

EL RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS EN LAS
MODALIDADES DE SELECCIÓN DE SUBASTA INVERSA Y MÍNIMA CUANTÍA
EN COLOMBIA

CAMILO ERNESTO QUIROGA MORA
SANDRA MILENA FERNÁNDEZ CASTILLO

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ
2022

EL RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS EN LAS
MODALIDADES DE SELECCIÓN DE SUBASTA INVERSA Y MÍNIMA CUANTÍA
EN COLOMBIA

CAMILO ERNESTO QUIROGA MORA
SANDRA MILENA FERNÁNDEZ CASTILLO

Trabajo de grado para optar el título de Maestría en Derecho Administrativo

Adolfo Mantilla Espinosa

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ
2022

Nota de aceptación

Firma presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Dedicatoria

En memoria de mi padre, a mi madre por su amor y apoyo incondicional para alcanzar todas las metas de vida, a mi esposa por todo su amor, compromiso y apoyo absoluto en este devenir llamado vida, a Sandra Jaber Martínez por ser durante más de 10 años la mejor maestra, mentora en función del servicio público e inspiración para mi desarrollo profesional y personal, a mis amigos.

Camilo Ernesto Quiroga Mora

A mi madre por su ejemplo, infinito amor y paciencia, a mis hijos Julieta, Andrés Felipe y Nicolás por ser mi apoyo, mi motivación y mi inspiración en cada paso de mi vida.

Sandra Milena Fernández Castillo

Agradecimientos

Nuestro agradecimiento a la Universidad Libre de Colombia, Facultad de Derecho, por permitirnos hacer parte de esta institución, al Dr. Adolfo Mantilla Espinosa, nuestro tutor por su guía; al Dr. José Rory Forero Salcedo, gran maestro y mejor persona por su generosidad al compartir el conocimiento y por su apoyo permanente para hacer realidad este trabajo de investigación, a cada uno de los docentes que nos acompañaron en el camino para llegar a esta instancia, por último y no menos importante, a nuestras familias que son el motor para cada paso que damos en la vida.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	2
1.1.1. Pregunta.....	4
1.1.2. Hipótesis	4
1.2. OBJETIVOS.....	4
1.2.1. Objetivo General	4
1.2.2. Objetivos Específicos	5
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	5
1.4. ESTRATEGIA METODOLÓGICA.....	7
1.4.1. Tipo de investigación.....	7
1.4.2. Método de investigación.....	8
1.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	9
1.4.4. Enfoque de la investigación	10
1.4.5. Acotación material.....	11
TÍTULO I	13
DESARROLLO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL	13
CAPÍTULO I	14
ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO.....	14
1.1. LA RESPONSABILIDAD DENTRO DEL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	14
1.2. MARCO NORMATIVO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	15
CAPÍTULO II	23
PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	23
2.1. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	23
2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD	25
2.3. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	27
2.4. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	28
CAPÍTULO III	35

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SUBSANACIÓN DE OFERTAS Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA	35
3.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	35
3.2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.....	49
Consejo de Estado, sentencia 2007-00593 (49221) de 03 de agosto de 2020, MP. <i>Alberto Montaña Plata</i>	59
CAPÍTULO IV.....	61
EL RÉGIMEN DE SUBSANACIÓN DE LAS OFERTAS EN EL DERECHO COMPARADO	61
4.1. EN EL DERECHO DE ARGENTINA.....	61
4.2. EN EL DERECHO DE COSTA RICA.....	65
4.3. EN EL DERECHO DE PERÚ	69
4.4. EN EL DERECHO DE ECUADOR.....	71
TÍTULO II.....	74
PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA SUBSANACIÓN EN LAS DIFERENTES MODALIDADES DE SELECCIÓN	74
CAPÍTULO I.....	79
APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD EN LAS DEMÁS MODALIDADES DE SELECCIÓN	79
CAPÍTULO II.....	95
APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA Y EN LA MÍNIMA CUANTÍA.....	95
2.1. LA SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA	95
2.2. LA CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA	103
TÍTULO III	107
HACIA LA CONSOLIDACION DE UNA PROPUESTA QUE PERMITA LA ARMONIZACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DE SUBASTA INVERSA Y MINIMA CUANTÍA	107
CAPÍTULO I.....	109

LA ADECUADA ARMONIZACIÓN EN LA MODALIDAD DE SELECCIÓN DE SUBASTA INVERSA Y MÍNIMA CUANTÍA	109
CAPÍTULO II	116
IMPACTO DE LA SUBSANABILIDAD EN LAS CAUSALES DE DESEMPATE DE LAS OFERTAS	116
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA	125

INTRODUCCIÓN

Los requisitos que pueden o no ser subsanados en las ofertas de los procesos de contratación pública, después del cierre, pese a que no es un tema nuevo y que ha sido desarrollado parcialmente por la jurisprudencia y de alguna manera por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y Ley 1882 de 2018, aún es un tema bastante álgido y nada pacífico para los operadores administrativos, en especial porque no a todas las modalidades de selección aplica de manera homogénea y tal hecho puede inducir a habilitar ofertas que no deberían estarlo o a permitir subsanar requisitos que no deberían subsanarse.

No obstante, aunque normativamente se reconocen algunas dinámicas propias de cada proceso de selección, no tuvo en cuenta regulaciones específicas suficientes al momento de determinar el régimen de subsanación de ofertas, pues no es lo mismo subsanar un requisito en una licitación pública, que en un proceso de subasta inversa o en un proceso de mínima cuantía.

Especialmente los pliegos pueden llegar a definir requisitos técnicos habilitantes, que en caso de que no den puntaje pueden ser modificados con posterioridad al momento de presentación de ofertas o cierre del proceso de selección, hecho que rompe el principio de igualdad al momento de presentación de las ofertas, en otros casos la ambigüedad de la norma puede dar lugar a que se pueda subsanar todo en aquellos casos en los que la modalidad de selección no da lugar al puntaje, en la práctica administrativa hay lugar a diferentes posiciones que pueden impactar directamente el deber de selección objetiva y dar lugar a la responsabilidad del Estado.

Aunque la norma ha sido modificada y contemplada con el transcurso del tiempo, lo cierto es que hoy y con más de 10 años de expedición de la Ley de 1150 de 2007, aún persisten problemas específicos en la aplicación de la norma, tales como:

¿Qué requisitos son subsanables en aquellos procesos que no son objeto de puntaje como la subasta inversa y el proceso de mínima cuantía? ¿Cómo se deben armonizar las normas con aquellos requisitos habilitantes técnicos que pueden llegar a modificar la propuesta con posterioridad a la fecha de presentación de las ofertas? ¿Cuáles son los requisitos necesarios para comparar ofertas? ¿Qué pasa si un requisito es empleado para comparar ofertas, pero no es objeto de asignación de puntaje? ¿Es posible subsanar condiciones del oferente utilizados como criterio de desempate de propuestas?

Ante tales cuestionamientos, se pretende determinar:

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La legislación vigente ha previsto varias modalidades públicas de contratación estatal, entre las que se encuentran la Licitación Pública, el proceso de Selección Abreviada (que puede ser de menor cuantía o por subasta Inversa electrónica o presencial), la modalidad de selección de concurso de méritos, el proceso de selección de mínima cuantía y la modalidad de contratación directa¹.

El actual régimen de subsanación de ofertas se encuentra previsto en el párrafo primero de la Ley 1882 de 2018, art. 5 que la Ley 1150 de 2007, art. 5.

Los requisitos que pueden o no ser subsanados en las ofertas de los procesos de contratación pública, después del cierre, pese a que no es un tema nuevo y que ha sido desarrollado parcialmente por la jurisprudencia y de alguna manera por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y Ley 1882 de 2018, aún es un tema bastante álgido y nada pacífico para los operadores administrativos, en especial porque no a todas las modalidades de selección aplica de manera homogénea y tal hecho

¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1150 (16 de julio de 2007) "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos" Diario Oficial No. 46.691. Art. 2.

puede inducir a habilitar ofertas que no deberían estarlo o a permitir subsanar requisitos que no deberían subsanarse.

Especialmente los pliegos pueden llegar a definir requisitos técnicos habilitantes, que en caso de que no den puntaje pueden ser modificados con posterioridad al momento de presentación de ofertas o cierre del proceso de selección, hecho que rompe el principio de igualdad al momento de presentación de las ofertas, en otros casos la ambigüedad de la norma puede dar lugar a que se pueda subsanar todo en aquellos casos en los que la modalidad de selección no da lugar al puntaje, en la práctica administrativa hay lugar a diferentes posiciones que pueden impactar directamente el deber de selección objetiva y dar lugar a la responsabilidad del Estado.

Aunque la norma ha sido modificada y contemplada con el transcurso del tiempo, lo cierto es que hoy y con más de 10 años de expedición de la Ley de 1150 de 2007, aún persisten problemas específicos en la aplicación de la norma, tales como: ¿Qué requisitos son subsanables en aquellos procesos que no son objeto de puntaje como la subasta inversa y el proceso de mínima cuantía? ¿Cómo se deben armonizar las normas con aquellos requisitos habilitantes técnicos que pueden llegar a modificar la propuesta con posterioridad a la fecha de presentación de las ofertas? ¿Cuáles son los requisitos necesarios para comparar ofertas? ¿Qué pasa si un requisito es empleado para comparar ofertas, pero no es objeto de asignación de puntaje? ¿Es posible subsanar condiciones del oferente utilizados como criterio de desempate de propuestas?

Estos son solo algunos de los cuestionamientos que se pretenden desarrollar en desarrollo del proyecto de investigación.

1.1.1. Pregunta

¿Cómo se debe armonizar la regulación legal frente al desarrollo jurisprudencial de la subsanación de ofertas en las modalidades de selección de subasta inversa y de mínima cuantía?

1.1.2. Hipótesis

Bajo esta premisa, el problema de investigación se sustenta en dos hipótesis claramente diferenciadas y que a grandes rasgos se puede concretar de la siguiente manera.

1) El régimen de subsanación de ofertas debe ser interpretado de acuerdo con cada modalidad de selección, en consideración a los factores técnicos y económicos aplicables en cada caso.

2) El régimen de subsanación de ofertas, debe verse exclusivamente en el marco de la regulación vigente de manera homogénea, pero propendiendo por la prevalencia del principio constitucional de lo sustancial sobre lo formal.

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General

Clarificar cómo se debe armonizar la regulación legal frente al desarrollo jurisprudencial y operativo de la subsanación de ofertas, para establecer su suficiencia en las diferentes modalidades de selección pública de contratación estatal, en especial en aquellas modalidades que no son objeto de asignación de

puntaje, es decir, la subasta inversa y la modalidad de selección de mínima cuantía.

1.2.2. Objetivos Específicos

Analizar el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal del régimen de subsanación de las ofertas de las diferentes modalidades de contratación.

Plantear los principales problemas de la subsanación en las diferentes modalidades de selección, en especial de la selección abreviada por subasta inversa y el proceso de mínima Cuantía.

Generar una propuesta que permita la armonización normativa y jurisprudencial en la aplicación de la subsanación de ofertas de la selección abreviada por subasta inversa y el proceso de mínima cuantía.

1.3. JUSTIFICACIÓN

La subsanación de ofertas es un derecho de especial relevancia en el trámite precontractual de los procesos públicos de selección regidos por las normas de contratación estatal, en especial porque su ejercicio y regulación puede marcar la diferencia radical entre la adjudicación o exclusión del proceso de selección de un proponente y, por ende, un error en este punto puede marcar la diferencia al momento de establecer la responsabilidad del estado y sus agentes².

Desde el punto de vista del proponente, la subsanación al ser un derecho se encuentra en la posibilidad que, en el marco de la normatividad vigente, la entidad estatal le permita ajustar su oferta con posterioridad al cierre del proceso de

² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 13001233100019990011301 (25804) (26 de febrero de 2014) [C.P. Enrique Gil Botero]

selección y que la entidad lo habilite y que en consecuencia le asigne el puntaje a que haya lugar³, en caso de que no se trate de un proceso de subasta inversa o de mínima cuantía. Tal habilitación le permitirá ser potencial adjudicatario, pero también es posible, que un proponente se habilite en un proceso, no con la virtual posibilidad de que se le adjudique el proceso de selección, sino con la finalidad de que se modifiquen los puntajes de la evaluación definitiva, incluso para determinar el cambio de los órdenes de elegibilidad de las ofertas.

Desde el punto de vista del operador administrativo, la subsanación de ofertas le exige adoptar decisiones muy precisas y ajustadas al ordenamiento jurídico para permitir la subsanación de un requisito⁴, porque un error en este punto puede marcar la diferencia, entre un proponente que podía ser participe y virtual adjudicatario de un proceso de selección que haya sido excluido irregularmente, o la admisión de una subsanación que no debía ser admitida y que varió el orden de elegibilidad de las ofertas.

En cualquiera de tales eventos anteriormente indicados, un error en las subsanaciones de las ofertas puede implicar responsabilidad del estado, ante la adjudicación indebida de un contrato, con la consecuente indemnización plena de perjuicios y no solo de la utilidad esperada.

Tal como se ha expuesto en la pregunta de investigación, la actual regulación normativa y los criterios auxiliares de investigación jurisprudencial, no han decantado del todo el tema, en especial porque existen modalidades de selección en que no existe asignación de puntajes, tal como el proceso de selección de subasta inversa y el proceso de selección e mínima cuantía, eventos en los cuales varios operadores administrativos han interpretado que todo es subsanable sin así serlo y de otra parte, modalidades de selección con asignación de puntajes, en los

³ Ibid.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 05-001-23-31-000-1995-00613-01(31.211) (3 de junio de 2015) [C.P. Olga Mélida Valle de La Hoz]

que los operadores administrativos han admitido subsanaciones con eventos en que indirectamente si afectan la asignaciones de puntajes.

1.4. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

La presente investigación se inscribe dentro del programa de Maestría en Derecho Administrativo y se desarrolla bajo una estrategia metodológica que comprende: el tipo de investigación, el método de investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el enfoque de la investigación utilizados, aspectos que se describirán a continuación.

1.4.1. Tipo de investigación

La investigación es básica jurídica, en tanto busca resolver un problema jurídico, partiendo de la interpretación y garantía que nos proporciona el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de la de la subsanación de ofertas en los procesos contractuales en Colombia.

Se desarrolla bajo un modelo descriptivo, explicativo y propositivo por cuanto se procede a enunciar las diferentes posturas legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre la subsanación de ofertas en los procesos contractuales.

Describiendo el problema, analizándolo y proponiendo: **conceptualizaciones**, para clarificar sus diferentes aspectos a partir del deber ser normativo, jurisprudencial y doctrinal; **contextualizaciones**, estableciendo los elementos comunes que permiten ubicarlo en el ser o realidad; y **caracterizaciones**, construyendo a partir de lo anterior los elementos que permiten elaborar una propuesta con el objeto de dar solución al problema de investigación.

En el presente ejercicio investigativo se parte entre otros aspectos de la definición normativa, para luego ir desarrollando y construyendo sus contenidos a partir de los aportes jurisprudenciales y doctrinales, para finalizar con una propuesta racional sobre sus componentes.

1.4.2. Método de investigación

Recordamos que el término método proviene del griego (*meta*-hacia) y (*hodós*-camino), es decir en términos elementales, el camino adecuado hacia un fin predeterminado; erigiéndose la investigación, en una actividad dedicada a la obtención de nuevo conocimiento, este trabajo utiliza el método científico-dialectico: lógico, cualitativo.

Lógico, pues pretende la utilización del pensamiento y el razonamiento para ejecutar deducciones, análisis y síntesis), derivadas del análisis de la normatividad, jurisprudencia y doctrina vigentes del objeto de estudio.

Cualitativo en cuanto busca identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, y dar razón plena de su comportamiento y manifestaciones. Es decir que este aspecto metodológico, estudia cualidades o entidades cualitativas y pretende entenderlas en un contexto particular.

En efecto, dentro del presente trabajo se buscó obtener amplitud y profundidad de las premisas conceptuales de la regulación vigente y la aplicación de esta por parte de los operadores jurídicos.

De manera complementaria se acudió al **método dialectico** dado el objeto de la investigación, en cuanto es un método que está constituido por las categorías de tesis, antítesis y síntesis, que, como estructura fundamental de la dialéctica, nos

lleva al constante cambio y elaboración de nuevo conocimiento, un conocimiento más elaborado, que refleja de mejor manera la realidad.

En este sentido, existe una identificación con Ferrajoli, para quien el método dialectico comporta una elevada dogmática, al indicar:

“un modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática, filosofía política y sociología del Derecho. Una ulterior dimensión pragmática de la teoría del Derecho proviene, como se ha dicho, más allá de la divergencia interna que existe en el Derecho entre su deber ser constitucional y su ser infra constitucional, por sus divergencias externas: la divergencia empírica entre deber ser jurídico y ser de hecho, y la axiológica entre deber ser ético-político y ser de Derecho⁵”.

De otro lado, pero en el mismo orden de ideas, el objetivo primordial del trabajo investigativo, es construir, proponer y aportar elementos que se integren a la dogmática de la subsanación de ofertas en los procesos de contratación en Colombia y permitan la debida interpretación y aplicación de los principios de igualdad, transparencia y publicidad, estimando que: la construcción dogmática no persigue más que hacer segura para el individuo la aplicación del derecho en un Estado de Derecho.

1.4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Por tratarse de un estudio de corte cualitativo, se emplean las técnicas propias de esta metodología de investigación. De gran valía es la investigación documental informativa con carácter expositivo y crítico, porque deberá recopilarse material relacionado con el tema para decantar lo pertinente con el problema jurídico expuesto.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, MORESO, Josep; ATIENZA, Joan Manuel. La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos. En: La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008. pp. 117-132.

El análisis documental y de información estará enfocado al estudio del estado del arte y a la determinación y definición de las principales categorías que delimiten el marco conceptual.

Adicionalmente, se realizará el análisis documental de la normatividad nacional e internacional, derivada de las normas que integran el Derecho Constitucional, en armonía con las disposiciones que regulan los valores, principios, derechos y deberes fundamentales, así como las garantías constitucionales, convencionales y universales, con la finalidad de determinar y describir las principales tensiones que se presentan en la aplicación de las reglas de subsanación de ofertas en la contratación estatal; apoyados en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los conceptos autorizados de la doctrina nacional y comparada, en aras de formular una propuesta que apunte a la armonización normativa y jurisprudencial.

1.4.4. Enfoque de la investigación

La presente investigación utiliza un enfoque cualitativo que tiene como características: recolección de la información, registro, evaluación, interpretación, análisis y síntesis, de la documentación que forma el estado del arte y el marco teórico: histórico, conceptual y jurídico.

En efecto, como quiera que la investigación es de tipo básica-jurídica, en la medida en que su eje temático se remite al Derecho administrativo en este caso en particular al régimen de contratación estatal existente en Colombia, con el propósito de clarificar, precisar, puntualizar y exponer los componentes esenciales de la subsanación de ofertas en cada uno de las modalidades de contratación, en particular en aquellas modalidades que no son objeto de asignación de puntaje, para lo cual se tomarán como apoyo, las tesis de los doctrinantes, las consideraciones y determinaciones de las altas cortes, y el análisis de las

normativas nacionales e internacionales, desde un enfoque de tipo cualitativo, por cuanto en la elaboración del marco referencial del trabajo investigativo (estado del arte y marco teórico), se aplicará el método análisis–síntesis, en la medida en que se elaboró a partir de un seguimiento y exploración de documentos (normativas, jurisprudencia y doctrina) que contienen la descripción del desarrollo y evolución tanto del fundamento como del mismo Derecho Administrativo, estableciendo los precedentes existentes.

En cuanto al desarrollo de los objetivos de la investigación se aplicó un enfoque analítico, ya que se tomaron los criterios expuestos y bajo consideraciones aplicativas críticas se elaboraron las propuestas.

1.4.5. Acotación material

En la introducción se plasmará el problema de investigación, su planteamiento, la pregunta problémica, la hipótesis, los objetivos perseguidos, objetivo general y objetivos específicos, la justificación basada en el interés y grado de innovación de la investigación, la estrategia metodológica, partiendo del tipo de investigación, el método de investigación, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el enfoque de la investigación utilizados.

Los resultados de la investigación se señalarán acorde con la siguiente estructura: En el primer título se conceptualizará el desarrollo normativo, jurisprudencial en los siguientes capítulos: capítulo I, Antecedentes marco normativo; capítulo II, principios de la contratación estatal; capítulo III, Evolución normativa de la subsanación de ofertas y desarrollo jurisprudencial en Colombia; y capítulo IV, Régimen de subsanación de las ofertas en el derecho comparado.

En el **segundo Título** se contextualizará el problema de investigación en los siguientes capítulos: capítulo I, Aplicación del régimen de subsanabilidad en las

demás modalidades de selección; capítulo II, Aplicación del régimen de subsanabilidad en las modalidades de selección de subasta inversa y de mínima cuantía.

En el **tercer Título** en tanto corolario de la investigación se caracterizará la propuesta en cuanto solución al problema de investigación propuesto en los siguientes capítulos: capítulo I, La adecuada armonización en la Modalidad de Selección de Subasta Inversa y Mínima Cuantía; Capítulo II, Impacto de la subsanabilidad en las causales de desempate de las ofertas

En las **conclusiones** se evidenciará como se dio respuesta a la pregunta problema, la validación de la hipótesis y el cumplimiento del objetivo general y de los objetivos específicos.

La **bibliografía** reflejara los referentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales en que se apoyó la investigación.

TÍTULO I
DESARROLLO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO

1.1. LA RESPONSABILIDAD DENTRO DEL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Dentro del concepto de un estado social de derecho es imprescindible concebir modalidades y figuras jurídicas que permitan materializar una recta administración pública, que contrarreste los graves problemas de corrupción que históricamente han soportado todas las sociedades organizadas, es por ello que en los ordenamientos jurídicos modernos, ha sido una prioridad para el legislador, determinar los tipos de responsabilidad, la de los particulares y la de los servidores públicos que ejercen dichas funciones; de igual manera, la protección del patrimonio público goza de una especial salvaguardia por parte de las normas jurídicas, en tanto que reviste interés general de toda la colectividad; por tal motivo. Es válido expresar inicialmente que un:

“Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades que en sus actuaciones se sujeten a la ley, sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente⁶”.

