) El derecho a la defensa**, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; **(iv) el derecho a un proceso público**, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; **(v) el derecho a la independencia del juez**, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y **(vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario**, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas (subrayados y negrillas fuera de texto original).

En esta sentencia fue la Corte enfática e ilustrativa a la hora de determinar los elementos que componen este derecho, teniendo que sin la garantía de alguno de ellos se presentaría una trasgresión a las garantías mínimas del procesado, implicando la atención del juez constitucional quien deberá dirimir la situación.

Además de las ya citadas providencias, el máximo tribunal constitucional ha precisado que las garantías del debido proceso son aplicables a todos y cada uno de los procedimientos administrativos que la administración pública, de cualquier orden, adelanten, llamándole a este puntual debido proceso administrativo, extendiéndose como resulta obvio a los procesos contractuales. Frente a esto la Corte Constitucional (2017) precisó sobre el debido proceso administrativo:

La jurisprudencia de esta Corte ha definido el debido proceso administrativo como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (Sentencia T-010).

Ha sido pues la Corte, en reiterados pronunciamientos, la que ha estudiado el tema del debido proceso administrativo, precisando algunos aspectos que determinan su ámbito de aplicación. En un inicio ha dicho que se trata de un derecho constitucional fundamental, aplicable inmediatamente, consagrado en el artículo 29 Superior, con reconocimiento directo y expreso en los artículos 6° y 209 del mismo ordenamiento jurídico, donde se han fijado los elementos básicos de la

responsabilidad jurídica de los servidores públicos (art. 6°), y los principios rectores que deben gobernar la actividad administrativa del Estado (art. 209).

En suma, y siendo el artículo 29 Superior el que establece, reafirmado por la vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional, que toda actuación administrativa debe ceñirse a los postulados del debido proceso, por lo cual, inclusive en los procesos de contratación, propios de la función pública, no pueden ser ajenos a dicho mandato.

Este tema, siendo el que nos ocupa, ha sido de bastante estudio tanto de parte de la judicatura constitucional como de la jurisdicción contencioso administrativa en cabeza del Consejo de Estado, por cuanto esta Corporación es la encargada de dirimir las diferencias que se presenten entre las autoridades públicas y los particulares, aun cuando la primera celebra o adelanta procesos de contratación donde los segundos buscarán les sea adjudicado un contrato para ejercer una función pública o prestar un servicio, según sea el caso, y en consecuencia obtener una utilidad de la actividad que ejecutan, pueden presentarse situaciones, controversias o desavenencias entre las partes que puedan llegar a configurar desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso.

Corolario de lo dicho es la Ley 80 de 1993 la norma que rige, junto con su desarrollo legislativo y reglamentario, el procedimiento de la contratación pública para los órganos, entidades y agentes del Estado colombiano. Así pues, además de todo lo relativo a la naturaleza de los contratos administrativos, tipos y principios,

que contiene en su desarrollo los procesos de selección de los contratistas y sus reglamentaciones, con los cuales deberán las entidades provisionar bienes y servicios necesarios para la consecución del interés general que debe mirar el Estado desde su contenido obligacional.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado (2007):

Para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, se requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, lo cual se obtiene bien con la colaboración de los particulares o de las propias entidades que integran la administración pública, mediante la contratación de los mismos, de manera que “(...) el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz (...) (CONSEJO DE ESTADO, 2007).

Con esto, luego de determinar el interés o fin que va a ser suplido o garantizado de parte de la entidad pública, esta deberá iniciar un procedimiento contractual reglado, cuyo reglamento dependerá de la modalidad de selección aplicable para cada contrato, siendo esta modalidad un procedimiento de selección decantado por la ley o los reglamentos internos de las entidades, que deberán ser ejecutados para la adjudicación en mérito, y siempre con miras hacia las garantías constitucionales.

Siendo lo anterior una premisa para toda entidad, resulta menester precisar que el principio al debido proceso es el principio más importante a la hora de ejercer la potestad de ordenar el gasto y contratar bienes y servicios para suplir necesidades de las entidades, toda vez que es el que debe permear todo el proceso de selección de los contratistas, siempre velando por el respeto de las garantías de cada uno de ellos y sin incurrir, por el contrario, en hechos que configuren una desviación de poder o cualquier otra situación de la que pueda generarse una nulidad del proceso y por ende de actos contractuales.

El Consejo de Estado (2007) en tal aplicación ha manifestado al respecto:

Los derechos al debido proceso y sus corolarios de defensa y de contradicción, según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, rigen en los procedimientos administrativos –sancionatorios o no–, mandato éste que constituye un avance significativo en la defensa del ciudadano y que en el ámbito de la contratación tiene específicas manifestaciones, como por ejemplo, cumplir y **observar las formas propias de los procesos de selección, mediante el desarrollo de etapas taxativas que aseguran la selección objetiva de la propuesta más favorable**; no dilatar injustificadamente el procedimiento y cumplir con los términos preclusivos y perentorios fijados; evaluar los ofrecimientos de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas; motivar por la administración su actuación y darla a conocer; brindar la posibilidad de controvertir los informes y conceptos y de presentar observaciones a los mismos, etc., deberes todos estos que se involucran en los principios de transparencia, economía y selección objetiva que serán posteriormente explicados. En suma, este principio no sólo se trata del

cumplimiento de las normas que establecen el procedimiento y el conjunto de principios que informan y orientan la actividad de la contratación pública –respeto de la legalidad objetiva–, sino de la salvaguarda de las garantías en que consiste este derecho y la protección contra la arbitrariedad de la administración (CONSEJO DE ESTADO, 2007).