De acuerdo con lo normado en la Constitución Política de 1991, arts. 6, 121 y 122 todas las actividades públicas deben regirse por el principio de legalidad, que establece que los servidores del estado únicamente ejercerán sus funciones de su competencia atribuidas por la Constitución, Ley por lo que les asiste responsabilidad por infringirlas, por omitirlas o extralimitarse en sus funciones.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832 (8 de agosto de 2001). [M.P Rodrigo Escobar Gil]

Este principio, regula la organización de las entidades del estado y garantiza el control del poder de este, lo que lleva a que las funciones que los funcionarios ostentan le fueron dadas por orden constitucional, por la ley o por los reglamentos y defiende al ciudadano contra el abuso del poder estatal, estableciendo así condiciones iguales y en equidad entre éste y los particulares, garantizando la prevalencia de los intereses generales y el orden público.

La nueva concepción del Estado constitucional, en su relación con los particulares, se requería una norma en contratación estatal, por lo que se expidió la Ley 80 de 1993, estableciendo una relación que requiere criterios igualitarios entre las partes, esto es, el Estado y el particular, uno en su rol garantista frente a la prestación de los servicios públicos⁷ y el otro como dueño y proveedor de bienes y servicios que se requieren para las prestaciones a la que está obligado el estado y que “encuentra en las necesidades del Estado un campo de inversión del cual puede obtener beneficios económicos, para lo cual, se introdujo en la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad⁸”.

1.2. MARCO NORMATIVO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En lo referido al marco regulatorio de la contratación estatal, la Constitución Política de 1991, art. 150 inciso final indica que, “compete al congreso expedir el Estatuto General de Contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. En aplicación de esta facultad, el Congreso de la República expide la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, en la que adoptó el “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, y la Ley 1882 de 2018, que tiene por objeto “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades públicas” referenciado en el art. 2 de esa misma ley,

⁷ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia (7 de julio de 1991). Art. 365

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso No. 14579 (20 de octubre de 2005) [C.P. German Rodríguez Villamizar]

lo que conlleva, una competencia de reglamentar ampliamente el alcance, lo que permite organizarla de acuerdo a las necesidades sociales de la administración⁹.

El Consejo de Estado, respecto de la Ley 80 de 1993 ha puntualizado que “la Ley 80 de 1993, señaló principios y reglas para adelantar la actividad contractual del estado, lo que generaría una necesidad mayor de reglamentación por parte del Ejecutivo¹⁰”, razón por la cual históricamente se han generado una serie de Decretos Reglamentarios sobre la materia, dentro de los cuales vale la pena enunciar actualmente el Decreto 1082 de 2015.

De acuerdo con la jurisprudencia, la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, parcialmente la Ley 1474 de 2011, y la Ley 1882 de 2018, es la gestora de los principios y reglas de la esencia de la contratación pública, establece los parámetros generales “para adelantar esta actividad por parte de las entidades públicas y dispone los mecanismos de selección que permiten la escogencia de la mejor oferta para el cumplimiento de los fines del Estado, que se persiguen en procura de la obtención del bienestar general¹¹” la cual debe observarse obligatoriamente en la función del Estado en materia de contratos, pero no da por terminado el tema contractual de las entidades estatales, ni impide el señalamiento, en otras normas, referentes a los contratos celebrados por las entidades públicas¹², u otras reglamentaciones referidas a la actividad contractual, siempre que éstos respeten y apliquen los contenidos de las normas consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública, las demás normas y, por supuesto nuestra Constitución Política.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 (5 de septiembre de 2001) [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de (19 de febrero de 1996). Demanda contra el art. 4 del Decreto 287 de 1996.

¹¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 80 (28 de octubre de 1993) “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1262 (20 de septiembre de 2000) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

El Estado para el cumplimiento de sus fines y la satisfacción de las necesidades básicas del colectivo necesita la provisión de bienes y servicios, los cuales pueden obtenerse con la intermediación de particulares o con las entidades de la administración, de forma 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 eficaz¹³”.

Al contrario de los contratos entre particulares, en el que la elección del proveedor se hace de acuerdo con las reglas del mercado y al arbitrio de sus extremos contractuales en el marco de la autonomía de la voluntad, y sujetos únicamente a los límites impuestos por el imperio de la ley, quien compra el bien o servicio, el proceso de la voluntad de la administración en la contratación estatal es totalmente reglado y está conformado por varias etapas que conllevan la generación de actos administrativos, la ocurrencia de hechos administrativos, la consolidación de actos administrativos complejos, la decisión de contratar, la selección del contratante, el perfeccionamiento del contrato, entre otras¹⁴.

Entonces, las entidades públicas para elegir a los proveedores y las ofertas más favorables para los intereses del estado, no se encuentran en condiciones de absoluta de libertad, pues deben sujetarse a las normas y procedimientos existentes, basados en dos finalidades: asegurar el cumplimiento eficaz del objeto del contrato y alejar cualquier duda sobre la moralidad en esta¹⁵, de lo cual se infiere que la decisión de contratar y adjudicar a uno u a otro un contrato no es discrecional.

Esto implica que el régimen de contratación entre particulares, la autonomía de la voluntad es la que prima, así como la libertad de elección y en el derecho público

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 (9 de julio de 1992) [M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo]

¹⁴ ÁBALOS, María Gabriela. Contratos administrativos: La licitación y otros procedimientos de selección del contratante Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. pág. 41.

¹⁵ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992. pág. 135.

todo el proceso de contratación es especialmente reglado, de forma que la entidad y el particular deben cumplir con las obligaciones y los procedimientos establecidos.

Para ello, existen las modalidades de selección, las cuales permiten encontrar el oferente más idóneo con la mejor oferta para el estado, y como consecuencia de ello, el análisis sobre contratación pública debe hacerse partiendo de aquellos principios, reglas que nos brindan la normatividad referida al tema, para el cual la Ley 80 de 1993, art.23 establece:

[...] Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo¹⁶”

En concordancia con lo dicho el art. 28 de la misma ley, dispone:

Art. 28. De la interpretación de las reglas contractuales. “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencias de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos¹⁷” (Subrayado propio).

La Ley 80 de 1993, como ley de principios, ha desarrollado expresamente los de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia, economía y

¹⁶ Ley 80, 1993. Op. cit.

¹⁷ Ibid.

responsabilidad, sumados a los de selección objetiva y el de Planeación, este último, aunque que no es expreso en la norma se ha desarrollado jurisprudencialmente, el procedimiento precontractual que adelanta la administración, es el clásico procedimiento administrativo, sujeto a los principios de este, señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en la Constitución Política de 1991 (art. 209).

La contratación estatal, vista como actividad de la administración, es un instrumento que facilita el cumplimiento de los fines estatales entre los cuales se encuentran la satisfacción de las necesidades e intereses de los asociados, con el cual las entidades que lo conforman pueden acudir a la contratación de particulares u otras entidades públicas.

Es por ello por lo que la actividad contractual del estado debe estar sujeta a las normas existentes, las cuales permiten su encausamiento hacia el cumplimiento de sus fines y de cara a la satisfacción del interés general, pautas que, por la diversidad de las situaciones que debe tener en cuenta, tendrán que “estar dotadas de un elevado nivel de abstracción y generalidad, constituyendo así los verdaderos principios de la actividad administrativa del Estado en materia contractual¹⁸”.

Con los contratos estatales y su ejecución, se pretende que las Entidades cumplan con sus funciones encaminados al cumplimiento de los fines del estado, la ininterrumpida y eficiente prestación de los servicios públicos y la garantía de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines y cumplen una función social que le impone obligaciones.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005) (29 de agosto de 2013). [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Bajo esta concepción, el equilibrio económico del contrato se predica de que durante la ejecución del contrato se mantenga la equivalencia entre obligaciones y derechos que se generaron entre las partes al momento de su celebración:

“de manera que si durante su ejecución y por variación de tales prestaciones, circunstancias o condiciones, para una de dichas partes la ejecución del vínculo le representa la asunción de prestaciones o de cargas significativamente mayores o adicionales en relación con las originalmente convenidas, será menester restablecerse el equilibrio financiero que se ha visto afectado¹⁹”.

Precisamente por las implicaciones que tienen los cometidos estatales, las Entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones, en lo que respecta a sus relaciones contractuales ha sido reglada de manera puntual, con alcances mucho más exigentes y con la inclusión de solemnidades mucho más específicas en comparación a las normas de contratación del derecho privado²⁰.

Por ejemplo, la Ley 80 de 1993, art.41 reguló el perfeccionamiento del contrato coherentemente con el significado gramatical y jurídico de este concepto, al establecer en el inciso primero que:

“los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. El inciso segundo reguló, independientemente las condiciones para su ejecución, señalando que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto²¹”.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854). (29 de agosto de 2007) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

²⁰ MARIENHOFF, Miguel. Op. cit. pág. 143, como regla “puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes”.

²¹ CONSEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596). [C.P. (E): Mauricio Fajardo Gómez] (18 de febrero de 2010)

Por esta razón, de conformidad con la normatividad anteriormente enunciada, referida a los contratos estatales, no es dable afirmar que con solo el consentimiento de las partes puedan los contratos puedan ser perfeccionados, de lo cual se infiere, que toda modificación que se haga del contrato estatal, tal como adición de obras, obligaciones valor y período para la ejecución, siempre deben constar por escrito para que pueda predicarse de ellas su existencia, eficacia y validez²².

El Código Civil, art. 1602 consagra claramente que: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En este caso, el mutuo consentimiento para modificar el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario²³.

De esta manera, resulta posible señalar que a la luz de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se perfeccionan cuando se logra el acuerdo en el objeto y la contraprestación y éste conste por escrito, y en lo referido al acatamiento de los otros requisitos, la garantía aprobada y la disponibilidad presupuestal requerida para la ejecución del contrato²⁴, por lo tanto, el incumplimiento de los requisitos configura, una responsabilidad contractual²⁵. La carencia de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, configura la ineficacia del contrato, pues están son normas de obligatorio cumplimiento y por lo que ante su ausencia no hay lugar a la producción de efectos jurídicos²⁶.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Bogotá: Legis, 2001. pág. 375.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso:250002326000200300616 (26 de mayo de 2010) [C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez]

Ahora bien, para la materialización del contrato, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, han previsto procedimientos reglados y de obligatorio cumplimiento para la materialización del contrato a través de las modalidades de selección correspondientes, entre las que se encuentran la licitación pública, la licitación pública con conformación dinámica de la oferta, la selección abreviada de menor cuantía, la selección abreviada por subasta inversa, el concurso de méritos, el proceso de selección de mínima cuantía y excepcionalmente la contratación directa. Cada modalidad de selección cuenta con una regulación específica, aunque en todo caso existen algunas etapas comunes que permiten prever a ciencia cierta, cada una de las etapas precontractuales necesarias para materializar al final del procedimiento el contrato estatal.

Todos los procesos de selección cuentan indudablemente con una serie de actuaciones administrativas y actos que deben ser generados en desarrollo del proceso de acuerdo con la modalidad de selección a aplicar, entre los que sobresalen los estudios y documentos previos; el aviso de convocatoria; los pliegos de condiciones o la invitación pública; las adendas; la oferta; el informe de evaluación los actos de adjudicación y finalmente el contrato.

Adicionalmente, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1082 de 2015, artículo 34, “en el cronograma, la Entidad Estatal debe señalar el plazo para la celebración del contrato, para el registro presupuestal, la publicación en el SECOP y para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones para el perfeccionamiento, la ejecución y el pago del contrato”.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.1. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La contratación estatal en Colombia se rige por los principios consagrados en el Estatuto de Contratación – Ley 80 de 1993, a saber: transparencia (artículo 24), economía (artículo 25) y responsabilidad (artículo 26), así como en los postulados del artículo 209 Constitución Política que rigen la función pública y los deberes consagrados en el artículo 32 Ley 1150 de 2007 de planeación y selección objetiva²⁷ del contratista.

Así mismo, a las actuaciones contractuales se aplicará la normatividad que regula la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y las reglas de interpretación de la contratación.

Dentro de esos principios se encuentra el de la libre competencia, el cual permite una amplia participación de las personas interesadas a concurrir a un proceso licitatorio, este principio genera para la administración la obligación de no imponer reglas excesivas que restrinjan el acceso al proceso de selección, ya que con ellas se atentaría contra los intereses de las entidades que pretendieran participar, lo cual está prohibido expresamente por la Constitución, pues darían lugar a una limitación a la libre participación e igualmente generaría para la administración

²⁷ MIRANDA MEDINA, Milton Jojani. La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana. En: Revista Verba Iuris. 11(35) pp. 65-84, 2015. [En línea] Disponible en: <<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/6/3>> “En la legislación colombiana, la selección objetiva es tratada como principio de la contratación estatal, o como principio orientador de los procesos de selección, pero al mismo tiempo, es concebida como un deber -regla de conducta- en la actividad contractual. Mientras que para la jurisprudencia la selección objetiva, es una regla de conducta de la actividad contractual y un principio que orienta los procesos licitatorios, que permiten la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación”.

perder la oportunidad de contar con un mayor número de ofertas y restringiría la libre competencia.

Dado que el principio de libre competencia no es absoluto, la entidad contratante tiene la facultad de imponer condiciones para la participación en un proceso contractual, tales como calidades técnicas específicas, financieras, económicas propendiendo por el cumplimiento de requeridos por la entidad pública, pero dichas condiciones no pueden ser exageradas porque con ello impediría el acceso de múltiples oferentes al proceso, transgrediendo otros principios como la libre competencia, la igualdad y hasta la transparencia, pues se podría interpretar como favorecimiento para unos pocos.

En este sentido el Consejo de Estado ha señalado que:

“La libre competencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta²⁸”.

En definitiva, el principio de libre competencia:

“se manifiesta en la igualdad de oportunidades para quienes participan en un proceso de selección contractual y en la competencia que se pueda dar en el mismo, lo que sin duda beneficiará a la Administración, pues la libre competencia plural de interesados al mercado, busca ante todo determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 18118 (24 de marzo de 2012) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y, por lo tanto, óptima para la Administración pública contratante²⁹.

2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD

“Al estudiar el principio de igualdad en materia de contratación estatal se observa que este encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (arts. 24 y 30) y en la Ley 1150 de 2007 (art. 5) toda vez que, para la selección del contratista, cualquiera que sea el procedimiento que la Administración utilice para ello, todos los participantes deben estar en condiciones de igualdad³⁰”.

Para el Consejo de Estado, se trata de un principio con un contenido bastante amplio:

“es decir, se estaría haciendo referencia al deber de la Administración y al derecho de quienes pretender contratar con el Estado a que: i) la adjudicación de los contratos de realice a la mejor propuesta; ii) el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; iii) ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; iv) todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas; v) las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; vi) y el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; entre otros³¹”.

Este principio es de vital importancia pues los demás principios que rigen dicha actividad, como, por ejemplo, la selección objetiva, la transparencia³² la publicidad, la legalidad, la libre concurrencia, entre otros, buscan garantizarlo.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 38924 (14 de febrero del 2012) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 15324 (29 de agosto de 2007) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

³¹ Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005), 2013. Op. cit.

³² Expediente 15324, 2007 Op. cit. [...] “[E]l principio de igualdad en las actuaciones contractuales lleva implícitos elementos básicos de los principios de transparencia y de selección objetiva, postulados cuya efectividad depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la Administración”.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, que al respecto ha señalado lo siguiente:

“El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones. Por ende, este principio implica, entre otros aspectos³³, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas (No. 5 artículo 30 de la Ley 80 de 1993); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación³⁴, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración³⁵; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes; y, obviamente, la de culminar el

³³ DROMI, José Roberto. *La Licitación Pública*. Buenos Aires: Astrea, 2002. págs. 99, 134 a 139. El trato igualitario, se traduce en unos derechos a favor de los oferentes: “1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior”.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente 13355 (11 de marzo de 2004) [C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez].

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente 12037 (19 de julio de 2001) [C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez].

proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso³⁶.

Así las cosas, el principio de igualdad implica la garantía para las personas naturales y jurídicas que pretendan contratar con el Estado de que las oportunidades para todos serán las mismas y que el Estado, finalmente, elegirá la oferta más favorable para la Administración³⁷. En conclusión:

[...] “el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable³⁸”.

2.3. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La publicidad es uno de los principios rectores de la actividad administrativa y dado que la contratación pública se define como una actividad de esta naturaleza, sin duda alguna, la publicidad es uno de los principios que deben regirla.

“el principio de publicidad se manifiesta de dos formas: como deber y como derecho. Por una parte, se trata del deber que tienen las entidades contratantes de comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que realizan dentro de los procesos

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expedientes acumulados: 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447 (3 de diciembre de 2007) [C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

³⁷ Expediente 12037, 2001. Op. cit. y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-887 (22 de octubre de 2002) [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].

³⁸ Expedientes acumulados: 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447, 2007. Op. cit.

de selección de sus contratistas. Ello no podría ser de otro modo, pues la publicación generalizada de la información referida a los procesos de contratación que adelantan las entidades del Estado es la que permite que a los mismos asistan todas aquellas personas interesadas en la ejecución de los proyectos allí tratados y que toda la ciudadanía tenga la posibilidad de conocer la actividad contractual de la Administración, como garantía de transparencia. En otras palabras, el principio de publicidad implica que todas las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones a través de los distintos mecanismos previstos en la ley, como comunicaciones, notificaciones o publicaciones, a fin de que sean vinculantes y puedan ser controvertidas por sus destinatarios³⁹.

“Por otra parte, el principio de publicidad adquiere la dimensión de derecho, pues quienes estén interesados en contratar con el Estado tienen el derecho a conocer las actuaciones de la Administración. Así, estarían legitimados para conocer todas las reglas del proceso de selección, los actos y hechos que se produzcan durante el mismo, y, en general, todas las decisiones que tome la Administración durante el proceso de contratación. En definitiva, la actividad contractual de la Administración debe ser pública⁴⁰”.

2.4. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

“La transparencia es uno de los principios en los que se fundamenta la Ley 80 de 1993 y está relacionado con la pulcritud y claridad con que han de realizarse las actuaciones de la Administración al momento de llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, en otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso⁴¹”.

“Como es apenas obvio, la máxima en comento reviste una especial importancia frente a la actividad contractual de la Administración pública, por cuanto el desconocimiento

³⁹ Expediente 12037, 2001. Op. cit. y Expedientes acumulados: 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447, 2007. Op. cit.

⁴⁰ Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005), 2013, Op. cit. En relación con este tema se puede consultar los fallos Expediente 12037, 2001. Op. cit. Expediente 25206, 2007. Op. cit.

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Expediente 17088 (19 de diciembre de 2000)

de la misma durante la formación de los contratos estatales comporta inescindiblemente una violación al principio de selección objetiva y, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato estatal surgido en tales condiciones por objeto ilícito, pues de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; y además, al celebrar un contrato sin observancia del principio de selección objetiva se presentaría un abuso o desviación de poder⁴².

“Se trata entonces de un principio que busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses⁴³”.

En relación con el principio de transparencia, el Consejo de Estado ha señalado que:

“Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina⁴⁴”.

El artículo 24 del Estatuto General Contratación de la Administración Pública desarrolla el principio de transparencia, el cual se manifiesta de varias formas:

“i) en el deber de publicidad de los informes, conceptos y decisiones de la Administración; ii) en el derecho de contradicción que quienes participan en el proceso

⁴² Expediente 15324, 2007 Op. cit. En este sentido véase también CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 22471 (28 de marzo de 2012) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

⁴³ Expedientes acumulados: 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447, 2007. Op. cit.

⁴⁴ Expediente 38924, 2012. Op. cit.

de contratación; iii) en la obligación de la Administración de fijar de forma clara los requisitos objetivos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas y, por supuesto, darlos a conocer según las formas establecidas en la ley para ello; iv) así mismo, señalar claramente las reglas de adjudicación del contrato; v) y finalmente, motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, salvo las excepciones legales”.

Ahora bien, tales principios solo se ven reflejados en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes, que se encargan de definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta del proceso de selección.

“los pliegos de condiciones deben establecer los factores y criterios de selección así como su correspondiente ponderación precisa y detallada, para cada caso en particular, tomando en consideración la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, pues las normas reguladoras de la materia así lo determinan –artículos 29 de la Ley 80 de 1993, 5 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474– por lo cual tales criterios de escogencia y su respectiva ponderación deben ser proporcionados⁴⁵, objetivos y razonables, comoquiera que sólo así resultarán respetuosos de los principios de imparcialidad e igualdad de trato para todos los oferentes, a la vez que contribuirán a que los ofrecimientos que se presenten correspondan a las condiciones y características que la entidad requiere para que el objeto contractual resulte cabalmente cumplido y responda a las necesidades identificadas por la contratante,

⁴⁵ SOLÍS ENRÍQUEZ, Francisco Javier. El principio de proporcionalidad y los requisitos habilitantes en la contratación estatal. En: Diálogos y Saberes. (43) pp. 25-43, 2015. [En línea] Disponible en: <<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/160/113>> *“El deber de selección objetiva como regla en la formación de los contratos estatales, exige que se formulen por parte de la autoridad administrativa unas condiciones habilitantes de manera proporcional al objeto a contratar y a su valor. El principio de proporcionalidad, y su construcción jurisprudencial y doctrinaria, es un elemento fundamental para evitar que la relativa discrecionalidad, que se ha conferido para el establecimiento de tales requisitos habilitantes, sea permeada por la arbitrariedad de suerte que se sacrifique la finalidad del deber de selección objetiva, que en este caso consiste en que quienes ostenten las condiciones mínimas necesarias para la provisión de los bienes y servicios requeridos puedan participar en el proceso de selección”.*

esto es a los requerimientos derivados del propósito de servir a los intereses generales⁴⁶”.

“El pliego de condiciones que se debe confeccionar por la entidad pública antes de ordenar la apertura de un procedimiento administrativo de selección contractual, se erige en la base fundamental de este deber, pues permite concretar el concepto jurídico indeterminado de *oferta más favorable a la Entidad* en la escogencia del ofrecimiento, comoquiera que en el pliego de condiciones se plasman tanto los criterios o factores de escogencia como la ponderación precisa y detallada de los mismos, los cuales constituyen las *reglas de juego* que permitirán determinar objetivamente cuál es la oferta más ventajosa. En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección que en ellos se consignan, así como la construcción de los mismos de acuerdo con las necesidades de la contratación en el marco del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, tanto los criterios de selección como la ponderación precisa y detallada de cada uno de ellos se deben establecer y definir para cada procedimiento administrativo de selección contractual en función de una adecuada etapa de planeación que efectúe la entidad a partir de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección y una ponderación de los mismos que le permitan a la entidad un grado de certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación”.

“Los pliegos de Condiciones deben contener la descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, la modalidad del proceso de selección y su justificación; los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar; las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista; las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato; las causas que dan lugar a rechazar una oferta; el valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059) (14 de marzo de 2013) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar; los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes⁴⁷; las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones; la mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial; los términos, condiciones y minuta del contrato; los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato; el plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas y el Cronograma⁴⁸.

Empero, las cargas de la Entidad y sus deberes, no se ven materializadas sino hasta la etapa precontractual del proceso de selección, porque es en este punto en donde el proponente, como experto y profesional en su materia, procede a estructurar su oferta, acreditando los requisitos habilitantes, estructurando su oferta técnica y económica con apego estricto a los pliegos de condiciones y con el deber legal de revisar el contenido y alcances del futuro contrato, con el deber que le asiste de formular las observaciones a que hayan lugar, cuando existan elementos dudosos o imprecisos, o también cuando existan elementos que representan deficiencias técnicas, fallas de especificaciones, errores en análisis de cantidades, errores de costeo, debilidades en la acreditación de requisitos habilitantes y ponderables y en general cualquier situación que pueda afectar la ejecución del futuro contrato.

Lo anterior teniendo en cuenta que el Consejo de Estado ha reconocido que la aplicación del principio de planeación no es exclusivamente una carga de la

⁴⁷ CHARRIS BENEDETTI, Juan Pablo; LLAMAS FOLIACO, Alfonso Carlos. El riesgo inherente al proveedor como criterio preventivo en la contratación pública. En: Revista Derecho del Estado. (37) pp.95-125, 2016. [En línea] Disponible en: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n37/n37a03.pdf>> "En la actualidad el Estado colombiano carece de una metodología en el Estatuto de Contratación Estatal para el monitoreo del desempeño de sus proveedores y la clasificación del riesgo inherente al incumplimiento contractual que puedan presentar, sin perjuicio de la información de multas y sanciones que las entidades públicas deben remitir a la cámara de comercio para constancia en el Registro Único de Proponentes. Este escenario dificulta la toma de medidas preventivas para proteger los objetivos de las contrataciones y el patrimonio público"

⁴⁸ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Decreto 1082 (26 de mayo de 2015) "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional". Artículo 2.2.1.1.2.1.3.

Entidad Estatal, sino que también es un deber del proponente al momento de configurar sus ofrecimientos, pues en todo caso, se reitera, la carga de la elaboración de la oferta es del proponente. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, señala que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato⁴⁹” (Subrayado propio)

[...] “Pero la planeación no solo mira hacia la administración. Naturalmente, los contratistas también están en el deber de planificar las acciones y gestiones necesarias para cumplir cabalmente sus prestaciones. De hecho, el profesionalismo con que debe actuar un contratista habitual del Estado, lo obliga a estar bien informado sobre las gestiones, proyectos, iniciativas, que la administración esté promoviendo a efecto de proponer, si es del caso, ofertas de contratos capaces de responder a las expectativas de la administración. No puede admitirse que empresas y empresarios concedores de todas las variables de sus negocios digan que firman contratos a oscuras, en la ignorancia, y que luego son sorprendidos por el Estado. Y todo eso hace parte de un principio básico del contrato, que no es otro que el de la buena fe contractual, que va más allá del comportamiento cabal y honesto, puesto que

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855) (23 de octubre de 2017). [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

implica el conocimiento de las condiciones en que se desarrollará el vínculo jurídico, en orden a asegurar la mutua confianza de las partes. La buena fe reina en la etapa contractual, pues es la base de todas las relaciones o vínculos obligacionales. De hecho, la aplicación del principio de buena fe incluye la formación del contrato, como lo asegura Rodrigo Escobar Gil⁵⁰.

⁵⁰ Ibid.

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SUBSANACIÓN DE OFERTAS Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

3.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Sea lo primero señalar que el término *subsanan*, no tiene una definición legal ni reglamentaria en las normas de contratación estatal⁵¹, pese a que, si se encuentra expresamente prevista en el contenido de la Ley 1882 de 2018, cuando indica que [...] “durante el término otorgado para subsanan las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. (Subrayado propio)

En este sentido, antes de profundizar sobre el desarrollo de tal concepto en Colombia, resulta necesario en primera instancia definir a que se hace referencia con la categoría *subsanan*, por parte de la Real Academia de la Lengua Española, y por la aproximación que sobre tal término realizan los diccionarios jurídicos.

Para la RAE, la palabra *subsanan* tiene tres aseveraciones, definidas de la siguiente manera: “1) Disculpar o excusar un desacierto o delito; 2) Reparar o remediar un defecto; 3) Resarcir un daño⁵²”.

Sobre tal definición general, la más aplicable al régimen de contratación estatal, es la asociada a reparar o remediar un defecto, en el caso concreto de las ofertas de los interesados.

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 25000 23 31 000 2005 01178 01 (29 de julio de 2015) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa] [...] “la Sala considera pertinente revisar el alcance de la palabra *subsanan* y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este debe entenderse como reparar o remediar un defecto”.

⁵² REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Definición de *Subsanar*. [En línea] Disponible en: <<https://dle.rae.es/subsanar?m=form>>

Por su parte, los diccionarios jurídicos han definido la categoría jurídica *subsana*r de la siguiente manera, según el diccionario Panhispánico del español jurídico:

“subsana

ción, 1) Reparación de defectos de que pueda adolecer un acto. LEC, arts. 166, 215, 231 y 418. 2) Cesación del estado de suspensión derivado de un acto nulo por la preclusión de la facultad de revelar su invalidez. La subsana

ción presupone el incumplimiento de lo exigido por el derecho; CIC, c. 124 § 1. La subsana

ción puede ser ex voluntate (también llamada sanación por renuncia), cuando depende de la voluntad de las partes, o ex lege (por caducidad o por sentencia). Los principios que rigen la subsana

ción son el de economía procesal y el de conservación de actos jurídicos⁵³”.

Para el diario jurídico.com: “La subsana

ción actúa como garantía para los administrados por cuanto permite *reparar, remediar, disculpar o excusar* determinadas acciones u omisiones que determinan la carencia propia del acto administrativo paralelo correspondiente al ciudadano interesado⁵⁴”.

Para el Consejo de Estado:

[...] “De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este debe entenderse como reparar o remediar un defecto. Lo anterior significa, que en el plano de la contratación estatal la subsana

ción de las ofertas se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta⁵⁵ [...]”

⁵³ DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO. [Página web] Disponible en: <<https://dpej.rae.es/>>

⁵⁴ DICCIONARIO JURÍDICO. La subsana

ción administrativa: ¿Una nueva presentación documental? (5 de marzo de 2013) [En línea] Disponible en: <<https://www.diariojuridico.com/la-subsanacion-administrativa-una-nueva-presentacion-documental/>>

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2005-01178 (29 de julio de 2015) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Ahora bien, dentro de los antecedentes normativos que vale la pena destacar, en especial ante la férrea aplicación que llevo a la descalificación de las ofertas por errores absolutamente formales, se encuentra el derogado Decreto 222 de 1983, “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones” que pese a que no definió la subsanación si la reguló indirectamente en los siguientes términos:

Art. 33. De los criterios para la adjudicación. “La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de, condiciones o términos de referencia, según el caso. En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente, con fundamento, entre otros, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes⁵⁶” (Subrayado propio).

Tal norma fue empleada por las entidades estatales para excluir de los procesos públicos de selección, oferta por razones arbitrarias e irrestrictas a la luz de los Pliegos de Condiciones, tales como la falta de numeración de los folios, errores en la numeración consecutiva, la falta de entrega de copias de las propuestas, la falta de coherencia del orden de los documentos con la establecida en los pliegos de condiciones, la falta de documentos en la oferta tales como copias de cédulas de ciudadanía y en general por cualquier defecto de la oferta que no fuese coherente con las reglas establecidas por la entidad, todo ello amparado en la rigurosidad en la evaluación de las ofertas establecido en la norma, y que no admitía posibilidad de proporcionalidad en la valoración del defecto de la oferta.

⁵⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 222 (2 de febrero de 1983) “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”

Ello fue así, en especial bajo la premisa de que permitir cualquier cambio en la oferta, con posterioridad al momento de su presentación, rompe el principio de igualdad de los demás oferentes, pues la posibilidad de entregar la misma feneció una vez agotado el plazo de su presentación y, por ende, cualquier defecto de la oferta sería de carga una y exclusiva del oferente, sin tener la posibilidad de ajustar ningún elemento⁵⁷.

Sobre la regulación del Decreto 222 de 1983, el Consejo de Estado en sentencia del año 2014, realiza un recuento histórico en materia de subsanación de ofertas señaló lo siguiente:

“Como punto de partida, la Sala recuerda que 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 *subsanar* 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 de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas [...] por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no

⁵⁷ Sentencia 25000 23 31 000 2005 01178 01, 2015. Op. cit. “Lo anterior significa, que en el plano de la contratación estatal la subsanación de las ofertas, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que bajo esta consideración se estaría violando el derecho de igualdad poniendo en desventaja a los demás participantes”.

aportar los documentos en el *orden* exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial⁵⁸.

Otro elemento importante en vigencia del Decreto 222 de 1983, fue que para aquel entonces básicamente existían dos formas de contratación, la Licitación Pública y la Contratación Directa y de alguna manera, cuando un proceso de Licitación se declaraba desierto, era legalmente posible acudir a la figura de la contratación directa, como consecuencia de ello, se generó una mala práctica que consistió en buscar la manera de declarar desiertos procesos de selección, de cualquier manera o con cualquier pretexto, para poder firmar contratos de manera directa con quien la administración de turno lo estimase conveniente.

A raíz de lo anterior la Constitución de 1991, art. 209, deja de lado el exceso de formalismo y el rigor desmedido en la contratación estatal, para lo cual incorporó los principios de la función administrativa y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento, con lo cual abrió la puerta para subsanar las ofertas.

Art. 209. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones⁵⁹”.

De la redacción del art. 209, se colige que dio de manera expresa un mandato a la administración generando la cláusula de competencia especial, esto es que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, regido por unos

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324) (12 de junio de 2014). [C.P. Enrique Gil Botero]

⁵⁹ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit.

principios específicos y le da unas herramientas para hacerlo (descentralización, delegación y desconcentración).

Con el advenimiento de la Ley 80 de 1993, que, por supuesto es posterior a la Constitución de 1991, se trató de cambiar el paradigma de la contratación en cuanto a la presentación de las ofertas, a partir de las nuevas regulaciones constitucionales entre las que se encuentra el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre las formas del procedimiento.

En efecto, en la versión original de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, aunque no se empleó el término *subsanción*, si se concibieron algunas disposiciones que pretendían regular los defectos de las ofertas de la siguiente manera:

Art. 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: [...] “2) Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos **o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias** [...] 15) Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. **La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.**

[...] Art. 29. Del Deber de Selección Objetiva. “La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de

escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación”.

Art. 30. De la Estructura de los Procedimientos de Selección. “La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: [...] 7) De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas **y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables**”.

La Ley 80 de 1993, permitió irradiar un nuevo paradigma en cuenta la evaluación de las ofertas, pretendiendo la aplicación de la prevalencia de la sustancial por encima de las formalidades, sin embargo fue difícil dar pasos sobre la consolidada visión formalista y procedimental de los operadores administrativos, que con fundamento en una extremada visión de legalidad del procedimiento, persistían en descalificar ofertas por errores formales, ahora regulando causales de rechazo en los pliegos de condiciones y definiendo vía pliegos de condiciones que aspectos de la oferta eran subsanables y cuáles no, configuración de pliegos que excedían por supuesto las competencias de las autoridades administrativas al desbordar el contenido mismo de la ley⁶⁰.

60 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 410012331000199608864 01 (24.845) (26 de marzo de 2014) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez] indica que “en los pliegos de condiciones no se pueden consagrar como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores que no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la Administración”

Pese a tal observación, la Ley 80 de 1993, abrió un importante espacio en el tema de la Subsanación de las ofertas, al permitir a los proponentes realizar *aclaraciones* y *explicaciones* sobre la oferta, introduciendo además parte del texto que aun ahora se encuentra vigente, premisa según la cual, la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no serían título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

No obstante, lo anteriormente indicado, la Ley 80 de 1993, reguló un texto que, pese a la intención del legislador, limitó su aplicación y de hecho ha generado confusión incluso hasta nuestros días. Tal texto se encuentra relacionado con el término de traslado de los informes de Evaluación que hace la Entidad y que es la oportunidad procesal para que los oferentes realicen observaciones y está previsto en la Ley 80 de 1993, art. 30, núm. 8 que regula la Licitación Pública y que establece lo siguiente:

[...] “8) Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. **En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas**⁶¹”
[...] (Subrayado propio)

Con tal regulación, en vigencia de la Ley 80 de 1993, los operadores administrativos, pese a las normas de subsanación, interpretaron que, una vez recibidas las ofertas, es decir, después del cierre del proceso de selección, las Entidades estatales no podrían recibir ningún documento de la oferta, porque de ser así, rompería el principio de igualdad de los demás oferentes y porque la Ley expresamente prohibió *completar*, *adicionar* o *mejorar* sus ofertas, términos que hasta entonces no se habían definido por completo, dado que la norma tampoco

⁶¹ Ley 80, 1993. Op. cit.

diferenciaba en la oferta, que documentos servirían para comparar los ofrecimientos y cuales documentos simplemente acreditaban condiciones o calidades adquiridas por el proponente para lograr la habilitación de su oferta y que en nada incidían sobre los ofrecimientos hechos.

La aplicación directa de la norma trajo consigo una serie de casos específicos que incluso llegaron al Consejo de Estado, al no darse la posibilidad a algunos proponentes de dar las explicaciones del caso o de aportar documentos con posterioridad al cierre, tales como estados financieros de los proponentes a los que les faltaba una firma, la imposibilidad de entregar el documento de autorización del órgano social para presentar una oferta ⁶² o incluso la imposibilidad de entregar copias de la cedula de ciudadanía del representante legal, del revisor fiscal o copia de las tarjetas profesionales de los integrantes de los equipos de trabajo, entre muchos otros casos, que generaron rechazos, sin que los proponentes hubiesen tenido la posibilidad de *aclarar* sus ofertas para resultar habilitadas.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, ante los vacíos normativos y las prácticas poco uniformes de los operadores administrativos, pretendió regular en el parágrafo del art. 5 con mayor detalle la posibilidad de Subsanan las Ofertas, con la pretensión de dar prevalencia a lo sustancial sobre la formal, e incorporando la noción, de que será subsanable todo aquello que no sirva para la comparación de las ofertas de la siguiente manera:

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**

⁶² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 17001233100019970803401 (20.688) (8 de febrero de 2012) [C.P Ruth Stella Correa Palacio] sentencia que concluyó que “las facultades del representante legal son subsanables, siempre y cuando el representante legal contara con las facultades o se hubiese ratificado el acto, y para ello la entidad puede solicitar la acreditación de ese requisito incluso a la suscripción del contrato”

hechos. En consecuencia, **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje**, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante, lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización⁶³.

La expedición de la norma abrió un amplio espectro de interpretación, pues de una parte, no todos los procesos de selección tiene asignaciones de puntaje, tal como selección abreviada por subasta Inversa o la modalidad de selección de la mínima cuantía (caso en el cual muchos han interpretado que toda la oferta es subsanable) y de otra parte, el concepto jurídico indeterminado de requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas ha sido objeto de debate, pues de una parte se ha indicado que lo no necesario para comparar las ofertas son las condiciones o calidades del proponente⁶⁴, que siempre son subsanables y de ello no hay duda, pero de otra parte, existe la corriente de operadores administrativos que ha interpretado que todo aquello que no sea objeto de asignación de puntajes, puede ser objeto de Subsanación.

La doctrina ha definido la noción de requisitos necesarios para comparar ofertas de la siguiente manera:

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

⁶³ Ley 1150, 2007. Op. cit. Art. 5 Parágrafo. Texto Original, actualmente modificado por la Ley 1882 de 2018.

⁶⁴ TORRES BENJUMEA, Ricardo Alejandro. La oferta como negocio jurídico y los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública. Trabajo de grado (magistrado en derecho contractual público y privado) Universidad Santo Tomas, 2017 [En Línea] Disponible en <<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9687/TorresRicardo2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y,%202017>> “Los requisitos y documentos referidos al proponente son los que se predicen del futuro contratista, por ser una condición propia que pertenece y cualifica al sujeto que presenta los ofrecimientos ante la Administración Pública, los cuales pueden estar previstos por el legislador o pueden ser incorporados por las entidades contratantes en sus pliegos de condiciones; en ambos casos, su exigencia debe hacerse de manera razonada, esto es, adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor”

de las cualidades subjetivas del ofertante, deba sujetarse la oferta para la adecuada satisfacción de los propósitos de la Administración⁶⁵”.

Aunado a lo anteriormente expuesto, aunque la norma tenía una amplia pretensión, no derogó la Ley 80 de 1993, art. 30, núm. 8 que como ya se expuso, prohibió a los oferentes “*completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas*” durante el término de traslado del informe de evaluación, que es el escenario natural para hacer las subsanaciones, o aclaraciones de las ofertas. Es actualmente, sobre la vigencia de esta norma, en que se están fallando los casos que fueron objeto de nulidad y restablecimiento del derecho, por parte del Consejo de Estado actualmente.

3.2. LEGISLACIÓN VIGENTE

Actualmente, la Ley 1882 de 2018, norma vigente, modifica el párrafo de la Ley 1150 de 2007, art. 5 en lo concerniente a la subsanación de las ofertas y dispone 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 deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes 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. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”.

⁶⁵ Ibid.

Parágrafo 2. “Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos”. Parágrafo 3. “La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”. Parágrafo 4 “En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización⁶⁶ [...]”

Al respecto es necesario hacer énfasis en que la subsanación de ofertas es un derecho⁶⁷ de especial relevancia en el trámite precontractual de los procesos públicos de selección regidos por las normas de contratación estatal, en especial porque su ejercicio y regulación puede marcar la diferencia radical entre la adjudicación o exclusión del proceso de selección de un proponente y por ende, un error en este punto puede marcar la diferencia al momento de establecer la responsabilidad del estado y sus agentes.

En la medida que la subsanación es un derecho, debe verse como parte del debido proceso administrativo en la etapa de formación del contrato estatal y en este sentido:

[...] “debe advertirse que si bien el debido proceso constituye un deber para la administración de ajustar su actuar a los principios y mandatos que gobiernan la función administrativa y determinan su competencia, también constituye una carga

⁶⁶ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1882 (15 de enero de 2018) “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”

⁶⁷ Sentencia 13001233100019990011301 (25804), 2014. Op. cit. [...] “De esta forma, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general. Por tanto, si las entidades 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”

para los particulares de observar y utilizar los medios procesales que el mismo ordenamiento jurídico les otorga o, en defecto de esto, la carga de asumir las consecuencias adversas que se puedan derivar de la conducta omisiva de los mismos⁶⁸.

Desde el punto de vista del proponente, la subsanación al ser un derecho se encuentra en la posibilidad que, en el marco de la normatividad vigente, la entidad estatal le permita ajustar su oferta con posterioridad al cierre del proceso de selección y que la entidad lo habilite y que en consecuencia le asigne el puntaje a que haya lugar⁶⁹, en caso de que no se trate de un proceso de subasta inversa o de mínima cuantía. Tal habilitación le permitirá ser potencial adjudicatario, pero también es posible, que un proponente se habilite en un proceso, no con la virtual posibilidad de que se le adjudique el proceso de selección, sino con la finalidad de que se modifiquen los puntajes de la evaluación definitiva, incluso para determinar el cambio de los órdenes de elegibilidad de las ofertas.

Desde el punto de vista del operador administrativo, la subsanación de ofertas le exige adoptar decisiones muy precisas y ajustadas al ordenamiento jurídico y a los pliegos de condiciones o sus equivalentes para permitir la subsanación de un requisito⁷⁰, porque un error en este punto puede marcar la diferencia, entre un proponente que podía ser participe y virtual adjudicatario de un proceso de selección que haya sido excluido irregularmente, o la admisión de una subsanación que no debía ser admitida y que varió el orden de elegibilidad de las ofertas.

⁶⁸ CHAVES VILLADA, Jaime Eduardo. El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales. En: Vniversitas. (130) pp. 91-134, 2015. [En línea] Disponible en: <<https://www.redalyc.org/pdf/825/82543859004.pdf>>

⁶⁹ Sentencia 13001233100019990011301 (25804), 2014. Op. cit.

⁷⁰ Sentencia 05-001-23-31-000-1995-00613-01(31.211), 2015. Op. cit.

Adicionalmente, para evitar rechazos de plano de las propuestas, corresponde a los Comités Evaluadores⁷¹ buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación y por lo tanto si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido o incorrectamente acreditado, la entidad está en el deber de solicitar las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables en aplicación del principio de economía y en garantía del debido proceso⁷², no es procedente rechazar una oferta sin dar la posibilidad al oferente de rendir las explicaciones a que haya lugar.

En cualquiera de tales eventos anteriormente indicados, un error en la subsanación de las ofertas puede implicar responsabilidad del estado, ante la adjudicación indebida de un contrato, con la consecuente indemnización plena de perjuicios y no solo de la utilidad esperada.

Tal como se ha expuesto en la pregunta de investigación, la actual regulación normativa y los criterios auxiliares de investigación jurisprudencial, no han decantado del todo el tema, en especial porque existen modalidades de selección en que no existe asignación de puntajes, tal como el proceso de selección de subasta inversa y el proceso de selección de mínima cuantía previamente referenciados, eventos en los cuales varios operadores administrativos han interpretado que todo es subsanable sin así serlo y de otra parte, modalidades de selección con asignación de puntajes, en los que los operadores administrativos

⁷¹ Decreto 1082, 2015. Op. cit. Artículo 2.2.1.1.2.2.3. Comité evaluador. "La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión. Los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés previstos en la Constitución y la ley. La verificación y la evaluación de las ofertas para la mínima cuantía será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural."