Es entonces la Corporación la que entiende la implicación propia de la violación del debido proceso a cada contratista, teniendo que esta se produce con una trasgresión al menos significativa de uno de los ápices que compone la garantía del debido proceso en cada una de las etapas que se surten para la adjudicación de un contrato estatal.

En torno a esto, además, debe decirse que la garantía al debido proceso no solo debe protegerse a la hora de la adjudicación, sino también desde la formación del contrato estatal. Así, se debe propender en principio por la protección de los intereses de los participantes en el proceso de selección con etapas y procedimientos claros, preclusivos y perentorios, siendo una forma directa de aplicar el debido proceso y contenidos en el pliego de condiciones para cada proceso que es de obligatorio cumplimiento para la entidad.

Ahora bien, es consabido también que no solo se trata de establecer un reglamento claro en principio, sino también a lo largo y ancho del proceso, con mecanismos de aplicación directa que permitan a la administración y al proponente sanear el proceso de selección, y a la postre poder enmendar errores meramente

formales que no afecta el proceso, ni implica una mejoría en las ofertas en desmedro de los demás participantes. Ejemplo de ello es la figura de la subsanabilidad que en este escrito nos incumbe, instrumento entendido como un derecho de los proponentes y no como una potestad de la administración para sanear la propuesta presentada ante el proceso contractual, sin en ningún momento mejorarla y que, de no hacerlo, sería rechazada.

Una garantía directa hacia la obtención de un juicio justo y evaluación ponderada y en igualdad de condiciones a cada proponente es lo que se busca con la subsanabilidad, como garantía del debido proceso constitucional a la hora de la evaluación de las propuestas, la cual es apenas lógico tenga una serie de limitantes para garantizar la misma igualdad que persigue para todos.

Así, es la subsanabilidad un instrumento que permite solucionar o corregir la acreditación de requisitos durante la etapa de selección de oferentes en un proceso contractual con entidades públicas (CORREA G., SÁNCHEZ S. & GALEANO S., 2017).

9. REQUISITOS MÍNIMOS HABILITANTES EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR, ADULTO MAYOR Y MADRE GESTANTE ADELANTADOS POR EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Frente a los procesos contractuales adelantados por el departamento de Risaralda, como administrador del ente territorial del departamento, es preciso acotar que fueron adelantados para desarrollar estos programas sociales, en el periodo de estudio, un total de 17 procesos mediante el modo de selección de licitación pública, y un total de 6 mediante contratación directa.

Los procesos ofertados por el ente territorial para este periodo, según la modalidad de licitación pública, fueron los siguientes:

Año	Identificación del proceso	Valor
2008	SDS-LP-002-08	\$1.278.087.200,00
2009	SDS-LP-001-2009	\$1.793.513.102,00
2010	SDS-RiSa-01-2010	\$3.519.789.910,00
2010	SDS-RISA-02-2010	\$2.119.963.238,00
2011	SDS-RISA-01-2011	\$2.992.604,00
2012	No hubo procesos con este tipo de objeto	N.A.
2013	No hubo procesos con este tipo de objeto	N.A.
2014	SDS-LP-01-2014	\$1.600.000.000,00

2015	LP-SDS-002-2015	\$1.500.000.000.oo
2015	LP-SDS-001-2015	\$11.399.974.450.oo
2016	LP-001-CPS-SDS-2016	\$739.860.000.oo
2017	SDS-SA-CS-020-2017	\$26.810.000.oo
2017	SDS-IPMC-021-2017	\$44.991.250.oo
2017	SDS-LP-05-2017	\$1.998.996.000.oo
2017	SE-LP-01-2017	\$9.904.041.378.oo
2017	SE-LP-017-2017	\$15.419.354.786.oo
2018	SE-LP-24-2018	\$14.181.616.440.oo

Del mismo modo, mediante contratación directa se adelantaron los siguientes procesos:

Año	Proceso	Valor
2012	Contrato N° 794 de agosto 12 de 2012	\$1.000.000.000
2013	Contrato N° 1138 de octubre 22 de 2013	\$3.307.125.125
2014	Contrato N° 965 de sept. 17 de 2014	\$500.000.000
2015	Contrato N° 1194 de dic. 31 de 2015	\$4.301.922.806
2016	Contrato N° 885 de sept. 2 de 2016	\$430.000.000
2017	Contrato N° 94 de enero 23 de 2017	\$3.000.000.000

Así, como cualquier otro ítem o requisito de la propuesta, la entidad ofertante deberá establecer en el pliego de condiciones los requisitos mínimos habilitantes que

todo oferente debe cumplir sí su deseo es concurrir a un proceso de selección, teniendo en cuenta que estos requisitos son subsanables en el curso de un proceso de selección o en las fechas dispuestas, siempre y cuando estos requisitos no otorguen puntaje al oferente, o por cualquier motivo mejoren la oferta presentada.