⁷² BERNARDIS, Luis Marcelo De. La garantía procesal del debido proceso. Lima: Cuzco S.A., 1985. "El debido proceso tiene como fundamento el otorgamiento de una garantía para que los particulares gocen de seguridad jurídica al enfrentarse al aparato judicial o a la toma de decisiones administrativas del Estado".

han admitido subsanación con eventos en que indirectamente si afectan la asignaciones de puntajes.

Tal punto, ha sido evidenciado por la doctrina, tal como se puede verificar a continuación:

“Sin duda, el punto de quiebre al problema jurídico planteado debe ser otro distinto al de considerar la asignación de puntaje como el criterio para determinar si un requisito es o no subsanable, máxime cuando en el primer capítulo se demostró que ella dependía, en cada caso, de la modalidad de selección, pues a partir de allí es el mismo legislador o la entidad contratante la que define si le asigna o no puntaje a determinado requisito o si simplemente lo deja para definir el adjudicatario en caso de existir varios oferentes en el primer orden de elegibilidad⁷³”.

3.3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

En lo relacionado con la subsanación de ofertas, además de las regulaciones legalmente adoptadas, el principal criterio de interpretación ha estado dado por la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, pronunciamientos jurisdiccionales que solo revisa los alcances dispuestos en la regulación de la Ley 1150 de 2007, norma vigente para los casos que se están decidiendo, pero que no tiene en cuenta las nuevas regulaciones dispuestas en la Ley 1882 de 2018.

En la medida en que gran parte de la interpretación de la norma ha encontrado sustento en la jurisprudencia, es importante señalar algunos de los principales pronunciamientos jurisprudenciales que han hecho análisis en casos particulares, pero que no decantan en detalle las implicaciones en las diferentes modalidades de selección, entre los que se encuentran los siguientes:

⁷³ TORRES BENJUMEA, Ricardo Alejandro. Op. cit.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 36.054, 2010: se analiza la demanda contra el contenido en decreto 2474 de 2008, art. 10, inc. 2 frente a lo establecido la Ley 1150 de 2007, art. 5, pár.1 pues considera que regula de manera disímil un tema que ya había sido abordado por la ley.

Lo anterior teniendo en cuenta que la ley estableció que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, mientras que el inciso demandado del Decreto 2474 señala se pueden solicitar “hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones”, lo que claramente es un exceso del reglamento frente a la norma superior, razón por la cual declaran inexecutable el inciso demandado.

Consejo de Estado. Sentencia expediente 36.408 de 2011: se analiza el Decreto Reglamentario 2474 de 2008, art. 10, inciso final “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”, que a la letra dice:

Art. 10. Reglas de subsanabilidad. “En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto” [...] “En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”⁷⁴ (Subrayado propio).

⁷⁴ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Reglamentario 2474 (7 de julio de 2008) “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y Ley 1150, 2007. Op. cit.

En esta se explica que la expresión *capacidad jurídica* en contratación estatal es mucho más amplia que en el derecho privado, pues abarca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades dado que su objeto es satisfacer el interés general y está catalogado como un requisito de la esencia, es decir que es un requisito habilitante que no posee puntaje, pero es infaltable al momento de presentar la oferta, la Ley 1150 de 2007, art. 5, núm. 1 señala que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

De esta sentencia surge la regla general referida a que: “la falta de capacidad jurídica del proponente en un proceso de selección no es subsanable, debido a que es una condición imprescindible que debe existir al momento de la oferta”.

Consejo de Estado. Sección tercera. Proceso 17001233100019970803401 (20.688) de 2012: El punto para resaltar en esta sentencia, además de que sigue la misma línea de la sentencia anterior respecto a la capacidad jurídica como un elemento de la esencia, es la subsanabilidad en los eventos en que el representante legal al momento de presentar la propuesta tenga limitaciones para contratar, por lo que no es dable rechazarla, siempre y cuando esas limitaciones no hayan existido desde siempre, es decir que hubiere contado con la autorización anterior para hacerlo, como lo establece la Ley 80 de 1993, art. 25, núm. 15, inc.2 que a la letra dice:

[...] “15) Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. **La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la**

comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos⁷⁵ (Subrayado propio).

Como se puede evidenciar esta es una manifestación clara del principio de economía y ratifica que lo sustancial prima sobre lo formal en el proceso de selección, es decir que la falta de documentos necesarios para el contrato futuro o con el oferente que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden ser subsanados.

Consejo de Estado, sección tercera. proceso 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059) de 2013: La sala analizó la oportunidad que tiene la administración de rechazar o excluir una oferta en aquellos casos en que no se aporten los documentos indispensables para la comparación de propuestas siempre y cuando se garantice el debido proceso, derecho de defensa y contradicción y recuerda la prohibición que tienen las entidades estatales de incorporar en los pliegos de condiciones nuevos requisitos como reglas de subsanación.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Proceso 13001233100019990011301 (25804) de 2014: aunque no es una sentencia de Unificación Jurisprudencial, contiene varios análisis de gran relevancia, de antemano, para el Magistrado Ponente es subsanable todo en la oferta, salvo aquellos elementos relacionados con la asignación de puntaje, sin embargo, si resulta relevante el análisis y diferencia entre lo que es *“aclarar, complementar y modificar la oferta”* pues se trata de acciones o diferenciables en el régimen de la subsanación y de la introducción de la posibilidad de Subsananar como un derecho del proponente.

La conclusión principal de la sentencia es que, ante la ambigüedad normativa de la Ley 80 de 1993, el régimen dispuesto en la Ley 1150 concluye que lo único que

⁷⁵ Ley 80, 1993. Op. cit. art. 25, núm.15; inc. final

no es subsanable son los elementos que constituyan puntaje en el proceso de selección y sobre el particular la providencia señala lo siguiente:

[...] “a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia de la Ley 80, 25.15 para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que, si en un proceso de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, ¡el error o incompletitud se puede corregir -! debe corregirse! -, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás” [...]

“Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación⁷⁶”.

Después de realizar un análisis sobre las disposiciones legales contenidas en los Decretos Reglamentarios (Decretos 066, 2474, 4828 de 2008 y 734 de 2012 y 1510 de 2013) que regulaban requisitos adicionales sobre la subsanabilidad concluyó lo siguiente:

[...] “Esto significa que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; 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

⁷⁶ Sentencia 13001233100019990011301 (25804), 2014. Op. cit.

presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente⁷⁷ [...]

Un elemento de especial relevancia de este pronunciamiento del Consejo de Estado es que diferencia la noción de subsanar, del concepto de aclarar o explicar lo oferta, haciendo énfasis en que tiene origen legal diverso pero que se encuentran sometidos en un punto común sobre las ofertas y al respecto manifestó lo siguiente:

[...] “Como se observa, subsanar, unido al artículo 25.15, reiterado por el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, implica reparar un defecto de la propuesta, con mayor precisión la omisión de algún requisito, ya que la norma se refiere a la “la ausencia de requisitos o la falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, siempre y cuando no incidan sobre la comparación de las ofertas pueden ser reparados o subsanados, es decir, que ello implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene. Aclarar o explicar es diferente. El supuesto de partida no presume agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene. Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad – aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo. En consecuencia, se trata de conceptos independientes en significado y alcance durante el proceso de evaluación, sin embargo, persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias⁷⁸”

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

Aunque la sentencia ratifica la posición anterior, la cual no compartimos por razones que se expondrán con posterioridad, un elemento de especial relevancia de este pronunciamiento del Consejo de Estado es que diferencia la noción de subsanar, del conceto de acarar o explicar la oferta, haciendo énfasis en que tiene origen legal diverso pero que se encuentran sometidos en un punto común sobre las ofertas y al respecto manifiesto:

[...] “Como se observa, subsanar, unido al artículo 25.15, reiterado por el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, implica reparar un defecto de la propuesta, con mayor precisión la omisión de algún requisito, ya que la norma se refiere a la “la ausencia de requisitos o la falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, siempre y cuando no incidan sobre la comparación de las ofertas pueden ser reparados o subsanados, es decir, que ello implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene. Aclarar o explicar es diferente. El supuesto de partida no presume agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene. Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad – aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo. En consecuencia, se trata de conceptos independientes en significado y alcance durante el proceso de evaluación, sin embargo, persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias⁷⁹”.

⁷⁹ Ibid.

Como ya lo mencionamos anteriormente para nosotros es un error, porque admite la subsanación solo para aquellos elementos que asignen puntaje, eliminando de plano la noción de cuáles son los elementos que constituyen oferta y que sirven para comparar las mismas y, de hecho, confunde tales elementos con los que son propios de las condiciones del proponente, que siempre pueden ser objeto de subsanación, pero este argumento será objeto de mayor análisis posteriormente.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Proceso 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986), de 2014: haciendo un análisis del régimen jurídico de la evaluación de las ofertas en la ley de contratación estatal, y del régimen jurídico de la subsanabilidad de estas, recuerda el importante cambio dado a partir de 1993, respecto a la posibilidad de subsanar las ofertas presentadas y la prohibición a las entidades públicas de rechazar las ofertas por cualquier clase de deficiencia; es decir que les corresponde valorar si el faltante es indispensable para la valoración de las estas.

Analiza la Ley 80 de 1993, art. 30, núm. 7 en el cual se incorpora el deber de la administración de pedir aclaraciones y explicaciones a los proponentes en la etapa de evaluación de las ofertas para discernir aspectos que no se comprendan, constituyéndose en un derecho para el oferente y una obligación para la entidad pública.

Conforme a la referida norma, las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de *aclarar* los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego, hace énfasis en que es distinta del régimen de subsanabilidad considerándolo un caso especial de adecuación de la oferta, pues procede no por ausencia de requisitos sino por la falta de claridad o precisión de estos.

“En consecuencia, hay que diferenciar el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas, del régimen de las aclaraciones o explicaciones de las mismas, pues son actuaciones con significado distinto, incluso se apoyan en disposiciones diferentes de la Ley 80: i) la subsanabilidad en el art. 25.15 original, hoy en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y ii) las aclaraciones y explicaciones en el art. 30.7 de la Ley 80⁸⁰”.

Sin embargo, al aplicar estas aclaraciones o explicaciones en algunas ocasiones conducen a la aplicación del régimen de subsanabilidad, pues, aunque la oferta está completa su contenido no es preciso y esto puede conducir a permitir que se subsane el defecto en los términos de ley o a rechazar la propuesta. En todo caso los dos conceptos son diferentes, aunque algunas veces los dos conduzcan a lo mismo.

Otro punto importante de la sentencia es que aclara la oportunidad para aclarar, explicar y subsanar las ofertas, encontrando tres momentos para hacerlo, desde el inicio de la etapa de evaluación (cuando se entregan las ofertas), análisis de las observaciones (informe evaluación) y hasta en la adjudicación, eso sí, dentro de los términos establecidos en el pliego de condiciones para la finalización de cada etapa del proceso selección, pues cada una de ellas es preclusiva y perentoria (Ley 80 de 1993, art. 25, núm.1).

Vale la pena aclarar que quien tiene hasta la adjudicación es la entidad pública para solicitar aclaraciones, explicaciones o subsanaciones, pues el oferente debe proveer lo solicitado dentro del término de cada etapa según lo solicitado por la administración, so pena de perder la oportunidad, término que actualmente tiene definición legal en consideración a la modalidad de sección.

⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986) (12 de noviembre de 2014) [C.P. Enrique Gil Botero]

Consejo de Estado. Sentencia Expediente 30.161 de 2015: En esta sentencia analizó si la no presentación de la inscripción del revisor fiscal en certificado de existencia y representación y la falta de la firma de este en los documentos para demostrar los estados financieros básicos, son razón para rechazar la oferta.

Del análisis realizado por la sala se indicó que los documentos no necesarios para la comparación de ofertas no son suficiente razón para rechazarla o excluirla, pues si bien el pliego de condiciones es la guía del proceso que debe cumplirse, la misma ley estableció que solo la falta de los documentos necesarios para la evaluación son motivos para su rechazo. Teniendo en cuenta que los estados financieros son un requisito sustancial y no formal, la sala estimó que no es susceptible de ser subsanado.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Proceso 05-001-23-31-000-1995-00613-01 (31.211) de 2015: Esta sentencia se limita a reiterar todos y cada uno de los argumentos expuestos en la sentencia del 12 de noviembre de 2014 -exp. 27.986-, en relación con el “régimen jurídico de las aclaraciones y explicaciones en la etapa de evaluación: valoración de las ofertas ‘incompletas’, ‘inconsistentes’ o ‘poco claras’” y el término que tienen los oferentes para presentarlas, así como la obligación de la administración de permitir las en las etapas del proceso pertinentes y dentro de los términos discrecionales pero razonables que debe dar la administración.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B, rad. 25000-23-26-000-2003-01082-01(38339) de 2018: El Tribunal concluye que lo que puede subsanarse es la prueba material del requisito y no el requisito en sí mismo, pues no es subsanable algo inexistente. Si la discusión es la existencia del requisito se estaría frente a la complementación o adición de la oferta, lo que sí está prohibido por el ordenamiento legal contractual. Lo anterior fue expresado en los siguientes términos:

“De lo anterior se concluye que tanto en vigencia de la Ley 80 de 1993 como en la 1150 de 2007, las autoridades no pueden rechazar las propuestas alegando omisión o deficiencias habilitantes, con la connotación de subsanables. Así mismo, la posibilidad de aclaración o explicación parte del supuesto de que el requisito se cumpla, en tanto no es posible aclarar o explicar lo inexistente. De ese modo se confirma la inmodificabilidad de las propuestas. Cabe diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito en sí mismo considerado, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. Esto supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”

Consejo de Estado, sentencia 2007-00593 (49221) de 2020: En esta sentencia nuevamente se retoma lo dicho en la jurisprudencia anterior, partiendo de lo mencionado en 1987 que se centró en diferenciar los requisitos subsanables y los no subsanables, los requisitos sustanciales y los formales en las ofertas, siendo que para estos últimos no existe título razonable para su rechazo, criterio que se plasmó en la Ley 80 de 1993, art. 25, núm. 15, inc. 2 que establece que: “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos⁸¹”.

Reitera el hecho de que las entidades públicas no pueden incorporar en sus pliegos de condiciones, causales de rechazo que no tengan sustento constitucional y legal y que el espíritu de la norma ha sido dado para evitar que las

⁸¹ Ley 80, 1993. Op. cit.

mejores ofertas se queden por fuera por requisitos no indispensables para la evaluación de las ofertas y concluyó que:

“la limitante de la facultad de rechazo de las propuestas estaba fundada en el privilegio de lo sustancial sobre lo formal; sin embargo, se impone precisar en esta ocasión, que la subsanación no podía sobreponerse frente a la prohibición de la modificación de las propuestas, como quiera que se limitaba a la aclaración o explicación de los requisitos o documentos aportados, pero de ningún modo a su complementación, adición, modificación o mejoramiento”.

Tales posiciones jurisprudenciales, que como se puede evidenciar no son homogéneas han llevado al operador administrativo a fijar posiciones diferentes bajo una misma norma, y a adoptar conductos diversos para determinar si un requisito es subsanable o no, bajo la premisa de si otorga o no puntaje, así como en la consideración de si un requisito habilitante, sirve o no para la comparación de los ofrecimientos hechos.

“En este orden de ideas, para determinar los factores que permiten la comparación de ofertas, surgen solamente dos interpretaciones plausibles: a) la de quienes sostienen que son aquellos que otorgan puntaje, permitiendo la subsanación de los de verificación o habilitantes y b) la de quienes defienden que también los requisitos habilitantes son actores de comparación de las propuestas, lo que en principio impediría también que pudiesen ser subsanados⁸²”.

⁸² TORRES BENJUMEA, Ricardo Alejandro. Op. cit.

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN DE SUBSANACIÓN DE LAS OFERTAS EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. EN EL DERECHO DE ARGENTINA

En la contratación estatal de diversos países la subsanación de las ofertas es un tema que se encuentra presente en su regulación no de forma absolutamente tratada al igual que en Colombia, pero dan cuenta la opción que se tiene de presentar mejoras en las ofertas, corrigiendo los errores que puedan presentarse al momento de la presentación de estas.

En cada ordenamiento contractual existente en los diferentes países se prevén unos principios rectores, los cuales deben ser observados para cumplir el fin mismo de la contratación administrativa, a saber: en la legislación Argentina Decreto delegado No. 1023/PEN/2001 y su Decreto reglamentario No. 893/PEN/2012, para la selección de los oferentes se deben tener en cuenta los principios de transparencia, concurrencia, legalidad, igualdad, razonabilidad y publicidad, estos principios rigen para las modalidades de contratación existentes para dicho país los cuales conllevan una serie de requisitos que se consideran habilitantes, como son la capacidad de obrar, personalidad y solvencia, los cuales están igualmente establecidos de forma legal para poder participar de la contratación pública y se conocen como requisitos de la esencia.

Estos principios y requisitos habilitantes permiten a la administración contar no solo con diversidad de proponentes en búsqueda de la mejor oferta para el Estado, sino que le dan la potestad de poner las reglas de juego, las cuales desde luego no son absolutas, pues no puede transgredir el marco de la razonabilidad imponiendo cargas que limiten la posibilidad de participación, pues la idea es

contar con el mayor número de participantes en cada proceso con variedad de ofertas, para que como se dijo anteriormente permitan a la administración elegir la mejor.

Pues como lo dijo Calogero, en su obra:

“Los Principios de los Procedimientos de Selección del Contratista [...] sólo es posible una real competencia de precios cuando se coloca a todos los oferentes en un pie de perfecta igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en perjuicio o detrimento de otros⁸³”.

En el Decreto reglamentario No. 893/PEN/2012, por el cual se regula la contratación en Argentina un principio de la mayor importancia es el de concurrencia, a saber:

Art.17. Subsanación de Deficiencias. “El principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° de este régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación⁸⁴”.

Como se puede evidenciar en el texto de la norma se incluyeron varias previsiones para asegurar que se cumpla, entre los cuales resaltamos algunas que tienen que ver directamente con nuestro tema de estudio, como son:

⁸³ CALOGERO, María de las Mercedes. Los Principios de los Procedimientos de Selección del Contratista. En Revista de Derecho Administrativo, (11) 1999, pág. 203.

⁸⁴ PRESIDENCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Decreto 1023/01 (13 de agosto de 2001) “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”. art. 17

“La posibilidad de subsanar deficiencias insustanciales de oferta por medio de aclaraciones o ampliaciones oportunas, cuando ello no implique una lesión a los principios de igualdad y de transparencia contractual⁸⁵; la no exigencia de la inscripción registral previa en el Sistema de Información a Proveedores como requisito ineludible para presentar oferta, sino su posible subsanación previo al momento de llevarse adelante la correspondiente etapa de evaluación de ofertas⁸⁶; aclarar que cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones, se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles, y de evitar que por cuestiones formales intrascendentes se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad⁸⁷; Indicar que la subsanación de deficiencias se posibilitará en todo aspecto relacionado con la constatación de datos o de información de tipo histórico, que obre en las bases de datos de los distintos organismos de la Administración, siempre que ello no desnaturalice los principios de igualdad y de transparencia de la licitación⁸⁸”.

Igualmente vemos como en el artículo 65 del ordenamiento contractual establece la inmodificabilidad de la oferta en los aspectos esenciales una vez se presente la oferta, más no de los de forma. Art. 65. Inmodificabilidad de la oferta. “La posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de esa circunstancia”⁸⁹

En el artículo 83 establece dentro de las funciones de la comisión evaluadora:

“a) Examen de los aspectos formales de la totalidad de las ofertas presentadas: evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificaciones, por este reglamento y por los respectivos pliegos. Desde

⁸⁵ Decreto 1023/01, 2001. Op. cit. Art. 17

⁸⁶ Ibid. Art. 27

⁸⁷ PRESIDENCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Decreto N° 893/PEN/2012 (7 de junio de 2012) “Régimen de contrataciones de la administración nacional” art. 85.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Decreto No. 1023/PEN/2012. Op. cit. Art. 65

el momento en que la Comisión intime a los oferentes a subsanar errores u omisiones hasta el vencimiento del plazo previsto para subsanarlos, se suspenderá el plazo que la Comisión Evaluadora tiene para expedirse⁹⁰”.

De manera puntual la normativa argentina establece los supuestos en que aplicarán las causales de desestimación subsanables en el art. 85, así:

Art. 85. Causales de desestimación subsanables. “Cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad. La subsanación de deficiencias se posibilitará en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes y de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la contratación. En estos casos la comisión evaluadora o la unidad operativa de contrataciones deberán intimar al oferente a que subsane los errores u omisiones dentro del término de cinco (5) días, como mínimo, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijará un plazo mayor. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes”.

“Será posible requerir la subsanación de defectos en la oferta, de conformidad con las pautas establecidas y especialmente, en los siguientes supuestos: a) Si la oferta original estuviera en parte firmada y en parte no. En estos casos la jurisdicción o entidad contratante intimará a la subsanación del defecto. Si no fuere subsanado en el plazo establecido, se desestimará la oferta; b) Si la garantía de mantenimiento de oferta acompañada fuera insuficiente, siempre que el error en el importe de la garantía

⁹⁰ Decreto No. 1023/PEN/2012. Op. cit. Art. 83

no supere un diez por ciento (10%) del monto correcto. En este caso la jurisdicción o entidad contratante intimará a la subsanación del defecto. Si no fuere subsanado en el plazo establecido, se desestimará la oferta; c) Si no se acompañare la documentación que, de conformidad con este reglamento, con las normas que se dicten en su consecuencia y con el pliego de bases y condiciones particulares aplicable, se debe suministrar en el momento de presentar la oferta. En los casos en que dicha documentación no se acompañará junto con la oferta, la jurisdicción o entidad contratante intimará a la subsanación el defecto. Si no fuere subsanado en el plazo establecido, o bien si presentada la documentación en ese plazo se comprobará que los requisitos exigidos no estaban vigentes al momento de la apertura de las ofertas, se desestimará la oferta”⁹¹.

Como se puede observar en la normatividad argentina también se posibilita la subsanación de las ofertas en aquellas deficiencias que no sean de fondo y que no afecten el punto central de los procesos de contratación y de hecho la norma define que puede ser objeto de subsanación.

4.2. EN EL DERECHO DE COSTA RICA

La base de la contratación pública en Costa Rica parte del art. 182 de su Constitución Política, en el que se indica *que*:

“los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, así como las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se deben realizar mediante el procedimiento de licitación, según lo que regule la ley y de acuerdo con el monto respectivo⁹²”.