Estos requisitos habilitantes deben ser establecidos por la entidad de forma adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato, en los términos del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

Merece especial salvedad mencionar que, en su mayoría, los requisitos habilitantes requeridos se perciben en el Registro Único de Proponentes, como el instrumento a través del cual los proponentes acreditan: capacidad jurídica, financiera, organizacional, además de la experiencia, el cual también es considerado como requisito habilitante. Así, los requisitos por regla general en los contratos tratados fueron los siguientes:

9.1. CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad, como concepto jurídico, es entendido y visto desde la teoría general de las obligaciones y los contratos proveniente del derecho privado, según el artículo 1502 de la codificación civil, como un requisito para obligarse, y de suyo un elemento esencial de los contratos, es decir, un elemento sin el cual el acto o negocio jurídico no germina al mundo jurídico, siendo esto de tal importancia, que sin él, el acto o negocio jurídico no tiene efectos jurídicos (FAYAD, 2017).

Así, es entendida entonces la capacidad jurídica como la “*aptitud de una persona en cuanto la habilita para ejercer ciertos actos y contraer determinadas obligaciones civiles*” (FAYAD, 2017), por tanto es la capacidad jurídica aquella condición para ser titular de derechos y obligaciones.

Ahora bien, aterrizado este concepto al universo de la contratación estatal, la capacidad jurídica como requisito habilitante es esa potestad que tiene una persona natural o jurídica para resultar apto tendiente a la adjudicación, y por ende la celebración y ejecución del contrato, por lo cual carecer de ella o no acreditarla en la oportunidad otorgada por la entidad constituye una causal de rechazo, puesto que no se prueba que el proponente tiene la aptitud o posibilidad para contraer obligaciones fruto de su personalidad jurídica.

El Manual de Mínima Cuantía de Colombia Compra Eficiente (2013) realiza una separación entre la acreditación de la capacidad jurídica para personas naturales y jurídicas, para lo cual, frente al primer tipo de personas, indica que la entidad debe auscultar su capacidad jurídica a partir de lo siguiente:

(...) a) La mayoría de edad, la cual es acreditada con la cédula de ciudadanía, para los nacionales colombianos, y con la cédula de extranjería o el pasaporte para los extranjeros. La simple presentación de este documento sirve para acreditar la capacidad jurídica.

b) La ausencia de limitaciones a la capacidad jurídica de las personas naturales. Este requisito lo debe verificar la Entidad Estatal con la presentación de una declaración de la persona natural en la cual certifique que tiene plena capacidad y que no está incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones y adicionalmente la Entidad Estatal debe consultar los sistemas de información de antecedentes judiciales, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República (p. 9).

Ya para el caso de personas jurídicas, el mismo manual establece que deberá la entidad estudiar lo siguiente:

Las personas jurídicas acreditan su capacidad jurídica con el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio de su domicilio, el cual debe haber sido expedido dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de presentación o por la entidad que tenga la competencia para expedir dicho certificado.

La Entidad Estatal debe verificar la capacidad jurídica de una persona jurídica revisando los siguientes aspectos:

(a) El objeto social de la persona jurídica para efectos de verificar que esté autorizada para cumplir con el objeto del contrato. El objeto social es transcrito en los certificados de existencia y representación legal.

(b) La calidad de representante legal de quien suscribe la oferta, lo cual se verifica con la inscripción del representante legal en el certificado de existencia y representación legal.

(c) Las facultades del representante legal de la persona jurídica para presentar la oferta y obligar a la persona jurídica a cumplir con el objeto del contrato, lo cual se verifica con la inscripción del representante legal en el certificado de existencia y representación legal.

(d) La ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones de la persona jurídica para contratar con el Estado. Este requisito lo debe verificar la Entidad Estatal con la presentación de una declaración de la persona jurídica en la cual esta certifique que ni la persona jurídica ni su representante legal están incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones.

Adicionalmente la Entidad Estatal debe consultar los sistemas de información de antecedentes judiciales, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2013).

Adicional a estos, para este tipo de procesos se evaluó: (i) el perfil solicitado, determinando si el proponente cumple el perfil para el proceso; (ii) la certificación de vigencias de tarjetas profesionales y, dado el caso, (iii) los documentos de conformación de oferentes asociativos.

9.2. CAPACIDAD FINANCIERA

Buscando con este requisito establecer, según el Manual de Requisitos Habilitantes de Colombia Compra Eficiente (2014), *“unas condiciones mínimas que reflejen la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento”*.

La misma capacidad es determinada con fórmulas financieras de cálculo de indicadores que den cuenta a la entidad de la aptitud del proponente de dar cumplimiento oportuno y cabal al objeto del contrato.

Ahora bien, debe indicarse que es el Decreto 1510 de 2013 el que establece en su artículo 10 los indicadores de capacidad financiera de los proponentes, los cuales son:

Índice de Liquidez = Activo Corriente / Pasivo Corriente, el cual determina la capacidad que tiene un proponente para cumplir con sus obligaciones de corto plazo. A mayor índice de liquidez, menor es la probabilidad de que el proponente incumpla sus obligaciones de corto plazo.

Índice de Endeudamiento = Pasivo Total / Activo Total, el cual determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación (pasivos y patrimonio) del proponente. A mayor índice de endeudamiento, mayor es la probabilidad del proponente de no poder cumplir con sus pasivos

Razón de Cobertura de Intereses = Utilidad Operacional / Gastos de Intereses, el cual refleja la capacidad del proponente de cumplir con sus obligaciones financieras. A mayor cobertura de intereses, menor es la probabilidad de que el proponente incumpla sus obligaciones financieras (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2014).

9.3. CAPACIDAD ORGANIZACIONAL

Según el pluricitado concepto de Colombia Compra Eficiente (2014), la capacidad organizacional de los proponentes es la “aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto de un contrato en función de su organización interna”, y ha dado una instrucción al determinar cómo se evalúa este requisito habilitante, para lo cual manifestó:

Los índices para evaluar la capacidad organizacional se encuentran en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, y deben entenderse de la siguiente manera:

Rentabilidad sobre patrimonio: Utilidad Operacional / Patrimonio, el cual determina la rentabilidad del patrimonio del proponente, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el patrimonio. A mayor rentabilidad sobre el patrimonio, mayor es la rentabilidad de los accionistas y mejor la capacidad organizacional del proponente.

Rentabilidad sobre activos: Utilidad Operacional / Activo Total, el cual determina la rentabilidad de los activos del proponente, es decir, la capacidad de generación

de utilidad operacional por cada peso invertido en el activo. A mayor rentabilidad sobre activos, mayor es la rentabilidad del negocio y mejor la capacidad organizacional del proponente. Este indicador debe ser siempre menor o igual que el de rentabilidad sobre patrimonio (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2014).

9.4. EXPERIENCIA

Para definir este concepto, sea lo primero acudir al Diccionario Virtual de la Real Academia de la Lengua Española (2018) la cual arroja, tras su búsqueda, cuatro definiciones de este tema. Así, la RAE, determina que experiencia, proviene del latín *experientiá*, entendido pues, en suma, como la práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo.

Así, la experiencia es aquel conocimiento del proponente surgido o derivado de la ejecución de actividades de similar o igual objeto en contratos, los cuales deben ser perfectamente soportables y debidamente inscritos en el Registro Único de Proponentes, debiendo además determinar, para el registro o inscripción, el valor del mismo contrato, así como la aclaración de si la experiencia fue adquirida por sí mismo a través de la participación en procesos contractuales mediante proponentes plurales.

Así, ha de realizarse la aclaración que *“la experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto contrato a celebrar”* (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2014).

9.5. CAPACIDAD TÉCNICA (EN ALGUNOS), CONSISTENTE EN MENAJES, SITIO DE PREPARACIÓN Y ALMACENAMIENTO

Esta corresponde a la capacidad de operación que, a criterio propio de la entidad, se estableció para determinar cuáles eran esas capacidades reales logísticas y operativas del oferente que garantizan una ejecución oportuna del objeto contractual. Ejemplo de estas son los contratos donde se exige una bodega de almacenamiento, baterías de cocina, estufas, vehículos de transporte de alimentos, entre otros.

9.6. CAPACIDAD ADMINISTRATIVA (SOLO EN ALGUNOS), NUTRICIONISTAS, INGENIEROS DE ALIMENTOS, MANIPULADORES DE ALIMENTOS

Se trata de la capacidad o capital humano con que cuenta el oferente para ejecutar las actividades u obligaciones del objeto contractual; estas también a criterio propio de la entidad, traducidos en el personal mínimo requerido para la ejecución del mismo, como ingenieros de alimentos, manipuladoras de alimentos, bodegueros, nutricionistas, dietistas, etc., siendo algunos de estos personal que al ofertarlos se asigna puntaje.

9.7. REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES

El RUP o Registro Único de Proponentes, a las voces del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y a su vez modificado por

el artículo 221 del Decreto 19 de 2012, es el requisito *sine qua non* para que cualquier persona natural, jurídica, nacional o extranjera aspire a celebrar contratos, y de cuyo participe en los procesos de selección³

Este registro será adelantado y controlado por las Cámaras de Comercio con jurisdicción del domicilio principal del proponente, en el cual deberá constar la experiencia, capacidad jurídica, financiera y organizacional del proponente, así como su clasificación, siendo, de contera, el mecanismo idóneo y sumario para probar estos factores y requisitos mínimos habilitantes.