Lo que indica que la adquisición de servicios y bienes públicos solo se puede hacer por licitación, no en el sentido lato de licitación pública, sino mediante

⁹¹ Decreto N° 893/PEN/2012. Op. cit. Art. 85.

⁹² REPÚBLICA DE COSTA RICA. Constitución Política (7 de noviembre de 1949). Art. 182

concurso público, como lo precisó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al señalar en el voto 998-98 de 1998, lo siguiente: “En este orden de ideas, por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación” [...]

Años después se hizo necesario contar con una norma de rango legal que regulará el tema de la contratación, por lo que en el año 1996 se expidió la Ley No. 7494 “Ley de Contratación Administrativa”, y posteriormente se reglamentó, se emitió el Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 25038-H de 1996, el cual fue derogado por el Reglamento de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 33411-H que entró a regir en enero de 2007, hoy vigente⁹³.

En este ordenamiento administrativo se establecieron varias modalidades de contratación como la licitación pública, la licitación abreviada y la contratación directa, los cuales deben regirse por los principios de transparencia, igualdad, eficiencia, publicidad y transparencia. Igualmente permite subsanar algunos requisitos de los establecidos por ley, en especial aquellos que no afecten la esencia del negocio jurídico. Así mismo en aplicación del principio de eficiencia posibilita la subsanación de defectos no sustanciales y la mejora de precios, lo que directamente favorece a la entidad pública, pues le permite acceder al mismo bien por un mejor precio.

En el ordenamiento jurídico contractual de Costa Rica existen fases muy específicas para el proceso de contratación, como son la fase previa que conlleva la determinación de la necesidad de contratar, el objeto, la justificación, las características técnicas, los procedimientos de control calidad, la disponibilidad presupuestal, el cartel o pliego de condiciones, entre otros; la siguiente fase es la

⁹³ ALETHEIA. Cuadernos Críticos del Derecho. [Página Web] Disponible en: <<http://www.liberlex.com>>

de selección que inicia con la convocatoria en la que es de resaltar la rigurosa fijación de los plazos para recibir ofertas, aceptar subsanación de las propuestas, para decidir y para la presentación de recursos y la formalización del contrato, evitando que el proceso se dilate de manera innecesaria, continua con la fase de ejecución y finalmente con la fase de evaluación⁹⁴.

Para centrarnos en el punto del régimen de subsanación de las ofertas, tenemos que en la normativa para Costa Rica son subsanables los errores de forma que no afecten los elementos de la esencia del proceso contractual, es así como lo encontramos en el Capítulo II Principios generales de los procedimientos de contratación administrativa en el art. 4, núm. 4.4⁹⁵.

4) Principio de eficiencia (...) 4.4 “Todo defecto u omisión contenido en las ofertas, podrá ser subsanado, en la medida que no implique modificación del precio, objeto y condiciones ofrecidos y no se vulneren los principios generales desarrollados en este capítulo”.

Así mismo lo encontramos en el Capítulo VI Procedimientos de contratación⁹⁶.

56. Selección y adjudicación 56.1 “Dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura, la Administración procederá al análisis de los aspectos formales de las ofertas, y concederá un plazo de al menos cinco días hábiles para que se subsane cualquier defecto formal o se supla cualquier información o documento trascendente omitido, siempre que con ello no se modifique su contenido en cuanto a las características de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega ni las garantías de los productos. Esta prevención podrá ser efectuada de oficio o por señalamiento de alguno de los participantes o del propio interesado. Luego

⁹⁴ ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. Derecho Administrativo Especial, Contratación Administrativa. San José: EUNED, 1998

⁹⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Decreto Ejecutivo No. 25038-H. (6 de marzo de 1996) Reglamento General De Contratación Administrativa De Costa Rica.

⁹⁶ Ibid.

de esta etapa, la Administración conserva su facultad de solicitar de oficio la subsanación de defectos no advertidos durante los primeros cinco días hábiles”.

De manera puntual los errores subsanables de las ofertas en el ordenamiento costarricense se encuentran los artículos 56.1.1 y 56.1.2⁹⁷, así:

[...] 56.1.1 “En todo caso, se entenderán como subsanables la omisión de los siguientes documentos: 56.1.1.1 Certificaciones sobre la personería legal de los oferentes y la naturaleza y propiedad de las acciones; 56.1.1.2 Certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido, siempre y cuando tales circunstancias existieran al momento de presentación de la oferta; 56.1.1.3 Declaraciones juradas; 56.1.1.4 Estados financieros; 56.1.1.5 Documentación técnica complementaria; 56.1.1.6 Copias de la oferta; 56.1.1.7 Cualquier omisión de especies fiscales o timbres, si estos fueran exigidos por norma de rango legal; 56.1.2 Igualmente podrán subsanarse, al menos, los siguientes defectos; 56.1.2.2 Cualquier error de la garantía de participación relacionado con la identificación del concurso, si del documento resulta claro que queda debidamente garantizada la Administración; 56.1.2.4 La inclusión de datos en unidades de medida diferentes a las del Sistema Internacional de medidas; 56.1.2.5 La presentación de literatura técnica y complementaria en idioma diferente al español; 56.1.3 Si la prevención para subsanar no es atendida en tiempo, la Administración procederá a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite y a ejecutar, previa audiencia, la garantía de participación”.

A los oferentes a los cuales se les solicite subsanación de algún aspecto de los autorizados normativamente y no las presenten dentro de los términos establecidos, serán descalificados.

⁹⁷ Ibid.

“56.1.3 Si la prevención para subsanar no es atendida en tiempo, la administración procederá a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite y a ejecutar, previa audiencia, la garantía de participación⁹⁸”.

4.3. EN EL DERECHO DE PERÚ

La base de la contratación pública en Perú nace de la Constitución política, art. 76 Del Estado que establece:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades⁹⁹”.

Mediante Decreto Legislativo No. 1017 se expidió la Ley de Contrataciones del Estado, el cual fue reglamentado con el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, los cuales fueron derogados por la Ley 30225 y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

La norma superior de Contratación del Estado (Ley 30225), busca:

“establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos¹⁰⁰”.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Constitución Política del Estado de Perú (1 de enero de 1994) Art. 76.

¹⁰⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley 30225 (11 de julio de 2014). Ley de contrataciones del estado. Art. 1

Así mismo en el art. 2, dispone como principios que rigen las contrataciones:

“la libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia Tecnológica, sostenibilidad ambiental y social y equidad. Los procesos o procedimientos de selección utilizados son licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa¹⁰¹”.

Respeto al régimen de subsanación de ofertas se encuentran consagrados en el artículo 39 del D. Sup. N° 350-2015-EF, en donde establece que en todas las etapas del procedimiento contractual el órgano encargado de la contratación o el comité de selección podrá solicitar correcciones materiales o formales a los documentos aportados por los oferentes, siempre y cuando no afecten la esencia de la oferta. Así mismo, establece los errores que son subsanables:

“a) La no consignación de determinada información en formatos y declaraciones juradas, distintas a las que contienen el precio u oferta económica; b) Los referidos a las fechas de emisión o denominaciones de las constancias o certificados emitidos por entidades públicas; c) Falta de firma o foliatura; d) Los referidos a certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones de lo ofrecido, siempre que tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y hubieren sido referenciadas en la oferta; e) Autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificaciones que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga que hagan parte de la oferta pueden ser subsanados siempre que hayan sido emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de estas; f) En el documento que contiene el precio ofertado u oferta económica puede subsanarse la rúbrica y la foliación; g) En caso de divergencia entre el precio cotizado en números y letras, prevalece este último. En el sistema de contratación a precios unitarios cuando se advierta errores

¹⁰¹ Ibid. Art. 2.

aritméticos, corresponde su corrección al Órgano encargado de las contrataciones o comité de selección, debiendo constar dicha rectificación en el acta respectiva”.

El plazo establecido para la corrección o subsanación de los documentos requeridos será máximo de tres (3) días hábiles, las cuales deberán presentarse a la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad. Para los casos de contratación por subasta inversa electrónica, este procedimiento de subsanación se hace de forma electrónica, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado-SEACE.

4.4. EN EL DERECHO DE ECUADOR

En la legislación ecuatoriana, en materia de errores de forma en las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública, en el artículo 23 de Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional en su inciso segundo, se establece:

“Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos. Conforme lo citado en el párrafo precedente, se deduce que estaría previamente establecido los tipos de errores de forma que podrían subsanarse, sin embargo, este detalle es ejemplificativo ya que en el texto legal se indica *tales como*, esto permitiría a las entidades contratantes, a que otro tipo de errores puedan ser convalidados, sin que necesariamente sean de forma, es aquí donde podría dar origen a las decisiones discrecionales¹⁰²”.

Sin perjuicio de lo mencionado, es pertinente definir los tipos de errores indicados en el artículo 23 del Reglamento General a la LOSNCP: 1) Error Tipográfico; 2) Error de Folioado; y 3) Error de certificación.

¹⁰² PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE ECUADOR. Decreto Ejecutivo 1700. (8 de noviembre de 2016) “Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación de Ecuador”. Art. 23

Es el último inciso del artículo 23 del RGLOSNC, deja abierta la puerta para que se pueda convalidar aspectos de fondo y no necesariamente de forma, cuando prevé:

“Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto, podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica¹⁰³”.

“Las entidades contratantes, a través de las Comisiones Técnicas o los delegados de la máxima autoridad según la naturaleza de cada proceso, son los responsables de analizar e identificar los errores de forma en las ofertas presentadas, conforme lo establece en el último inciso del artículo 31 de la LOSNC y artículo 23 del RGLOSNC, con la finalidad de solicitar su convalidación, para el efecto el INCOP actual SERCOP, el 27 de marzo de 2013, expidió Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, la cual regula esta etapa. Para efecto de la identificación de errores de forma las Comisiones Técnicas o los delegados de la máxima autoridad de las entidades contratantes, deberán basarse en la definición que se establece en el artículo 2 de la referida Resolución INCOP No. RE-2013-0000083”, a saber:

Art. 2. Error de forma. “Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna del contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos sobre su capacidad legal, técnica o económica; ilegibilidad de la información. Contradicciones o discordancia que causen duda entre la información consignada por el participante en su oferta y la documentación con la que lo respalda¹⁰⁴”.

¹⁰³ MORA NARVÁEZ, Sebastián Alejandro. Los errores de forma en las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública en el Ecuador y la solicitud de convalidación. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado) Universidad Andina Simón Bolívar, 2015 [En Línea] Disponible en <<http://docplayer.es/140421958-Universidad-andina-simon-bolivar-sede-ecuador.html>>

¹⁰⁴ INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ECUADOR. Resolución INCOP No. RE-2013-0000083. (27 de marzo de 2013) “Expídese la Regulación para la etapa de convalidación de errores” Art. 2

“Esta resolución administrativa expedida por el órgano rector de la contratación pública del Ecuador, en el artículo citado en párrafo precedente, lo que busca es conceptualizar de una forma unificada al error de forma, ya que se recoge de forma integral lo establecido en el artículo 23 del RGLOSNC. Lo indicado, daría la posibilidad que se solicite documentación para verificar una circunstancia o un hecho, siempre que en la propia oferta se desprenda la información que se solicite convalidar, y que dicha documentación haya sido conseguida con anterioridad a la fecha de presentación de las ofertas. Estas disposiciones legales, permiten un alto grado de discrecionalidad de los funcionarios públicos que integran la Comisión Técnica o del delegado de la máxima autoridad según la naturaleza del proceso de contratación, al solicitar la convalidación de errores de forma presentados en los distintos procesos de contratación pública, debido que su contenido no permite una clara identificación de los errores de forma, pudiendo confundirlos con aquellos que son de fondo¹⁰⁵”.

¹⁰⁵ MORA NARVÁEZ, Sebastián Alejandro. Op. cit.

TÍTULO II

PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA SUBSANACIÓN EN LAS DIFERENTES MODALIDADES DE SELECCIÓN

La legislación vigente ha previsto varias modalidades públicas de contratación estatal, entre las que sobresalen la Licitación Pública, el proceso de Selección Abreviada (que puede ser de menor cuantía o por subasta Inversa electrónica o presencial), la modalidad de selección de concurso de méritos, el proceso de selección de mínima cuantía y la modalidad de contratación directa¹⁰⁶.

Los requisitos que pueden o no ser subsanados en las ofertas de los procesos de contratación pública, después del cierre, pese a que no es un tema nuevo y que ha sido desarrollado parcialmente por la jurisprudencia y de alguna manera por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y por la Ley 1882 de 2018, aún es un tema bastante álgido y nada pacífico para los operadores administrativos, en especial porque no a todas las modalidades de selección aplica de manera homogénea y tal hecho puede inducir a habilitar ofertas que no deberían estarlo o a permitir subsanar requisitos que no deberían subsanarse.

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

¹⁰⁶ Ley 1150, 2007. Op. cit. Artículo 2.

asignación de puntaje o no, pues ello dependerá, en cada caso, de la entidad contratante, de la modalidad de contratación y de su sujeción a las prescripciones legales¹⁰⁷”.

Especialmente los pliegos pueden llegar a definir requisitos técnicos habilitantes, que en caso de que no den puntaje pueden ser modificados con posterioridad al momento de presentación de ofertas o cierre del proceso de selección, hecho que rompe el principio de igualdad al momento de presentación de las ofertas, en otros casos la ambigüedad de la norma puede dar lugar a que se pueda subsanar todo en aquellos casos en los que la modalidad de selección no da lugar al puntaje, en la práctica administrativa hay lugar a diferentes posiciones que pueden impactar directamente el deber de selección objetiva y dar lugar a la responsabilidad del Estado.

Aunque la norma ha sido modificada y contemplada con el transcurso del tiempo, lo cierto es que hoy y con más de 10 años de expedición de la Ley de 1150 de 2007, aún persisten problemas específicos en la aplicación de la norma, tales como: ¿Qué requisitos son subsanables en aquellos procesos que no son objeto de puntaje como la subasta inversa y el proceso de mínima cuantía? ¿Cómo se deben armonizar las normas con aquellos requisitos habilitantes técnicos que pueden llegar a modificar la propuesta con posterioridad a la fecha de presentación de las ofertas? ¿Cuáles son los requisitos necesarios para comparar ofertas? ¿Qué pasa si un requisito es empleado para comparar ofertas, pero no es objeto de asignación de puntaje? ¿Es posible subsanar condiciones del oferente utilizados como criterio de desempate de propuestas?

Por regla general, las disposiciones jurídicas relacionadas con el marco y procedimiento general de la Contratación Pública, en especial la Ley 80 de 1993,

¹⁰⁷ TORRES BENJUMEA, Ricardo Alejandro. Op. cit.

la Ley 1150 de 2007, al Ley 1882 de 2018 y sus Decretos reglamentarios le son aplicables a todas las autoridades de la administración pública de conformidad con lo establecido en el artículo de la Ley 80 de 1993¹⁰⁸, sin embargo el legislador, en ejercicio de sus potestades, atendiendo la naturaleza jurídica de algunas entidades, sus funciones y competencias, ha señalado expresamente que algunas Entidades rigen su actividad contractual, por las normas del derecho privado que les resulten aplicables.

Sobre el particular, la Ley 1150 de 2007, artículo 13, dispone: “Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal¹⁰⁹”.

Dentro de tales excepciones, legalmente definidas, se encuentran por ejemplo los hospitales públicos, las empresas de servicios públicos, las universidades estatales, los actos y los contratos de los proveedores de las tecnologías de la Información y de acuerdo con la Ley 1150 de 2007, art.14 modificado por la Ley 1474 de 2011, art. 93 las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta con participación minoritaria estatal, entre otras¹¹⁰.

¹⁰⁸ Ley 80, 1993. Op. cit. Art. 2, Núm. 1. “Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”.

¹⁰⁹ Ley 1150, 2007. Op. cit. Art.13.

¹¹⁰ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1474 (12 de julio de 2011) “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción

En Este contexto, el régimen de subsanación de ofertas no es un tema fácil de abordar y no puede tomarse a la ligera en materia de contratación estatal, pues un error en la adjudicación por la exclusión ilegal de un oferente puede ser determinante en materia de responsabilidad del estado y sus agentes.

Si bien es cierto el régimen de subsanación de ofertas se encuentra regulado actualmente en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que modifico el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, lo cierto es que tal norma, mal puede ser aplicada exegéticamente, pues las modalidades de selección en no todos los casos son objeto de asignación de puntaje y en otros casos, los requisitos necesarios para comparar ofertas pueden confundirse con las condiciones del proponente.

Bajo esta premisa, el problema de investigación se sustenta en dos hipótesis claramente diferenciadas y que a grandes rasgos se puede concretar de la siguiente manera.

- 1) El régimen de subsanación de ofertas debe ser interpretado de acuerdo con cada modalidad de selección, en consideración a los factores técnicos y económicos aplicables en cada caso.

y la efectividad del control de la gestión pública” Diario Oficial No. 48.128. Art. 93. “Del Régimen Contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus Filiales y Empresas con Participación Mayoritaria del Estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”.

2) El régimen de subsanación de ofertas debe verse exclusivamente en el marco de la regulación vigente de manera homogénea, pero propendiendo por la prevalencia del principio constitucional de lo sustancial sobre lo formal.

Sin pretender desarrollar en detalle en el contenido propio de cada modalidad de selección, resulta necesario precisar cuáles son sus principales características, haciendo especial énfasis en los factores que determinan la escogencia del futuro contratista, en especial, porque de tales elementos en especial en lo relacionado con la asignación de puntajes o ponderación¹¹¹, se demarca un derrotero específico para la subsanación de ofertas y sus vicisitudes específicas. Para ello, resulta necesario entender la composición de la oferta en cada modalidad de selección y los criterios legalmente definidos para la selección de los contratistas.

¹¹¹ ROSERO MELO, Bertha Cecilia. Contratación Estatal Manual Teórico – Práctico. 4ª ed. Bogotá: Ediciones de la U, 2019. pág. 40. “El artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 modificó el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, estableciendo nuevamente la evaluación de las propuestas mediante la ponderación de elementos de calidad y precio que representan la mejor oferta costo- beneficio para la entidad contratante, bajo condiciones claras y previamente definidas en el pliego de condiciones” [...]

CAPÍTULO I

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD EN LAS DEMÁS MODALIDADES DE SELECCIÓN

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, art. 24, núm. 1 la Licitación pública es la regla general para la selección del contratista, y en el art. 30, modificada por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1882 de 2018, se establece el procedimiento, con precisión de las reglas y etapas que lo rigen, las cuales son de estricto cumplimiento en tanto constituyen normas de orden público.

“La Ley 80 de 1993, art. 30 define la licitación pública como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable¹¹²”.

Por su parte la Ley 1150 de 2007, art. 1, núm. 1 que regula las modalidades de selección, sobre la Licitación indica lo siguiente:

“1) Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3

¹¹² Para BERÇAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires: Ediciones Depalma Palma, 1980. págs. 314 y 315, 19 “es una invitación general, sin limitaciones alguna, que se hace a persona indeterminada, para obtener su conformidad con un pliego de condiciones confeccionado por la Administración y una oferta concreta respondiendo el llamado de la formula”; DROMI, José Roberto. Op. cit. pág. 92, señala que se caracteriza por ser “un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en los pliegos de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará la más conveniente”. ESCOLA (Héctor, Ob cit. Pág. 330) sostiene que la licitación es el procedimiento que tiene por objeto la selección automática del contratante de la administración pública sobre la base elegir como tal a la persona física o jurídica que haya ofrecido el mejor y sin tener en cuenta consideraciones de ninguna naturaleza”. Y SAYAGUÉS (Lasso, en tratado de Derecho Administrativo, 8 edición, 2002, pág. 543) –en una noción más próxima a la definición legal- afirma que “consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas señaladas en (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones”.

y 4 del presente artículo. Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento¹¹³”.

Ahora bien, ¿cuál es la forma de establecer cuando una oferta es la más favorable para la Entidad?, pues bien, esto es lo que misma Ley ha definido como selección objetiva en las siguientes condiciones:

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1) La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes **serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje**, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional¹¹⁴ a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación; 2) La oferta más favorable será aquella que, **teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes**, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en

¹¹³ Ley 1150, 2007. Op. cit.

¹¹⁴ SOLÍS ENRÍQUEZ, Francisco Javier. Op. cit. p.113 “En el ámbito de lo expreso en el mandato del numeral 1 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en cuanto a que la exigencia de las condiciones habilitantes debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor, el legislador ha incurrido en una imprecisión conceptual al haber distinguido las ideas de adecuación de la proporcionalidad, pues como se ha visto, la doctrina y la jurisprudencia han construido una teoría del principio de proporcionalidad, entre cuya estructura se encuentra el subprincipio de adecuación o idoneidad; y por ello, no puede deslindarse la adecuación de la proporcionalidad. En adelante, a esa exigencia del legislador se le dará simplemente el tratamiento de proporcionalidad como principio, entendiéndose que tiene ínsita la adecuación”

dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad¹¹⁵ (Negritas propias).

Para la doctrina, la selección objetiva, pese a tratar de ser considerada como principio, también comporta la condición de deber y regla, en las condiciones descritas a continuación:

[...] “los esfuerzos hechos por la doctrina y la jurisprudencia no han sido suficientes para concebir a la selección objetiva como un principio o como una regla, en tanto, ambas reconocen que pertenece a la categoría de los principios, pero al mismo tiempo tienen el carácter de regla y de deber. Así las cosas, la selección objetiva es un concepto jurídico indeterminado, y como tal debe ser precisada para cada situación en particular y obedece exclusivamente a una decisión neutral de una administración imparcial, sujeta única y exclusivamente al interés general¹¹⁶”.

Nótese al respecto que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta:

“a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo beneficio, noción que implica la asignación de puntajes en el

¹¹⁵ Ley 1150, 2007. Op. cit. Art. 5, modificado por la Ley 1474 de 2011, art. 88

¹¹⁶ MIRANDA MEDINA, Milton Jojani. Op. cit.

curso del proceso de selección, de acuerdo con los criterios definidos en los pliegos de condiciones¹¹⁷”.

“Los mecanismos para los factores de selección pueden tener en los pliegos de condiciones las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta, las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio, las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la entidad estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras y el valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas¹¹⁸”.