Esta información deberá ser suministrada por la entidad contratante, debiendo cada mes, cada entidad, enviar a la cámara de comercio de su jurisdicción información de los contratos, cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con contratos adjudicados, en ejecución o ejecutados por cada proponente.

³ **Artículo 22.** Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal. No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación.

10. ALCANCE DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS Y SUBREGLAS DE SUBSANABILIDAD EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR, ADULTO MAYOR ADELANTADOS POR LA GOBERNACIÓN DE RISARALDA EN EL PERIODO 2007-2018

En virtud de la enumeración de los procesos de selección adelantados por la entidad realizados en el acápite anterior, debe indicarse, antes de iniciar con el análisis de cada proceso en el que se vio la aplicación del principio de subsanabilidad, en cuáles de los presentes procesos se vio abocado el administrador del ente territorial a permitir a los proponentes subsanar la oferta presentada en los términos en que para el momento se encontraba la jurisprudencia.

En este orden de ideas fue planteado, con fines de dar mayor ilustración al lector, el siguiente cuadro comparativo en el cual se indica:

- a) *Identificación del proceso de selección*, variable en la que se dispone la referencia con la cual fue aperturada la licitación o el proceso de selección por la entidad, consultable en el módulo propio de contratación verificable a través de la página web de la entidad⁴, o mediante los portales dispuestos por Colombia Compra Eficiente para la publicidad de los procesos como lo es la plataforma SECOP⁵.

⁴ Mayor información, puede ser consultada la página web de la entidad en su módulo de contratación: <http://aplicaciones.risaralda.gov.co/Modulos/Contratacion/>

⁵ SECOP: <https://www.contratos.gov.co/entidades/entLogin.html>

- b) *Objeto del proceso*, el cual determina el tipo de proceso a adelantar y, de suyo, la necesidad de la que requiere ser satisfecha la entidad convocante.
- c) *Valor*, indicando la cuantía a contratar según el Certificado de Disponibilidad Presupuestal dispuesto.
- d) *Observaciones de la entidad*, acápite en el cual se resume la observación realizada de parte de la entidad contratante en el informe de evaluación técnica o jurídica hecha a cada contratista.
- e) *Oportunidad de subsanación*, en el cual se expone si la entidad otorgó o no el término para subsanar la propuesta presentada a la misma.
- f) *Conclusión*, acápite en donde se expone como término el proceso de selección, indicando si el oferente subsanó o no la propuesta.

Tales procesos son los siguientes:

Identificación del proceso	Objeto del proceso	Valor	Observaciones de la entidad	Oportunidad de subsanación	Conclusiones
Licitación Pública N SDS-LP-001-2009.	<i>“Suministro de paquetes de alimentos no elaborados para las modalidades de MERCADO SOCIAL y Cocinas Comunitarias “AÑOS</i>	\$1.793.513.10 2	Se les solicito a 3 proponentes subsanar lo siguiente: “Debe subsanar certificado de compromiso y capacidad	Se dio la oportunidad para subsanar las ofertas presentadas de parte de los proponentes por cuanto estos requisitos si bien son habilitantes	Solo dos proponentes subsanaron correctamente sus ofertas, procediendo pues a la evaluación que arrojó la expedición de la

*DORADOS”,
ambos con su
Componente
Sicosocial, para
entregar en la
zona urbana y
rural del
Departamento de
Risaralda y
paquetes de
alimentos no
elaborados para
la modalidad de
COLADAS
ESTUDIANTILE
S Y
COMUNITARIA
S, todos,
beneficiarios del
Programa
Departamental
de Seguridad
Alimentaria y
Nutricional –
“RiSa”*

**para
contratar
personal
requerido”**
en el proceso de
selección
adelantado, no
otorgan puntaje
para la
calificación de
los mismos ni
hacerlo mejoren,
complementan o
adicionan la
oferta

**Resolución N°
007 del 21 de
Agosto de 2009,**

SDS-RiSa- 01-2010	Contratar el suministro de Paquetes de Alimentos no elaborados Tipo: Mercado Social	\$ 3.519.789.910	Observaciones Específicas: Proponente N° 1. Unión Temporal	Si se dio la oportunidad	El proponente subsano satisfactoriament e
----------------------	--	---------------------	--	-----------------------------	--

Tipo: Cocinas Comunitarias “Años Dorados”,	Vivamos Unidos. Este proponente	Resolución de Adjudicación N° 060 de mayo 12 de 2010
Tipo: Coladas Estudiantiles y Comunitarias, todas, con su Componente Sicosocial, para entregar en la zona urbana y rural del Departamento de Risaralda a los núcleos familiares que se encuentran en situación o en riesgo de vulnerabilidad alimentaria o nutricional y/o vulnerabilidad socio económica, beneficiarios del Programa Departamental de Seguridad Alimentaria y Nutricional – RiSa	cumplió con todos los documentos que fueron solicitados en el pliego de condiciones como habilitantes. Respecto de los requisitos subsanables, el proponente deberá subsanar dentro del término establecido en el pliego de condiciones, los siguientes documentos: El término establecido de duración de la unión temporal, establecido	

dentro del
documento de
constitución,
es menor al
exigido en los
pliegos (num
7.1) la cual
debe ser como
mínimo por el
término de
ejecución del
contrato y un
(1) año más.
Debe anexar
la hoja de vida
en formato de
la función
pública del
integrante de
la unión
temporal
señor Wilson
de Jesús
Suárez Parra,
toda vez que
el aportado es
el del
establecimient
o de comercio.