Es por esta razón que resulta imprescindible diferenciar los requisitos habilitantes que pueden ser definidos de la siguiente manera:

¹¹⁷ CHAVES VILLADA, Jaime Eduardo. La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de subasta inversa. En: *Vniversitas*. (120) pp. 125-140, 2010. [En línea] Disponible en: <<https://www.redalyc.org/pdf/825/82519016006.pdf>> “En este entendido, debemos esclarecer que el principio de selección objetiva consagrado bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, es diferente a la regulación traída por la Ley 1150 del 2007, puesto que la primera (A) permitía más flexibilidad para determinar los criterios de selección que adoptarían las entidades públicas con respecto a la búsqueda de la oferta más favorable y, la segunda (B) regula de manera clara y taxativa cuáles son esos criterios de selección que se utilizarán para determinar la oferta más favorable. Razón por la cual en este momento las entidades no tienen la discreción de omitir o utilizar otros que no sean los contemplados por la ley y que de igual manera no son viables por la vía de la reglamentación crearlos, modificarlos o extinguirlos, puesto que no es competencia del Gobierno nacional ocuparse de dicha materia”

¹¹⁸ CHARRIS BENEDETTI, Juan Pablo; LLAMAS FOLIACO, Alfonso Carlos. Op. cit. “Ahora, motivar la participación de los proveedores implica simultáneamente conocerlos y caracterizarlos, en particular en lo relacionado con su desempeño y situaciones de mercado. Este es el fundamento para desarrollar estrategias, acciones y medidas de mitigación preventivas, no con intenciones restrictivas que limiten su participación en el mercado, sino con el propósito de reducir la materialización de ciertos riesgos, o bien superarlos con mayor suficiencia si llegasen a concretarse”

“Las exigencias de requisitos habilitantes según se lee en la exposición de motivos del proyecto de Ley número 20 de 2005 Senado –que se convirtiera en la Ley 1150 de 2007— obedece a la finalidad de “cerrar puertas falsas usadas a veces para afectar la sana competencia e igualdad de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales. De esta forma, regula los requisitos mínimos para participar en los procesos de selección” (Pretelt de la Vega y Gallego Henao). Se trata entonces de que se haga exigencias mínimas y suficientes de idoneidad para el cumplimiento del contrato por parte de los proponentes y el futuro contratista, y a partir de ello se produzca la escogencia del proponente que hubiese presentado la oferta más favorable para la satisfacción de la necesidad identificada por la entidad¹¹⁹”.

Ahora bien, en la Licitación Pública con conformación dinámica de la oferta, aunque no es una modalidad recurrentemente utilizada, permite la posibilidad de asignar puntajes por factores técnicos en una etapa de evaluación preliminar regida por los términos de la licitación pública y la asignación de la mayor ponderación económica, se asignará a quien resulte ser adjudicatario en una puja del factor económico en audiencia de subasta.

Es a partir de esta noción definida en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que es posible señalar la existencia de asignación de puntajes en la contratación estatal, en especial cuando existe la conjunción de elementos técnicos y económicos tal como lo dispone la norma y por su puesto la licitación es la clásica modalidad de selección que implica la asignación de puntajes, para determinar la mejor oferta para la entidad estatal.

Resulta absolutamente claro que los criterios de ponderación o de puntaje no pueden ser subsanados a partir de la normatividad vigente, lo cual implica que si el proponente se equivoca en el ofrecimiento hecho en las condiciones de los pliegos de condiciones no tendrá derecho a la asignación de puntaje, pero tal regla

¹¹⁹ SOLÍS ENRÍQUEZ, Francisco Javier. Op. cit.

no es plana, porque en la mayoría de requisitos establecidos en los pliegos de condiciones existen otros elementos u ofrecimientos que aunque no den puntaje, si sirven para hacer comparación de ofrecimientos, tales como el cumplimiento de especificaciones técnicas habilitantes de los bienes ofertados, ofrecimiento de perfiles de personal, ofrecimiento de garantías mínimas de los bienes, condiciones específicas de prestación de servicios y en general un sin número de requisitos mínimos establecidos por las entidades estatales, que son necesarios y útiles para comparar las ofertas.

Tales requisitos particularmente técnicos, que no sean condiciones del oferente, sino elementos de la oferta, no pueden ser objeto de subsanación, porque iría en contra de la regla que establece que, con posterioridad al cierre, no se puede modificar o mejorar la oferta.

A título de ejemplo, puede pensarse en que un proponente, al momento del cierre o de presentación de las ofertas, ofrece un producto que puede ser semejante al exigido en los pliegos de condiciones, sobre el cual el comité evaluador detecta que no cumple con la totalidad de especificaciones mínimas exigidas, en tales casos, no se puede permitir al oferente a título de subsanación, cambiar al ofrecimiento hecho, por un producto diferente o de otra marca, o uno de superiores características que si cumpla con lo establecido en los pliegos, así sea mejor o superior al exigido por la entidad, y ello tiene su sustento precisamente en que no es subsanable solo lo que otorgue el puntaje, sino también, aquellos elementos necesarios para la comparación de las ofertas y sin lugar a duda, las especificaciones técnicas son un elemento fundamental para comparar las ofertas.

En tales casos, el comité evaluador podrá pedir al oferente las explicaciones del caso, para que aclare o complemente su oferta solo a partir del ofrecimiento hecho, para determinar si el bien ofrecido cumple con la especificación de la entidad, acreditando por ejemplo la complementación de la especificación ofertada

en fichas técnicas o descripción adicional de los bienes ofertados que acredite o profundice en sus especificaciones con nivel de detalle, pero no podrá permitirle cambiar o sustituir el ofrecimiento hecho, por uno diferente así sea mejor, porque tal hecho rompería el principio de igualdad respecto de las demás ofertas y podría ser una modificación, complementación o mejora de la oferta con posterioridad al cierre. Si ello fuera posible, un oferente podría ofertar cualquier especificación, incluso cualquiera que no cumpla, para luego en la etapa de subsanación, ajustar el requisito a las condiciones de los pliegos.

Caso semejante ocurre con los perfiles del personal requerido para la ejecución del contrato, puede ser una condición mínima habilitante que no otorgue puntaje, pero si en la oferta se acreditan perfiles que no cumplen con la formación académica o de experiencia mínima requerida en los pliegos, mal podría la entidad permitir, el cambio o sustitución de ese personal, porque en tales condiciones el oferente podría sustituir no solo una, sino incluso varias veces el personal propuesto, hasta que si encuentre o logre acreditar un perfil específico que si cumpla con las condiciones y calidades exigidas en los pliegos para lograr habilitación en el proceso de selección; esta hipótesis es muy recurrente en los procesos de selección y varios operadores administrativos han permitido estos cambios, bajo la excusa de que no siempre es un elemento de asignación de puntaje, perdiendo de vista que en todo caso, ese ofrecimiento es uno de los elementos necesarios para comparar la oferta, condición que no es subsanable a partir de la regulación vigente en la Ley 1882 de 2018.

En el caso de personal ofertado, el proponente podrá subsanar las condiciones de los perfiles permitiendo que el oferente aclare su oferta completando los títulos o las certificaciones de experiencia que tenga el perfil ofertado y que no haya sido acreditado con la presentación de la oferta siempre y cuando sea requisito habilitante, pero existiría un alto riesgo de error en la adjudicación permitiendo su

cambio, precisamente porque es uno de los elementos necesarios, para comparar ofertas.

Pese a lo anteriormente señalado, la Agencia Nacional de contratación Pública, ha acudido a un criterio bastante amplio, permitiendo la subsanación de todos los elementos de la oferta, siempre y cuando no sean de aquellos relacionados con la asignación de puntajes, dejando de lado, la condición de la norma, relacionada con los elementos que son necesarios para comparar la oferta. Al respecto, en reiterados conceptos ha manifestado lo siguiente:

“A continuación se unificará el concepto de esta Subdirección en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso [...] Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje, y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso” [...]

“Si las cinco (5) hojas de vida son requisitos habilitantes, es decir, requisitos que no otorgan puntaje dentro del procedimiento de licitación pública o de selección abreviada de menor cuantía, y el proponente no las aporta antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, la entidad estatal debe permitir la subsanación de este defecto, otorgándole al oferente la oportunidad para hacerlo. Ahora bien, de

conformidad con lo establecido en el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, el proponente no podrá, dentro del término de traslado del informe de evaluación, subsanar este requisito, mediante la presentación de hojas de vida que contengan experiencia adquirida con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. Esto quiere decir que, si las hojas de vida, presentadas para subsanar el requisito habilitante, acreditan experiencia alcanzada antes del cierre, por las personas documentadas en dichas hojas de vida, deben admitirse como requisitos subsanados”.

“La respuesta a esta pregunta depende del tipo de documento habilitante no aportado, pues no siempre la falta de presentación de un documento que no otorga puntaje es subsanable. Según se indicó, el párrafo 3º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, agregado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, prohíbe subsanar la garantía de seriedad de la oferta que no fue entregada junto con la propuesta. Por lo tanto, este documento faltante no puede ser aportado por el proponente en el término de traslado del informe de evaluación. En consecuencia, la respuesta a su pregunta puede sintetizarse así: por regla general, si el oferente no presenta con su oferta los requisitos habilitantes, la entidad debe permitir que los subsane, con excepción de la garantía de seriedad de la oferta; pero la entidad estatal verificará, adicionalmente, que la información aportada en la etapa de subsanabilidad no acredite circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso¹²⁰”.

Nótese al respecto que los pronunciamientos de la Agencia Nacional de Contratación, en condiciones literales a la norma vigente, ha indicado que todos los elementos de la oferta que no afecten la asignación de puntaje son subsanables, salvo que se trate de la falta de entrega de seriedad de la oferta o que se acrediten hechos ocurridos con posterioridad al cierre, abriendo de esta manera la posibilidad de complementar la oferta, con elementos que son necesarios para su comparación, tal como el personal ofrecido, cambio de anexos técnicos, cambio de especificaciones que no otorguen puntaje y abriendo de esta

¹²⁰ Agencia Nacional de Contratación Pública. Concepto Concepto CU– 060 de 2020 - CCE-DES-FM-17 del 24 de febrero de 2020

manera la posibilidad de adoptar decisiones discrecionales en la evaluación de las ofertas.

Es importante resaltar que el personal ofrecido no es una condición relacionada con la aptitud o las condiciones del proponente que sin subsanables, sino que es un elemento necesario para comparar las ofertas, pues resulta relevante para la entidad saber si los perfiles requeridos para la ejecución del contrato cumplen con las condiciones requeridas, si los perfiles están a disposición del contrato y tal subsanación o su eventual reemplazo, rompería el principio de igualdad con los demás oferentes, pues quien omitió el requisito podría utilizar tiempo adicional para conseguirlo o para acreditar condiciones que no estaban disponibles al momento de presentar las ofertas.

Tales ejemplos son diferentes de las condiciones del proponente que, si son subsanables, tales como las condiciones jurídicas como la falta de la cedula de ciudadanía, la falta de entrega del Registro Único de Proponentes RUP, la falta de entrega de un certificado de existencia y representación legal, la ausencia de los antecedentes disciplinarios o fiscales, la ausencia de planillas de pago de seguridad social, la falta de entrega de la tarjeta profesional del revisor fiscal o sus soportes, la falta de acreditación documental de la experiencia del proponente, adquirida con anterioridad al momento de la presentación de las ofertas entre otros, pues tales supuestos son condiciones adquiridas por el proponente, siempre y cuando las ostente antes de la presentación de la oferta, pues existe prohibición legal de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre. Téngase en cuenta que tales requisitos prueban condiciones adquiridas por el proponente y no son elementos necesarios para comparar los ofrecimientos hechos.

Ahora bien, recordando que la subsanación es un derecho del proponente, si el comité evaluador no requiere la subsanación o producto de las observaciones se evidencia que el comité evaluador debía requerir a algún proponente una

subsanción dentro del término anteriormente indicado, está en el deber legal de requerir las explicaciones y subsanaciones garantizando el término legal al proponente respectivo, pero únicamente en relación con el requisito omitido.

La Selección Abreviada de Menor Cuantía, se erige como una forma simplificada de la licitación para la adquisición de bienes y servicios, en consideración a la cuantía del proceso de selección y en consideración al presupuesto anual de la Entidad¹²¹ y que resulta también aplicable en proceso de contratación definidos en la misma Ley entre los que se encuentra, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud, la enajenación de bienes del Estado, los Productos de origen o destinación agropecuarios, algunos actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta,

“los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, la contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional y resulta también aplicable la selección abreviada de menor cuantía, cuando se ha declarado desierta la licitación¹²²”.

“En la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable, al igual que en la Licitación Pública en la asignación de puntajes teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo beneficio, en las condiciones establecidas en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007¹²³”.

¹²¹ Ley 1150, 2007. Op. cit. art. 2 literal B, determina la menor cuantía en consideración de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

“Los mecanismos para los factores de selección pueden tener en los pliegos de condiciones las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta, las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio, las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras y el valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas¹²⁴”.

Es importante tener en cuenta que estos elementos no necesariamente se reflejan en la asignación de puntajes y, por ende, pueden ser elementos necesarios para la comparación de las ofertas.

En este contexto general, la selección abreviada de menor cuantía, aplican analógicamente las mismas reglas de subsanación de la licitación pública, pues su estructura esta soportada en puntajes y elementos de ponderación que no son subsanables, pero también aplica, la regla desarrollada en la licitación pública, en la que existen elementos mínimos técnicos necesarios para la comparación de las ofertas, en materia de cumplimiento de especificaciones mínimas. Básicamente la selección abreviada de menor cuantía tiene las mismas reglas de selección objetiva de la licitación pública, pero con términos más reducidos y sin las audiencias de aclaración de pliegos y de adjudicación.

¹²⁴ Ibid.

De otra parte, de acuerdo con la Ley 1150 de 2007, art. 2, núm. 3, modificado por el Decreto Ley 019 de 2012, art. 219 el concurso de méritos corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación.

El concurso de méritos es la modalidad de selección prevista para la suscripción de los contratos principalmente de consultoría e interventoría previstos a título enunciativo la Ley 80 de 1993, art. 32, núm. 2 entre los que se encuentran:

“los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión; también se encuentran dentro de esta categoría de contratos, los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos y diseños arquitectónicos¹²⁵”.

En el concurso de méritos, los pliegos de condiciones deben indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: (a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo; y (b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo. De esta manera, resulta claro que, en ninguna circunstancia, en el procedimiento precontractual del concurso de méritos, no resulta procedente la calificación y asignación de puntajes fundamentados en la propuesta económica del proponente, pues por la naturaleza del contrato, se pretende dar total preponderancia a la experiencia del proponente y a las calidades del personal propuesto, que en teoría garantizan las mejores condiciones técnicas para la ejecución del contrato.

De acuerdo con la modificación realizada mediante el artículo 2 del Decreto 399 del 13 de abril de 2021, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

¹²⁵ Ley 80, 1993. Op. cit.

“1) La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y b) la formación académica del equipo de trabajo; 2) La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje; 3) Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje¹²⁶”.

Según lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, art. 5, núm. 4:

“en los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores¹²⁷”.

Sobre el particular, es clara la existencia de factores de calificación y por ende, se precisa la existencia de asignación de puntajes en la modalidad de selección de concurso de méritos, aspecto que resulta relevante en el ámbito de la subsanación de la oferta, en especial porque ante la ausencia de evaluación económica, el criterio de condiciones habilitantes y ponderables, serán eminentemente técnicos, soportados en la experiencia del proponente, del equipo de trabajo ante el alto componente intelectual, característico de esta modalidad de selección.

¹²⁶ Decreto 399 de 2021 “Por el cual se modifican los artículos 2.2.1.1.2.1.1., 2.2.1.2.1.3.2. Y 2.2.1.2.3.1.14., Y se adicionan unos párrafos transitorios a los artículos 2.2.1.1.1.5.2., 2.2.1.1.1.5.6. Y 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082, 2015. Op. cit.

¹²⁷ Ley 1150, 2007. Op. cit. Art. 5, num.4.

El concurso de méritos es una de las modalidades de selección que más contratiempos genera a la entidades estatales en materia de subsanación de la oferta, particularmente porque por su alto contenido de ponderación técnico implica la ponderación no solo de la experiencia del proponente, sino del equipo de trabajo propuesto, por ello, una recomendación de gran importancia, es que en la estructuración de los pliegos de condiciones se lleve a los proponentes a diferenciar muy claramente las condiciones o requisitos habilitantes de aquellos que son ponderables, porque cuando se permite que la condición habilitante sea utilizada también para la asignación de puntajes, en caso de subsanaciones, se inducirá a los proponentes a perder el puntaje.

Uno de los casos más recurrentes en materia de subsanación en los concursos de méritos es definir si es posible o no sustituir los integrantes del equipo mínimo de trabajo, cuando los perfiles se tienen previstos como condición habilitante. Gran parte de los operadores administrativos, a partir de la norma vigente ha estimado que en la medida que no es elemento ponderable, es posible que el proponente sustituya en el término de traslado del informe de evaluación a los profesionales propuestos por otros diferentes que si cumplan con los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones, bajo la premisa que es habilitante, otro sector estima que el equipo de trabajo es inmodificable con posterioridad al cierre porque es un elemento necesario e indispensable para la comparación de los ofrecimientos y permitir su cambio implica una modificación o eventual mejora de la oferta con posterioridad al cierre que tiene prohibición legal.

Caso diferente, es que el personal propuesto no allegue la totalidad de requisitos exigidos en el pliego, como por ejemplo que no allegue el título profesional o la tarjeta profesional o que la experiencia este incompleta, en tales eventualidades es posible subsanar la oferta, solicitando al proponente la entrega de los documentos adicionales, pero del mismo profesional propuesto, siempre y cuando

no acredite circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso de selección.

Al igual que en las modalidades de selección precedentes, se reitera la necesidad de que la oferta desde el cierre identifique las condiciones técnicas y de experiencia requeridas por la entidad, será objeto de aclaración o complementación de información presentada con la oferta, es decir es posible probar el hecho con posterioridad al cierre pero solo sobre los elementos acreditados desde el inicio con la presentación de la oferta y será posible acreditar elementos, documentos, fichas, experiencia y especificaciones detalladas pero solo sobre lo inicialmente ofertado para aclarar la oferta, pero en nuestra opinión, no es posible sustituir por ejemplo, los perfiles del personal ofrecido por uno diferente con posterioridad al cierre, precisamente porque ese es uno de los elementos necesarios para comparar ofertas así no asigne puntaje.

De conformidad con la normatividad vigente, la oportunidad procesal para subsanar las ofertas en los concursos de méritos, es hasta el último día del traslado del informe de evaluación, recordando adicionalmente que de acuerdo con el Decreto 399 de 2021, se eliminó la audiencia de verificación del orden de elegibilidad de las ofertas, razón por la cual, actualmente, el concurso de méritos no se adjudica en audiencia pública.

CAPÍTULO II

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA Y EN LA MÍNIMA CUANTÍA

2.1. LA SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA

Es de resaltar en este punto, que si bien la modalidad de selección abreviada por menor cuantía se encuentra claramente soportado en la asignación de puntajes, por la conjugación de elementos técnicos y económicos, no es así con la modalidad de selección abreviada por subasta inversa, que según lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, art. 5, núm. 3:

[...] “Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido¹²⁸”.

Se precisa sobre tal norma, que no indica nada sobre la asignación de puntaje al menor precio, sino que el único factor de evaluación será el menor valor ofrecido.

Es un elemento diferente que los operadores administrativos de facto e inducidos a partir de conceptos enunciados por la Agencia Nacional de Contratación Pública, asuman que el único factor de evaluación, es decir el menor valor, se traduzca en un puntaje del 100% al menor valor ofrecido en la oferta económica, hecho que no lo indica la norma y como consecuencia de ello, se ha dado a señalar, que en la subasta todos demás elementos de la oferta son habilitantes y como consecuencia

¹²⁸ Ley 1150, 2007. Op. cit. Art. 5 numeral 3

de ello, serían subsanables. La selección abreviada por subasta inversa se encuentra destinada a:

“La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos¹²⁹”.

El proceso se caracteriza porque en la evaluación de propuestas, la Entidad solamente hace verificación de los requisitos habilitantes y el único factor de selección será el menor valor ofertado de acuerdo con el procedimiento que regula la materia, a través de una puja de ofertas entre los proponentes interesados. La subasta termina cuando los oferentes no hagan lances adicionales durante un período para la presentación de Lances. “La Entidad Estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el lance más bajo. En el acto de adjudicación, la Entidad Estatal indicará el nombre de los oferentes y el precio del último Lance presentado por cada uno de ellos¹³⁰”.

Como ya se indicó, en la selección abreviada por subasta inversa, la Ley no definió la existencia de asignación de puntajes y, por ende, existe una alta tendencia a creer, que la ausencia de ponderación o puntaje implica que todos los requisitos y documentos de la oferta son subsanables.

Bajo esta hipótesis, en una selección abreviada por subasta inversa, una oferta puede ser presentada ante cualquier entidad estatal, acreditando solamente la carta de presentación de la oferta acompañada de la garantía de seriedad de la

¹²⁹ Ley 1150, 2007. Op. cit. Art. 2, Núm. 2, lit. A. señala adicionalmente la norma que [...] “Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos”

¹³⁰ ROSERO MELO, Bertha Cecilia. Op. cit. pág. 118. “Modalidad de Contratación por Licitación Pública. Tabla 4.1 Aspectos relevantes en la Subasta inversa presencial y electrónica”. pág. 134 y 142 a 150.

oferta, pues todos los demás requisitos, incluyendo los relacionados con especificaciones técnicas o personal, tendrán que ser requeridos por la entidad y subsanados por el proponente en la etapa de traslado del informe de evaluación hasta antes del inicio del evento de subasta.

Pero en tal hipótesis la entidad estaría dejando de lado y se encuentra en la incapacidad de evaluar todos los demás elementos necesarios para la comparación de ofertas, como por ejemplo, la verificación de las condiciones y especificaciones técnicas de los bienes o servicios a ofertar, la acreditación de personal mínimo requerido para la ejecución del contrato, la imposibilidad de conocer que es lo que se oferta por el proponente, sus alcances, la garantía de los bienes y servicios y en general las condiciones que permiten establecer que oferta el proponente para comparar objetivamente las ofertas. En nuestra opinión, tal eventualidad debe generar el rechazo de la oferta, previo agotamiento del respeto de derecho de defensa y contradicción, ante la falta de elementos necesarios para su comparación.