Orden de
Elegibilidad.
El proponente
debe subsanar
los
documentos
establecidos
allegándolos a
la Secretaria
de Desarrollo
Social –
Programa
Departamental
de Seguridad
Alimentaria y
Nutricional
“RiSa”, en
horario de
oficina. La
Secretaria no
responde por
documentos
entregados
otras oficinas
y fuera del
término aquí
establecido.
Las propuesta
que no sean
subsanadas y
/o aclaradas

en el plazo
fijado por el
comité, y/o lo
hagan en
forma
irregular y/o,
cuando al
hacerlo
mejoren,
complementen
o adicione
las propuestas
serán éstas
serán
rechazadas.

Los
documentos
de la
evaluación
jurídica

SDS-LP-01- 2014	Implementación a aplicación del programa de seguridad alimentaria para el mejoramiento de la situación nutricional de los niños, niñas, adolescentes y adultos mayores	\$ 1,600,000,000	Se solicitó subsanación de las actas de junta directiva	Se subsanó satisfactoriament e	Resolución de Adjudicación 016 de julio 17 de 2014
--------------------	--	---------------------	--	--------------------------------------	---

	del			
	Departamento de			
	Risaralda a			
	través del			
	suministro de			
	raciones			
	alimentarias			
	elaboradas tipo			
	almuerzo			
	caliente para			
	adultos mayores			
	y refrigerio para			
	niños, niñas y			
	adolescentes			
	como			
	complemento			
	nutricional;			
	priorizados por			
	la secretaria de			
	desarrollo social			
	Programa de			
	complementación			
	nutricional para		El comité	
LP-SDS-	niños , niñas	\$	evaluador dio	No hizo uso del
002-2015	adolescentes y	1,500,000,000	oportunidad	derecho a
	adultos mayores		de subsanar a	subsanar
	del departamento		un proponente	
	De Risaralda			
				Resolución de
				Adjudicación 020
				de julio 24 de
				2015

LP-SDS-001-2015	<p>“Implementación del programa agricultura para la supervivencia y la seguridad alimentaria crío, siembro como y ahorro en todo el departamento de Risaralda, desarrollando los componentes de motivación, capacitación, difusión, entrega de insumos, visitas de asistencia técnica y acompañamiento para la atención de 14.280 familias del área rural y urbana de los 14 municipios del departamento de Risaralda, para disminuir los índices de inseguridad alimentaria y</p>	<p>\$ 11,399,974,45 0</p>	<p>El comité evaluador dio oportunidad de subsanar</p>	<p>Subsano satisfactoriamente</p>	<p>Resolución de Adjudicación 08 de marzo 24 de 2015</p>
-----------------	--	-----------------------------------	--	-----------------------------------	---

	nutricional en población identificada con extrema pobreza (red unidos) y familias niveles 1 y 2 de Sisben”				
LP-001-CPS-SDS-2016	Ejecución del programa de complementación nutricional para adultos mayores y madres gestantes del departamento de Risaralda	\$ 739,860,000	El comité evaluador dio oportunidad de subsanar	Subsano satisfactoriamente	No figura la resolución de adjudicación, ya que por la cuantía figura una aceptación de oferta, de fecha Septiembre de 2016.
SDS-LP-05-2017	Ejecución del programa de complementación nutricional para adultos mayores y madres gestantes del Departamento de Risaralda	\$ 1,998,996,000	Debió aclarar el plazo de ejecución	Subsano satisfactoriamente	Subsanó Resolución de adjudicación N° 004 de marzo 29 de 2017

SE-LP-01-2017	<p>Suministro diario de un complemento tipo ración industrializada y tipo ración preparada en sitio a los niños, niñas y adolescentes registrados en la matrícula oficial, de los doce municipios no certificados del Departamento de Risaralda, acorde a los lineamientos técnico administrativos y estándares del Ministerio de Educación Nacional establecidos en la Resolución 16432 de 2015</p>	\$ 9,904,041,378	<p>Se solicitó subsanar la póliza de seriedad del proceso de contratación</p>	<p>Subsano satisfactoriament e</p>	<p>Subsanó Resolución de Adjudicación N° 358 de marzo 17 de 2017</p>
---------------	--	------------------	---	------------------------------------	---

Fuente: Elaboración propia

En suma, se percibe que en el curso de los procesos contractuales referidos se permitió el derecho a subsanar las ofertas de parte de los oferentes, tal como ha sido exigido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en garantía del derecho al debido proceso de los concurrentes, haciendo especial salvedad en que el ejercicio de este derecho fue posible, como se ha sostenido en el desarrollo de este proceso, por ser requisitos habilitantes que, por ninguna razón, otorgarán puntaje a la hora de la evaluación y del desarrollo del orden de elegibilidad.