Ahora bien, en el caso de que la oferta se acredite solamente la carta de presentación de la oferta, la garantía de seriedad de la misma, pero si se acompaña de los elementos mínimos que establece el pliego, sobre las especificaciones de los bienes y servicios requeridos, tales como anexos técnicos, fichas técnicas y/o perfiles ofertados, pero sin los documentos que acrediten las condiciones del proponente, (que son todos subsanables) la visión de la oferta adquiere otras dimensiones, pues en tal caso la entidad si tiene los elementos necesarios para comparar ofertas y deberá solicitar la subsanación de los demás requisitos que acrediten condiciones del proponente.

Es recurrente que en la subasta inversa, los operadores administrativos permitan el cambio de especificaciones técnicas con posterioridad al cierre, bajo el supuesto de que todo es habilitante y ningún elemento otorga puntaje, sin

embargo, a la luz del desarrollo legal expuesto, tal posición es errada, toda vez que permitir el cambio del elemento o especificación ofertado, por uno diferente o de características superiores o de marcas diferentes, rompe el principio de igualdad con los competidores y transgrede la disposición vigente en la Ley 80 de 1993, que impide modificar la oferta con posterioridad al cierre.

Tal como se expuso en caso precedente, el comité evaluador podrá solicitar aclaraciones o explicaciones adicionales sobre el bien o servicio ofertado, para determinar si cumple o no con las condiciones mínimas establecidas por la entidad, pero sería un error admitir el cambio de la especificación, precisamente porque este es uno de los elementos necesarios para valorar objetivamente la comparación de las ofertas¹³¹.

La Agencia Nacional de Contratación Pública, aunque en un primer momento señaló la imposibilidad de subsanar fichas técnicas o anexos técnicos en razón a que es un elemento necesario para comparar ofertas, varió su posición tal como se exhibe a continuación:

“La ficha técnica no se encuentra definida formalmente en la normativa que regula la contratación pública, sino que únicamente el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.2.1, se remite a señalar que para contratar bienes y servicios de características técnicas uniformes, en el pliego de condiciones se deben indicar las condiciones que deben estar incluidas en la *ficha técnica* para los procesos de selección abreviada para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes, las cuales son: i) la clasificación del bien o servicio de acuerdo con el

¹³¹ SOLÍS ENRÍQUEZ, Francisco Javier. Op. cit. “El concepto de selección objetiva se ha establecido en torno al deber de escogencia de la propuesta más favorable a los intereses de la entidad. Para determinar la favorabilidad de las propuestas es necesario comprender que la evaluación de las propuestas debe llevarse a cabo, de un lado, con la verificación de las condiciones habilitantes y, de otro, mediante la comparación de las propuestas”.

Clasificador de Bienes y Servicios; ii) la identificación adicional requerida; iii) la unidad de medida; iv) la calidad mínima, y v) los patrones de desempeño mínimos¹³² [...]

En este sentido, se entiende que ajustarse a la ficha técnica es un requisito habilitante de los procesos de selección abreviada para contratar bienes de características técnicas uniforme, pero que no es obligatorio para los demás procesos de contratación.

En este orden de ideas, la ficha técnica y/o anexo técnico es el documento que contiene las especificaciones técnicas que debe cumplir el bien o servicio a contratar, o aquel documento que indica las especificaciones técnicas respecto del bien o servicio ofertado por el proponente. En otras palabras, en lo relativo al proponente, el documento que anexa como *ficha técnica y/o anexo técnico* está estrechamente vinculado con el bien o servicio ofertado, toda vez que es la descripción más minuciosa y detallada de las características, componentes y funcionamiento de los bienes y servicios con los que se busca satisfacer la necesidad de la entidad.

Respecto a la subsanabilidad de la ficha técnica, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en diferentes conceptos, consideraba que en los procesos de selección donde el criterio para comparar las oferta es el precio, la ficha técnica no era subsanable, porque esta, al contener las características específicas que deben cumplir los bienes y servicios señalados por la entidad en los pliegos de condiciones, y por estar estrictamente en relación con la oferta del proponente, constituye un requisito esencial para comparar las propuestas.

¹³² COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Radicado: 220191300008484 (14 de noviembre de 2019). Agencia Nacional de Contratación Pública.

Sin embargo, esta posición cambió con el concepto identificado con el radicado No. 4201912000004846 de 2019, señalando que la exigencia de la ficha técnica en los procesos de selección abreviada con subasta inversa, no hace parte de los factores susceptibles de evaluación a través de la asignación de puntaje, pues el único criterio para la comparación de las propuestas es el precio, y por lo tanto la ficha técnica es subsanable, bien sea por la no presentación, o por errores y defectos presentados en esta”.

Resulta ambiguo el cambio de posición de la Agencia Nacional de Contratación, bajo la influencia de los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, en especial cuando permite subsanar incluso su falta de presentación, porque sin ficha o anexo técnicos, ¿cómo es posible comparara ofertas? y con su presentación en el periodo de subsanación ¿acaso no está complementando la oferta hecha que tiene prohibición legal? En nuestra opinión la ficha técnica no es un elemento que acredite las condiciones del proponente, que como ya se ha indicado son elementos subsanables, en su contraposición, la ficha técnica es uno de los elementos necesarios para comparar oferta, para que la entidad estatal conozca las especificaciones, marcas, composición y demás detalles técnicos inherentes a la oferta y a los ofrecimientos del proceso de selección, como consecuencia de ello, es elemento necesario para la comparación de las ofertas y por ende, puede ser objeto de aclaración, pero no de sustitución.

Ahora bien, precisando que la estructuración de la oferta es una carga propia del proponente, el comité evaluador podrá solicitar aclaraciones o explicaciones sobre el contenido acreditado en la oferta, ello quiere decir que, si por alguna razón en la oferta se acreditan por error dos especificaciones diferentes en la cual solo uno cumple con el requerimiento definido en los pliegos de condiciones y el comité evaluador tiene dudas sobre lo que realmente se oferta, el proponente si tiene la posibilidad de aclarar su oferta para definir a la entidad cuál es su ofrecimiento e incluso subsanar el contenido del bien o servicio que desea aplicar al proceso de

selección, pero tal aclaración debe ser explícita en el traslado del informe de evaluación, pues en todo caso, solo puede subsanarse, lo que existe en la oferta inicial del proponente. Al respecto la misma Agencia Nacional de contratación ha expresado lo siguiente:

[...] “por consiguiente, siempre que la ficha técnica no sea un requisito puntuable o que cambie uno de ellos que pueda mejorar la oferta, deberá subsanarse. En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta los supuestos en que la ficha técnica puede afectar un requisito puntuable como lo puede ser el precio, en relación al precio se puede ejemplificar lo siguiente: i) si en un proceso de contratación se pide por ejemplo, adquirir mesas blancas con características técnicas específicas y el proponente ofrece sillas anexando la ficha técnica de estas, al permitirse presentar o corregir la oferta de mesas, se estaría haciendo una mejora de la oferta, en la medida en que se está haciendo una nueva oferta que evidencia el precio de las mesas que no se encontraban en la oferta inicial, y por lo tanto la presentación de la ficha técnica de las mesas afecta el requisito puntuable, razón por la que la ficha técnica no podrá subsanarse; ii) teniendo en cuenta el ejemplo anterior, si el proponente ofrece mesas negras anexando la ficha técnica de éstas, es posible que se subsane la ficha técnica para las mesas blancas siempre que mantengan el mismo valor de la oferta de las mesas negras; y iii) si el oferente ofrece mesas, sin anexar la ficha técnica que permita observar si estas cumplen con las características técnicas exigidas por la entidad, el proponente podrá subsanar la ficha técnica, siempre que no afecte el precio de la oferta inicial¹³³”.

Es contradictorio que de una parte la Agencia Nacional de Contratación señale de una parte que en la subasta inversa todo sea subsanable, salvo en lo relacionado con la falta de entrega de seriedad de la oferta o que se acrediten hechos ocurridos con posterioridad al cierre, y que de otra parte ejemplifique este hecho guardando un nexo de conexidad con la oferta económica que si la considera puntuable, y ello es así porque las Entidades Estatales solo pueden abrir y

¹³³ Ibid.

verificar el contenido de las ofertas económicas, minutos antes del inicio de la subasta, de manera que en la evaluación preliminar, que solo verifica las condiciones habilitantes, no es posible conocer el contenido de los valores ofrecidos, para determinar si el proponente ofreció sillas o mesas.

Pero el ejemplo resulta a todas luces válido, porque de una parte prueba que la ficha o anexo técnico si constituye y es un elemento necesario para comparación de las ofertas, porque si hay ausencia de la misma el comité evaluador no sabrá que se está ofertando y, de otra parte, si la oferta tiene elementos diferentes a los requeridos por la Entidad, estamos ante una oferta que no cumple con las condiciones requeridas por la entidad estatal.

Siguiendo con el ejemplo propuesto, es necesario que en la oferta exista expresamente la especificación requerida por la entidad y el proponente podrá aclarar su oferta, complementando la información que lleve a punto de certeza al comité evaluador, cuando por algún error de transcripción o de entrega de especificaciones técnicas exista duda, pero no es procedente permitir el cambio o sustitución de especificaciones cambiando sillas por mesas, porque de una parte rompe principio de igualdad con las demás ofertas y de otra parte, se permitiría la mejora de la oferta con posterioridad a la fecha de presentación de las ofertas, hecho que como ya se expuso, aun ahora tiene prohibición legal.

Es importante señalar que la oportunidad para subsanar requisitos y documentos en la selección abreviada de menor cuantía es hasta el último día de traslado del informe de evaluación que para este caso es de tres (3) días, mientras que, para la selección abreviada por subasta inversa, la Ley 1882 de 2018 estableció que los requisitos pueden ser subsanados hasta antes del inicio de la subasta.

2.2. LA CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA

La modalidad de selección de mínima cuantía es un proceso de selección público para la adquisición de bienes y servicios, cuando con independencia del objeto a contratar el presupuesto oficial estimado de la contratación no supere el 10% de la menor cuantía de la Entidad estatal, en función de su presupuesto anual. El procedimiento del proceso de selección se encuentra determinado en la Ley 2069 de 2020 y reglamentado en el Decreto 2068 de 2021. Es necesario precisar que, pese a que esta modalidad de selección fue creada en el artículo 2 numeral 5 de la Ley 1150 de 2007, solo con la expedición de la Ley 1474 de 2011, fue posible utilizar esta modalidad de selección.

Con la expedición de la llamada Ley de Emprendimiento, Ley 2069 de 2020, con la que se busca facilitar el acceso de las MiPymes a los procesos de contratación de mínima cuantía, entre otros, modificó la Ley 1474 de 2011 en relación con el procedimiento de la mínima cuantía de la siguiente manera:

“Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas: a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas; b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil; c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas; d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal”

Ante tal modificación se hizo necesario volver a reglamentar esta modalidad de selección y modificar los artículos 2.2.1.2.1.5.1 al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082

de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, a través del Decreto 1860 de 2021 *"Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones"*. En materia de subsanabilidad en el proceso de selección de mínima cuantía, el Decreto reglamentario estableció lo siguiente:

“5) La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente. Lo anterior sin perjuicio de la oportunidad que deberán otorgar las Entidades Estatales para subsanar las ofertas, en los términos del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación¹³⁴”.

El único criterio que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para aceptar la oferta es el menor valor ofertado, siempre que cumpla con las condiciones habilitantes establecidas en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía.

Al igual que la subasta inversa, los operadores administrativos de facto e inducidos a partir de conceptos enunciados por la Agencia Nacional de Contratación Pública, asumen que el único factor de evaluación, es decir el menor precio, se traduce en un puntaje del 100% al menor valor de la oferta económica, hecho que no lo indica la norma y como consecuencia de ello, se ha interpretado,

¹³⁴ ROSERO MELO, Bertha Cecilia. Op. cit. pág. 221. Tabla 7.2 Modalidad de Selección de Mínima Cuantía.

que en la mínima cuantía todos los elementos de la oferta son habilitantes y como consecuencia de ello, serían subsanables.

[...] “presentadas las propuestas, la entidad estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la del menor precio cumpla con los requisitos de participación. Si no los satisface, debe revisar la oferta económica inmediatamente inferior y así sucesivamente. Esto significa que en la mínima cuantía el precio es el único factor de calificación o asignación de puntaje; vi) el informe de evaluación se debe publicar por un (1) día hábil; vii) el contrato se perfecciona con la comunicación de aceptación de la oferta que envía la entidad estatal al proponente que presentó la oferta económica de menor precio, no requiriéndose, entonces, de la suscripción de una minuta. En la comunicación de aceptación de la oferta la entidad estatal le debe informar al proponente ganador quién será el supervisor del contrato; viii) de existir empate, debe preferirse la oferta que se presentó primero en el tiempo¹³⁵”.

Nótese al respecto, que lo que señala la norma es que [...] “La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación” pero no señala que la oferta de menor valor tendrá el máximo puntaje, como si lo infiere o señala la Agencia de Contratación, es más, a partir de las definiciones contenidas en la Ley 1150 de 2007, art. 5 en relación con el principio de selección objetiva, las únicas modalidades que son objeto de ponderación, es decir de asignación de puntaje, son la Licitación Pública, la Selección Abreviada de Menor Cuantía y el Concurso de Méritos.

En esta modalidad de selección, no aplica la etapa de proyecto de pliego de condiciones y se diferencia de las otras modalidades de selección en que no existe un pliego de condiciones sino un documento equivalente que se denomina Invitación Pública; los términos del trámite precontractual son bastante cortos y no existe la suscripción de un contrato en estricto sentido, sino que la oferta y su aceptación constituyen el contrato.

¹³⁵ Radicado 2202013000001552, 2020. Op. cit.

TÍTULO III

HACIA LA CONSOLIDACION DE UNA PROPUESTA QUE PERMITA LA ARMONIZACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DE SUBASTA INVERSA Y MINIMA CUANTÍA

Como puede observarse, la diferenciación en las modalidades de selección resulta ser un elemento fundamental en el régimen de subsanabilidad de las ofertas, toda vez, que a pese a ser procedimientos reglados, tal como se puede evidenciar, en las regulaciones particulares, la oferta presentada por cualquier interesado, puede marcar un hito de responsabilidad en la adjudicación, y para ello es necesario verificar el contenido y alcance de los que es una oferta en el curso de un proceso público de selección de contratación estatal, toda vez que una oferta viciada, acarrea como consecuencia la invalidez o ineficacia de la misma:

“En tratándose de la oferta, como la declaración recepticia de voluntad que formula el interesado a la Administración y que se somete a la condición de que una vez aceptada se perfeccionará el futuro contrato, fuerza decir que, al igual que sucede con cualquier declaración de voluntad, se debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos. En consecuencia, cuando una oferta adolece de algún requisito de existencia y/o validez sobrepasa el límite de la subsanabilidad para entrar en el terreno de la ineficacia de la misma¹³⁶”.

Es posible y de hecho muy común que, en la presentación de ofertas en contratación estatal, los interesados presenten soportes o documentos que no den cuenta satisfactoria y suficiente de todos los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones, o que contengan información insuficiente o incluso que no se alleguen, documentos requeridos en la Entidad y es a partir de tales defectos de la propuesta que es posible entrar a revisar jurídicamente la subsanación de las

¹³⁶ TORRES BENJUMEA, Ricardo Alejandro. Op. cit.

ofertas y su aplicación práctica en las diferentes modalidades de selección de contratación estatal, en particular, en las modalidades de selección de subasta inversa y de mínima cuantía.

CAPÍTULO I

LA ADECUADA ARMONIZACIÓN EN LA MODALIDAD DE SELECCIÓN DE SUBASTA INVERSA Y MÍNIMA CUANTÍA

A la luz de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, las modalidades de selección que son objeto de ponderación o de puntajes, son exclusivamente la Licitación Pública, la Selección Abreviada de Menor Cuantía y el Concurso de méritos, en la Subasta Inversa lo que indica la norma, es que el único factor de evaluación (no de puntaje) será el menor valor ofrecido y en el proceso de selección de Mínima Cuantía, lo que señala el ordenamiento jurídico es que la Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación, se reitera que en estas dos últimas modalidades de selección, la norma no señala ponderación o asignación de puntaje, la jurisprudencia tampoco lo hizo, pero la Agencia Nacional de Contratación, si ha considerado, que en tales modalidades la asignación de puntaje está determinado por el menor valor y que como consecuencia de ello, todo lo demás son requisitos habilitantes y por ende serían subsanables.

“Los requisitos de calificación dependen de la modalidad de selección bajo la cual se adelanta el proceso de contratación respectivo. Así, en la licitación pública y la selección abreviada de menor cuantía corresponden a i) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas o ii) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio, como lo prevé el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por su parte, en la selección abreviada de subasta inversa y la compra derivada de una orden en un Acuerdo Marco de Precios corresponden al precio. Criterio que igualmente aplica para la mínima cuantía. En el concurso de méritos son i) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y ii) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo¹³⁷”

¹³⁷ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto Radicado: 2201913000007484 (7 de octubre de 2019) Agencia Nacional de Contratación Pública.

Ahora bien, tal interpretación, no puede ser vista de manera homogénea, es decir, no puede considerarse que lo único que no es subsanable, sean los elementos relacionados con la asignación de puntaje en la interpretación que viene dando la Agencia Nacional de Contratación, a partir la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual todo lo que no asigne puntaje puede ser objeto de subsanación, salvo que se trate de falta de entrega de la garantía de la seriedad de la oferta o que se acrediten hechos ocurridos con posterioridad al cierre del proceso de selección.

Bajo esta premisa, se deja de lado, el primer aparte del artículo 5 parágrafo primero la Ley 1882 de 2018, que señala que: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Existe al respecto un amplio margen de documentos necesarios para comparar ofertas, esto que son útiles y necesarios para que la entidad pueda establecer con claridad en que consiste el contenido de la oferta para seleccionar la más favorable, en las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones.

La Agencia Nacional de Contratación, a partir de la interpretación jurisprudencial ha confundido lo que son elementos necesarios para comparar ofertas con lo que son los elementos de calificación de las ofertas, que no son lo mismo, los elementos para comparar oferta son todos aquellos que constituyen la misma, es decir, especificaciones técnicas, cantidades, oferta económica, personal propuesto, entre otros, elementos que no siempre, o más bien no necesariamente son objeto de puntuación o ponderación.

Lo que sí es subsanable, son las condiciones del proponente, que son los elementos que permiten acreditar la aptitud del proponente para la ejecución del

contrato, tales como su experiencia, su capacidad financiera, su condición tributaria, documentos tales como cédulas de ciudadanía, antecedentes y en general todos aquellos elementos que miden condiciones del proponente y que no están relacionados con los elementos mismos de la oferta y que de hecho están definidos en la Ley 1150 de 2007, art. 6.

Tal facultad no puede confundirse, con el derecho a que tienen los proponentes de aclarar su oferta, incluso entregando elementos adicionales en el término de traslado del informe de evaluación, pero para aclarar, precisar y si se quiere complementar información y soportes que lleven a niveles de certeza al comité evaluador, pero únicamente sobre los elementos que obran en la propuesta, desde su presentación y que son necesarios para comparar el contenido de la oferta, para seleccionar la más favorable a la Entidad Estatal.

Aquí surge uno de los elementos propositivos de la tesis y es la necesidad de modificar la prohibición de la Ley 80 de 1993, art. 30, núm. 8, que aún se encuentra vigente y que, en la licitación pública, prohíbe a los oferentes, **completar, adicionar** sus ofrecimientos en el término de traslado del informe de evaluación. Es apenas natural que, como consecuencia del régimen de subsanación previsto en la Ley 1882 de 2018, los proponentes puedan completar o adicionar elementos omitidos en su oferta, pero tal previsión debe observarse únicamente sobre los ofrecimientos hechos a partir del cierre, y lo que pueden hacer como consecuencia de esta previsión es complementar los soportes, documentos, información que den cuenta de los requisitos imperfectos y que omitidos o adicionar los soportes de información, pero sobre elementos que ya consten en la oferta.

En caso contrario, es decir, si se permitiera la sustitución total o parcial o quizá la entrega de elementos totalmente omitidos y requeridos en los pliegos de condiciones para comparar la oferta misma, si estaríamos frente a la figura de la

modificación o mejora de la propuesta, elemento que si debe mantener prohibición legal, precisamente porque romper el criterio afecta el principio de igualdad de las demás ofertas y las condiciones de selección objetiva, y recuérdese al respecto que no solo los criterios de asignación de puntaje, son los que permiten comparar las ofertas

Nótese como la Agencia Nacional de Contratación ha confundido los elementos necesarios para comparar ofertas, con los requisitos de calificación o ponderación de la siguiente manera:

“Los requisitos de calificación “corresponden al objeto [del contrato] [...], sus especificaciones técnicas, su precio, etc., [y] constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración”. Por ello, los requisitos de calificación dependen de la modalidad de selección bajo la cual se adelanta el proceso de contratación respectivo. Se debe destacar que la determinación de los factores de calificación lo definen las entidades estatales, quienes deberán fijarlos con base en las condiciones propias del contrato a ejecutar y que, una vez vencido el plazo para presentar ofertas, no son susceptibles de subsanación¹³⁸”.

Si bien por regla general y salvo en lo dispuesto en los pliegos tipo, son las entidades las que definen los elementos de ponderación de sus procesos de selección, es necesario recordar que no siempre y no todos los requisitos necesarios para comparar ofertas se reflejan siempre en los elementos de ponderación, pues existen algunos requisitos mínimos, generalmente previstos en fichas técnicas o anexos técnicos y en perfiles de personal que se verifican como condición habilitante y que representan un mínimo requerido por la entidad estatal.

¹³⁸ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Radicado 220191300009295 (16 de diciembre de 2019). Agencia Nacional de Contratación Pública.

En tales eventualidades, los ofrecimientos que sean diferentes a esos mínimos exigidos, aunque no sean ponderables si representan un elemento esencial para la verificación y comparación de las ofertas, permitir su cambio implica una modificación de la oferta, que, aunque sea previa a su adjudicación implica la posibilidad de condicionar la oferta a nuevos elementos, hecho que, de plano, transgrede la actual regulación en materia de subsanación de ofertas.

La Agencia Nacional de Contratación a intentado superar este problema jurídico en las condiciones expuestas a continuación:

“En el marco de los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y en los concursos de méritos las entidades estatales deberán tener en cuenta lo previsto en los pliegos de condiciones, independientemente de que se trate de defectos de la ficha técnica o por la no presentación de esta: i) si la entidad determinó que la ficha técnica es un requisito puntuable, no podrá ser subsanable y ii) si el pliego no le asigna puntaje a la ficha técnica, la entidad debe permitir que se subsane en la medida en que esta no afecte ni modifique un requisito puntuable que conlleve a mejorar la oferta. Por su parte, en los procesos de selección abreviada con subasta inversa o mínima cuantía, deben solicitarle al oferente que subsane la ficha técnica cuando no fue presentada o cuando tenga defectos, porque si bien contiene los aspectos técnicos mínimos del bien o servicio a contratar, este requisito no es objeto de puntaje, pues el factor determinante para la adjudicación del contrato es el menor valor y no el contenido de la ficha técnica. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la subsanabilidad de la ficha técnica no puede modificar el precio de la oferta, pues en este caso no podrá ser subsanarse¹³⁹”

Pese a tal enunciado, persiste a partir de la norma, la ambigüedad que permite al operador administrativo adoptar decisiones discrecionales para habilitar las ofertas, enmarcados en permitir la habilitación con la sustitución de elementos omitidos o nuevos cuando no otorguen puntaje y pierde de vista al respecto el

¹³⁹ Radicado: 2201913000008484, 2019. Op. cit.

legislador y los conceptos de la Agencia Nacional de Contratación, porque en el ordenamiento jurídico colombiano es posible adjudicar un contrato, así no tenga ningún puntaje en los elementos de ponderación.

En tal evento, es posible que se adjudique un contrato, en el que el oferente haya cambiado sustancialmente o modificado en la oferta los elementos mínimos con posterioridad al cierre, so pretexto de que esos requisitos no otorguen puntaje y en tal evento, los postulados de la selección objetiva pierden su razón de ser y conducen incluso, a abrir puertas a direccionamientos para favorecer proponentes específicos.

Bajo tales parámetros, resulta claro entonces que la legislación vigente en materia de subsanación debe ser vista y armonizada en consideración a cada una de las modalidades de selección de contratación estatal, y no puede ser aplicada de manera plana, diferenciando claramente aquellas modalidades que son objeto de ponderación o puntaje de aquellas que no lo son, pero a partir de la norma, debe tener en cuenta que no son subsanables aquellos elementos que constituyen oferta y que sirven para comparar la en términos de selección objetiva a la luz de los pliegos de condiciones.

Es claro que no se pueden subsanar los elementos ponderables, no se puede subsanar la falta de entrega de seriedad de la oferta y no se pueden subsanar hechos ocurridos con posterioridad al cierre, pero esta no es la única regla aplicable, no se puede perder de vista que tampoco es subsanable, los elementos mínimos requeridos para comparar las ofertas; el proponente podrá complementar la oferta a partir de elementos existentes desde el cierre, pero no podrá sustituir lo ofertado o entregar lo omitido en su propuesta en los elementos que constituyan oferta y tal debería ser el criterio claro para el operador administrativo.

Ahora bien, si lo que se pretende es que en la presentación de ofertas se enfoque en una negociación o ajuste de las propuestas con posterioridad al cierre, si debe existir una modificación sustancial en la norma aplicable de la subsanación, porque en tal evento no estamos ante un ajuste de la oferta, sino ante el escenario de ofrecimientos condicionales o de negociación de la oferta, hecho que, aunque no tiene prohibición legal, deberá estar regulado en los pliegos de condiciones y que eventualmente puede tener implicaciones sobre la aplicación del debido proceso administrativo¹⁴⁰.

¹⁴⁰ CHAVES VILLADA, Jaime Eduardo, 2015. Op. cit. "En nuestro Estado de Derecho, el derecho al debido proceso involucra el agotamiento de una actuación administrativa previa a la expedición de un acto jurídico. Este acto jurídico —como ha quedado expuesto— puede ser un acto administrativo o un contrato. Específicamente, en los contratos estatales, se identifica la presencia de unos intereses muy importantes para cada una de las partes, razón por la cual el Estado —para satisfacer sus necesidades— busca la cooperación de los particulares que, a su turno, buscan satisfacer sus necesidades propias".

CAPÍTULO II

IMPACTO DE LA SUBSANABILIDAD EN LAS CAUSALES DE DESEMPATE DE LAS OFERTAS

Recordemos que la selección objetiva¹⁴¹ es la premisa en nuestros procesos de contratación, el cual debe reflejarse en todas las etapas del proceso, es así como en los pliegos de condiciones debe indicarse de forma clara cuales son los requisitos a cumplir y la forma de evaluación, incluso en los casos en que se encuentren con igual puntuación dos o más ofertas al finalizar la evaluación, momento en el cual la aplicación de los criterios de desempate tienen que hacerse de acuerdo a la normatividad vigente para ello, pues no pueden surgir de postulados subjetivos, idea que es igualmente compartida por la jurisprudencia constitucional¹⁴².

Con la expedición de la Ley 2069 de 2020, nueva Ley de Emprendimiento, se derogaron las demás normas por ser contrarias, es decir el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, y se modificaron los criterios de desempate, los cuales entraron a regir a partir del 31 de diciembre de esa anualidad, y que fueron parcialmente modificadas mediante Decreto 1860 de 2021.

De los criterios de desempate que venían del Decreto 1082 de 2015, se mantuvieron:

“ha de preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros; preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura,

¹⁴¹ Ley 1150, 2007. Op. cit. art. 5

¹⁴² CONSEJO DE ESTADO. Expediente: 31918 (29 de octubre de 2015) [C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo]

el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta y utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación, las demás son novedosas y acordes con los últimos preceptos de inclusión laboral a las poblaciones vulnerables”.

Dado que los factores de desempate son condiciones propiamente dichas del proponente como ser madre cabeza de familia, víctima del conflicto armado interno, reincorporado, entre otros y no son parámetros establecidos por la entidad contratante como requisitos de la oferta, estos no pueden ser objeto de subsanación, pues con ello se rompería el principio de igualdad sobre los demás oferentes, que es de observancia obligatoria en cualquier proceso de contratación en nuestro país.

1.6. Principio de igualdad. “El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones”.

Entonces para dar cumplimiento al principio de igualdad de los oferentes dentro de todo proceso contractual, es razonable que los criterios de desempate no sean objeto de subsanación y que estos sean características

propias de cada proponente ordenadas por la ley en forma ordenada y descendente, hasta encontrar uno criterio que genere el desempate.

Los criterios de desempate tienen una función muy importante dentro del proceso de contratación, pues permite culminarlo de manera satisfactoria, definiendo a quien se le adjudicará, para iniciar el proceso de ejecución de contrato.

Es importante concluir que los factores de desempate que tienen definición legal, no pueden ser objeto de subsanación, ni en el término de traslado ni al momento de dirimir el desempate, precisamente porque la acreditación del criterio marca la diferencia en relación con el proponente que resultaría ser adjudicatario en el proceso de selección, incluso en las modalidades de selección de Subasta Inversa y de mínima cuantía.

CONCLUSIONES

Sin perjuicio de los aportes conceptuales que puede traer el presente trabajo académico, ha sido principalmente la jurisprudencia, de la sección tercera del Consejo de Estado, la que ha tocado el tema de la subsanación de ofertas de un ámbito más profundo y en consideración a cada caso sometido jurisdiccionalmente a su resolución, pese a lo cual se destaca que tales pronunciamientos son los cobijados principalmente por las regulaciones contenidas en la Ley 1150 de 2007 y particularmente en la modalidad de selección de Licitación Pública, sentencias que no tienen en cuenta la reforma introducida con la Ley 1882 de 2018, ni mucho menos casos particulares en materia de selección abreviada por Subasta Inversa ni en la modalidad de selección de mínima cuantía, en este último caso por falta de competencia en consideración a la cuantía.

A partir del desarrollo del trabajo académico resulta claro que las interpretaciones jurisprudenciales relacionadas con la materia, permite develar que tanto la regulación vigente, como el criterio auxiliar de interpretación, resulta insuficiente con la expedición de la Ley 1882 de 2018, toda vez que no todas las modalidades de selección son objeto de puntaje, y tal condición ha dado lugar a interpretaciones erróneas en modalidades de selección como la selección abreviada por subasta inversa, y la modalidad de selección de mínima cuantía.

El problema de investigación se formuló de la siguiente manera: ¿Cómo se debe armonizar la regulación legal frente al desarrollo jurisprudencial de la subsanación de ofertas en las modalidades de selección de subasta inversa y de mínima cuantía?

Pues bien los pronunciamientos de la Agencia Nacional de Contratación, irradiados por la ambigua contradicción de la jurisprudencia del Consejo de Estado en condiciones literales a la norma vigente, ha indicado que todos los elementos

de la oferta que no afecten la asignación de puntaje son subsanables, salvo que se trate de la falta de entrega de seriedad de la oferta o que se acrediten hechos ocurridos con posterioridad al cierre, abriendo de esta manera la posibilidad de complementar la oferta, con elementos que son necesarios para la comparación de la oferta, aun cuando los mismos son necesarios para la comparación de las ofertas, tal como el personal ofrecido, cambio de anexos técnicos, cambio de especificaciones que no otorguen puntaje y abriendo de esta manera la posibilidad de adoptar decisiones discrecionales en la evaluación de las ofertas.

De esta manera, se ha dado espacio a confundir los elementos que acreditan y prueban las condiciones del proponente que siempre serán subsanables, con los elementos que constituyen oferta y que son necesarios para su comparación, que no necesariamente en los pliegos de condiciones son empleados para la asignación de puntaje.

Así mismo, se ha interpretado que en las modalidades de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía se encuentra sustentado en puntajes asignados al menor valor de las ofertas. Allí existe una imprecisión, porque lo que establece la norma es que, en el caso de la selección abreviada por subasta inversa, el *“único factor de evaluación el menor precio ofrecido”* y en el caso de la mínima cuantía indica la norma que *“La Entidad Estatal debe aceptar la oferta de menor precio”*, pero la normatividad nunca indica que tales factores se refieran a que ese criterio corresponde a asignación de puntajes.

Es por esta imprecisa interpretación que se ha considerado que en la selección abreviada por subasta inversa y en la modalidad de selección de mínima cuantía, aunque la normatividad no definió la existencia de asignación de puntajes, concurre una alta tendencia a creer, que la ausencia de ponderación o puntaje implica que todos los requisitos y documentos de la oferta son subsanables.

Sin embargo, se deja de lado, el primer aparte del artículo 5 párrafo primero la Ley 1882 de 2018, que señala que: *“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*. Existe al respecto un amplio margen de documentos necesarios para comparar ofertas, esto que son útiles y necesarios para que la entidad pueda establecer con claridad en que consiste el contenido de la oferta para seleccionar la más favorable, en las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones y de esta manera se ha confundido lo que son elementos necesarios para comparar ofertas con lo que son los elementos de calificación de las ofertas, que no son lo mismo, los elementos para comparar oferta son todos aquellos que constituyen la misma, es decir, especificaciones técnicas, personal, cantidades, oferta económica, personal propuesto, entre otros, elementos que no siempre, o más bien no necesariamente son objeto de puntuación o ponderación.

Aquí surge uno de los elementos propositivos de la tesis y es la necesidad de modificar la prohibición de la Ley 80 de 1993, artículo 30 numeral 8, que aún se encuentra vigente y que, en la licitación pública, prohíbe a los oferentes, **“completar, adicionar”** sus ofrecimientos en el término de traslado del informe de evaluación. Es apenas natural que, como consecuencia del régimen de subsanación previsto en la Ley 1882 de 2018, los proponentes puedan completar o adicionar elementos omitidos en su oferta, pero tal previsión debe observarse únicamente sobre los ofrecimientos hechos a partir del cierre, y lo que pueden hacer como consecuencia de esta previsión es complementar los soportes, documentos, información que den cuenta de los requisitos imperfectos y que omitidos o adicionar los soportes de información, pero sobre elementos que ya consten en la oferta.

Si bien por regla general y salvo en lo dispuesto en los pliegos tipo, son las entidades las que definen los elementos de ponderación de sus procesos de

selección, es necesario recordar que no siempre y no todos los requisitos necesarios para comparar ofertas se reflejan siempre en los elementos de ponderación, pues existen algunos requisitos mínimos, generalmente previstos en fichas técnicas o anexos técnicos y en perfiles de personal que se verifican como condición habilitante y que representan un mínimo requerido por la entidad estatal.

Bajo tales parámetros, resulta claro entonces que la legislación vigente en materia de subsanación debe ser vista y armonizada en consideración a cada una de las modalidades de selección de contratación estatal, y no puede ser aplicada de manera plana, diferenciando claramente aquellas modalidades que son objeto de ponderación o puntaje de aquellas que no lo son, pero a partir de la norma, debe tener en cuenta que no son subsanables aquellos elementos que constituyen oferta y que sirven para comparar la en términos de selección objetiva a la luz de los pliegos de condiciones.

La hipótesis que sustentó el trabajo académico y el problema de investigación se planteó en dos puntos, el primero señaló que el régimen de subsanación de ofertas debe ser interpretado de acuerdo con cada modalidad de selección, en consideración a los factores técnicos y económicos aplicables en cada caso y una segunda posición expuso que el régimen de subsanación de ofertas, debe verse exclusivamente en el marco de la regulación vigente de manera homogénea, pero propendiendo por la prevalencia del principio constitucional de lo sustancial sobre lo formal.

Al respecto, a partir del desarrollo de la investigación, se evidencia que el régimen de subsanabilidad de ofertas aunque no se puede aplicar de manera homogénea en todas las modalidades de selección, no es un problema necesario de la redacción de la norma, sino de la amplia interpretación a que ha dado lugar tanto la falta de homogeneidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado, como las interpretaciones conceptuales de la Agencia Nacional de Contratación, posiciones

que han dado lugar a la adopción de decisiones discrecionales y diferenciales por parte de los operadores administrativos, razón por la cual las hipótesis no resultaban del todo contradictorias y existe validación de las dos premisas, en tanto resultó evidente que el régimen de subsanabilidad no aplica de manera homogénea en la subasta inversa y en la mínima cuantía en comparación a las demás modalidades de selección, pero también el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, sustenta el régimen de subsanación vigente.

Los objetivos planteados han logrado su finalidad; de una parte, el trabajo académico logró analizar el desarrollo normativo y jurisprudencial del régimen de subsanación de las ofertas de las diferentes modalidades de contratación incluso con algunas referencias del derecho comparado en el contenido del título I de la tesis de maestría; así mismo, el título II planteó y desarrolló los principales problemas de la subsanación en las diferentes modalidades de selección, en especial de la Selección Abreviada por Subasta Inversa y el proceso de mínima cuantía.

Finalmente, el título III, a partir del contenido precedente, generó la propuesta que permite la armonización normativa y jurisprudencial en la aplicación de la subsanación de ofertas de la selección abreviada por subasta inversa y el proceso de mínima cuantía, que concluye que no necesariamente se debe modificar el régimen de subsanación vigente, pero que tal aplicación de la norma debe reflejarse y aplicarse en consideración a cada modalidad de selección.

El aporte académico y social de la tesis académica, apunta a dirigir a la Agencia Nacional de Contratación copia de documento definitivo para su análisis académico y legal desde la órbita del operador administrativo, que muchas veces escapa a la realidad ejecutiva, profesional y operativa respecto de sus pronunciamientos, propendiendo por adecuar y precisar en sus pronunciamientos, un ajuste sobre los lineamientos en materia de subsanabilidad en las ofertas en

las modalidades de selección abreviada por subasta inversa y mínima cuantía. Adicionalmente procuraremos la publicación de un extracto de la tesis en revistas académicas especializadas con autorización del claustro académico.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁBALOS, María Gabriela. Contratos administrativos: La licitación y otros procedimientos de selección del contratante Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- ALETHEIA. Cuadernos Críticos del Derecho. [Página Web] Disponible en: <<http://www.liberlex.com>>
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia (7 de julio de 1991).
- BERÇAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires: Ediciones Depalma Palma, 1980.
- BERNARDIS, Luis Marcelo De. La garantía procesal del debido proceso. Lima: Cuzco S.A., 1985.
- CALOGERO, María de las Mercedes. Los Principios de los Procedimientos de Selección del Contratista. En Revista de Derecho Administrativo, (11) 1999
- CAMPOS MONGE, Christian. Contratación administrativa: algunos de sus tópicos conforme a la jurisprudencia constitucional. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Constitucional) Universidad Estatal a Distancia, 2003 [En línea] Disponible en: <<http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/handle/120809/1129/Contratacion%20administrativa.pdf;jsessionid=6170A6F2A9D698EEDD553AAAF3EDB135?sequence=1>>
- CHAVES VILLADA, Jaime Eduardo. La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de subasta inversa. En: Vniversitas. (120) pp. 125-140, 2010. [En línea] Disponible en: <<https://www.redalyc.org/pdf/825/82519016006.pdf>>
- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular externa única de Colombia compra eficiente. 2019. [En línea] Disponible en: <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf>

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto Radicado: 2201913000007484 (7 de octubre de 2019) Agencia Nacional de Contratación Pública.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Radicado 2201913000009295 (16 de diciembre de 2019). Agencia Nacional de Contratación Pública.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Radicado: 2201913000008484 (14 de noviembre de 2019). Agencia Nacional de Contratación Pública.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Constitución Política del Estado de Perú (1 de enero de 1994)

CONSEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación 85001-23-31-000-1997-00403-01(15596). [C.P. (E): Mauricio Fajardo Gómez] (18 de febrero de 2010)

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Expediente 22471 (28 de marzo de 2012) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 18118 (24 de marzo de 2012) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 15324 (29 de agosto de 2007) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez].

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 38924. (14 de febrero de 2012) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expedientes acumulados: 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447 (3 de diciembre de 2007) [C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de (19 de febrero de 1996). Demanda contra el art. 4 del Decreto 287 de 1996.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente 12037 (19 de julio de 2001) [C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez].

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Expediente 13355 (11 de marzo de 2004) [C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez].

CONSEJO DE ESTADO. Expediente: 31918 (29 de octubre de 2015) [C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo]

CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324) (12 de junio de 2014). [C.P. Enrique Gil Botero]

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059) (14 de marzo de 2013) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855) (23 de octubre de 2017). [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso No. 14579 (20 de octubre de 2005) [C.P. German Rodríguez Villamizar]

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso:250002326000200300616 (26 de mayo de 2010) [C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez]

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005) (29 de agosto de 2013). [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854). (29 de agosto de 2007) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 05-001-23-31-000-1995-00613-01(31.211) (3 de junio de 2015) [C.P. Olga Mélida Valle de La Hoz]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 050012331000200202450 01 (42170) (15 de octubre de 2015) [C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 13001233100019990011301 (25804) (26 de febrero de 2014) [C.P. Enrique Gil Botero]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 17001233100019970803401 (20.688) (8 de febrero de 2012) [C.P Ruth Stella Correa Palacio]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2005-01178 (29 de julio de 2015) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 25000 23 31 000 2005 01178 01 (29 de julio de 2015) [C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986) (12 de noviembre de 2014) [C.P. Enrique Gil Botero]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 250002326000-1997-13930-01 (25 de septiembre de 2013) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 25000-23-26-000-2002-01606-01(29855) (12 de noviembre de 2014) [C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 25000-23-36-000-2015-00085-02(57936). (29 de noviembre de 2018) [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 25000-23-36-000-2015-00860-01(57597) (29 de octubre de 2018) [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 25000-23-36-000-2015-02569-01(58894) (14 de febrero de 2019) [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 410012331000199608864 01 (24.845) (26 de marzo de 2014) [C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 68001-23-31-000-2004-00295-01(52733) (10 de noviembre de 2017) [C.P. Marta Nubia Velásquez Rico]

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 85001-23-31-000-1999-00187-01 (12 de mayo de 2011) [C.P. Gladys Agudelo Ordoñez]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-209 (17 de marzo de 2006) [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-887 (22 de octubre de 2002) [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1262 (20 de septiembre de 2000) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449 (9 de julio de 1992) [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-832 (8 de agosto de 2001). [M.P. Rodrigo Escobar Gil]

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 (5 de septiembre de 2001) [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Expediente 17088 (19 de diciembre de 2000)

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Decreto 1082 (26 de mayo de 2015) "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional".

DICCIONARIO JURÍDICO. La subsanación administrativa: ¿Una nueva presentación documental? (5 de marzo de 2013) [En línea] Disponible en: <<https://www.diariojuridico.com/la-subsanacion-administrativa-una-nueva-presentacion-documental/>>

DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO. [Página web] Disponible en: <<https://dpej.rae.es/>>

DROMI, José Roberto. La Licitación Pública. Buenos Aires: Astrea, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, MORESO, Josep; ATIENZA, Joan Manuel. La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos. En: La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008. pp. 117-132.

INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ECUADOR. Resolución INCOP No. RE-2013-0000083. (27 de marzo de 2013) "Expídese la Regulación para la etapa de convalidación de errores"

MORA NARVÁEZ, Sebastián Alejandro. Los errores de forma en las ofertas presentadas en los procesos de contratación pública en el Ecuador y la solicitud de convalidación. Trabajo de grado (Maestría en Derecho Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado) Universidad Andina Simón Bolívar, 2015 [En Línea] Disponible en <<http://docplayer.es/140421958-Universidad-andina-simon-bolivar-sede-ecuador.html>>

PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE ECUADOR. Decreto Ejecutivo 1700. (8 de noviembre de 2016) "Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación de Ecuador".

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Decreto 1023/01 (13 de agosto de 2001) “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”.

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Decreto N° 893/PEN/2012 (7 de junio de 2012) “Régimen de contrataciones de la administración nacional”

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley 30225 (11 de julio de 2014). Ley de contrataciones del estado.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 222 (2 de febrero de 1983) “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Reglamentario 2474 (7 de julio de 2008) “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993”.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Definición de Subsananar. [En línea] Disponible en: <<https://dle.rae.es/subsanar?m=form>>

REPÚBLICA DE COSTA RICA. Constitución Política (7 de noviembre de 1949).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. Derecho Administrativo Especial, Contratación Administrativa. San José: EUNED, 1998

ROSETO MELO, Bertha Cecilia. Contratación Estatal Manual Teórico – Práctico. 4ª ed. Bogotá: Ediciones de la U, 2019.

TORRES BENJUMEA, Ricardo Alejandro. La oferta como negocio jurídico y los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública. Trabajo de grado (magistrado en derecho contractual público y privado) Universidad Santo Tomas, 2017 [En Línea] Disponible en <<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9687/TorresRicardo2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y,%202017>>