CONCLUSIONES

Es dable concluir el presente documento investigativo teniendo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido bastante garantista a la hora de desarrollar el principio de subsanabilidad, entendido como una expresión del debido proceso constitucional. Así, según lo expuesto, la subsanabilidad de las ofertas es un tema consistente en la posibilidad de adecuar y corregir las propuestas presentadas para el devenir de un proceso de selección luego de la revisión hecha por la entidad contratante para determinar el cumplimiento o no del pliego de condiciones.

El principio de subsanabilidad, de creación legal, es un principio orientador de la actividad contractual del Estado, y a su vez un derecho del oferente por su relación directa con el derecho constitucional del debido proceso, más su desarrollo y construcción ha sido jurisprudencial a partir de los pronunciamientos del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encargado de regular, determinar su comprensión, entendimiento y alcance, orientando a las entidades

contratantes de cómo desatar las controversias que se suscitan con ocasión a la subsanabilidad de los procesos contractuales que ellas adelantan, en procura de evitar que se generen rechazos de las ofertas de manera abrupta o por decisiones caprichosas o arbitrarias de funcionarios, garantizando la selección objetiva del contratista y de la mejor oferta para la entidad.

Dicho principio comprende una doble dimensión, ya que está formulado como un elemento orientador de las actuaciones de las entidades públicas en desarrollo de la actividad contractual, operando a través de reglas y subreglas jurisprudenciales; a su vez, también implica la existencia de un derecho para los oferentes, en la medida que impone obligaciones al operador jurídico que restringen su nivel de discrecionalidad, haciendo obligatorio el otorgamiento de la posibilidad de subsanar cuando se trate de requisitos mínimos habilitantes, de tal manera que, siempre que se niegue dicha posibilidad a los oferentes, pese a ser procedente acorde con las reglas jurisprudenciales, se configurará una violación al derecho fundamental al debido proceso, evidenciándose de esta manera una estrecha relación entre el principio de subsanabilidad y la garantía constitucional del artículo 29 de la Carta de 1991.

Finalmente, es claro que el principio de subsanabilidad, sus reglas y sub reglas tienen plena aplicabilidad en relación con los requisitos mínimos habilitantes de la actividad contractual estatal. Ahora bien, en cuanto a los procesos contractuales adelantados en el departamento de Risaralda para la atención del adulto mayor, así como para la alimentación escolar durante el periodo 2007-2018, pudo establecerse

que en los mismos fue aplicado el principio de subsanabilidad por parte de la entidad contratante, garantizando el debido proceso de los concurrentes.

De las reflexiones efectuadas a lo largo del presente trabajo surgen algunos interrogantes que no fueron abordados, por no ser el objeto central de este, pero que pueden ser punto de partida para nuevos análisis jurídicos, entre ellos:

- a) ¿Resulta procedente garantizar vía acción de tutela la posibilidad de subsanar requisitos mínimos habilitantes considerando su relación directa con el derecho fundamental del debido proceso?
- b) ¿Cuál es la relevancia de la garantía del derecho a subsanar requisitos mínimos habilitantes como elemento de prevención del daño antijurídico para la entidad contratante?

BIBLIOGRAFÍA

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016). *Manual de contratación*. Disponible

en:

https://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/Juridica/Manual_de_contratacion/Manual_de_contratacion.pdf

BENFELD, J. (2013). “Los orígenes del concepto de sana crítica”. En: *Revista Estudios Hist-Jurid.* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho.

BLANCO, A. (2015). *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 Ter.* Bogotá: Universidad Santo Tomas.

Cárdenas, H. (1994). “Las desviaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia”. En: H. CÁRDENAS. *Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* Medellín: Ed Librería Jurídica Sánchez R., Ltda.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (2013). *Manual de Mínima Cuantía.* Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/ce_manual_minima_cuantia.pdf

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (2014). *Circular 13.* Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/0140612circular13.pdf.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (2014). *Circular 16. Requisitos habilitantes.*

Disponible en:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20140831circular16requisitoshabilitantes.pdf

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (2014). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de Contratación.* Bogotá.

CONDE, R. (2016). *Falta de claridad en los pliegos de condiciones origina interpretación subjetiva que conlleva a transgredir principios contractuales.* Bogotá: Universidad Santo Tomás.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA (2007). Sentencia de diciembre 3. C.P.: Ruth Estella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A (2013). Sentencia de marzo 14. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C (2014). Sentencia de febrero 26. C.P.: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C (2014). Sentencia de junio 12. C.P.: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C (2014). Sentencia de noviembre 12. C.P.: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. (2014). Sentencia de noviembre 12. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C (2015). Sentencia de febrero 13. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C (2015). Sentencia de julio 29. C.P.: Hernán Andrade Rincón

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C (2015). Sentencia de julio 1°. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C (2015). Sentencia de agosto 10. C.P.: Olga Mélida Valle De la Hoz

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C (2015). Sentencia de noviembre 26. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C (2017). Sentencia de febrero 20. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO (2017). Disponible en:
<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/publicaciones/17-11-14-tomos.pdf>

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B (2018). Sentencia de agosto 16. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO (2019). Sentencia de junio 28. C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

CORREA G., L.; SÁNCHEZ S., J.G. & GALEANO S., E.J. (2017). “Implicaciones de las reglas de subsanabilidad en los procesos de contratación estatal en Colombia”. *Hipótesis Universidad Libre de Cúcuta*.

CORTE CONSTITUCIONAL (1992). Sentencia C-449. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL (2010). Sentencia C-980. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL (2014). Sentencia C-341. M.P.: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL (2017). Sentencia T-010. M.P.: Alberto Rojas Ríos

DE VIVERO, F. (2010). *Reforma al régimen de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes.

DWORKIN, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Cambridge: Harvard University Press.

ECHEVERRY, G. (2011). *Registro único de proponentes: Requisito habilitante oportuna transparente para contratar con el Estado*. Bogotá: Universidad de la Sabana.

ESCANDÓN, J. (2001). “La concepción de la ciencia del derecho y el concepto de derecho vigente en el pensamiento jurídico de Alf Ross”. En: *Revista de Derecho* (168-174). Santiago: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile

ESCOBAR, R. (2000). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis Editores.

ESCOBAR, R. (2005). *Transformación jurídica del contrato administrativo en el derecho colombiano*. T. IV. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.

FANDIÑO, J. (2009). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.

FAYAD, F. (2017). *Estructura lógica del derecho privado. Propuesta metafísica para su elaboración*. Bogotá, D.C.: Leyer Editores.

GÁMEZ, J. (2001). *Manual de procedimiento de la contratación estatal*. Bogotá: Legis Editores.

GÓMEZ L., I. (2009). *Contratación segura. Estudio normativo compilatorio de la contratación estatal*. Bogotá: Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad.

GÓMEZ L., I. (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos*. Bogotá: Legis Editores.

GÓMEZ, I. (2012). *Derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al nuevo Decreto 734 de 2012*. 1ª ed. actualizada. Bogotá: Legis Editores S.A.

GONZÁLEZ, E. (2012). *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GOZAÍNI, O.A. (2002). "El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. En: *Cuestiones*

Constitucionales. N° 7, julio-diciembre (53-86). México: Revista Mexicana de Derecho Constitucional.

GUERRERO, L. (2017). *De la capacidad jurídica como requisito habilitante en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Santo Tomas.

GUILLÉN (1986). *Diccionario Jurídico*. Bogotá: Edit. Temis.

HUERTA, F. (2008). *El Acto Administrativo*. Pereira: Real Editores.

MORENO, A. (2014). *Contratación transparente en el Estado colombiano*. Bogotá: Universidad Militar de Colombia.

MURILLO y CONSUEGRA (2015). *Manual de Contratación Administrativa*. 2ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

ORTEGA, R. & MUÑOZ, G. (2012). 42. *Ortega Pantoja, Ruby y Muñoz Burbano, Giovanni. Reformas de la contratación estatal y aplicación práctica*. Pasto: Universidad de Nariño.

OSORIO, D. & BARRIOS, J. (2011). *Procesos licitatorios en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

PÁEZ, L. & BALCÁZAR, N. (2015). *Subsanabilidad de requisitos habilitantes en los procesos de contratación estatal en Colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

PINO, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PIZARRO, C. (2004). “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”. En: *Estud. Socio-Juríd.* Vol. 6. N° 2. Bogotá.

RICO, L. (2015). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.

RODRÍGUEZ, L. (2005). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá: Edit. Temis.

RODRÍGUEZ, L. (1994). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Edit. Temis.

RODRÍGUEZ, L. (2015). *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la Contratación estatal: Un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

ROSERO, B. (2018). *Contratación Estatal. Manual Teórico - Práctico*. Bogotá, D.C.: Ediciones de la U.

SALAMANCA, G. (2015). *El cumplimiento de los fines del Estado en contraposición a la rigurosidad en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

SANTOFIMIO, J. (2009). *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANTOFIMIO, J. (2011). *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANTOFIMIO, J. (2011). *Tratado de derecho administrativo*. T. IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

TORRES, R. (2017). *La oferta como negocio jurídico y los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (2011). *Subsanabilidad en la contratación estatal*. Disponible en:
<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=JlwyDwAAQBAJ&oi=fnd&p>

g=PA123&dq=subsanabilidad+en+contratacion+estatal&ots=jv6i40wjOt&sig=8HXCc4cFRDTy9wV9iJrz1TvtXjE#v=onepage&q&f=false

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (1996). *Régimen de Contratación Estatal*.

Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VINUEZA, L. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. 2ª ed. Bogotá: Legis