

**POSICIONES DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL PERIODO 2008 A 2015, EN
SU FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LAS REGLAS CONTENIDAS EN LAS
LEYES 80 DE 1993 Y 1150 DE 2007 FRENTE A LA SUBSANABILIDAD DE
LAS OFERTAS, EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
ADELANTADOS BAJO LA MODALIDAD DE LICITACIÓN PÚBLICA**



Olga María Revelo Otoya

**Trabajo de Grado para optar el título de Magister en Derecho Administrativo
Director: Doctor Jhon Jairo Muñoz Palacios**

**UNIVERSIDAD DEL CAUCA
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho Administrativo
Popayán
Noviembre de 2017**

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Tabla de Contenido

Resumen.....	5
Introducción.....	7
Capítulo I. La subsanabilidad de las ofertas en la contratación estatal	17
1.1. Conceptualización de la subsanabilidad de las ofertas.....	17
1.2. Fundamentos constitucionales y legales de la subsanabilidad de las ofertas...20	
1.2.1. Reglas de subsanabilidad en vigencia de la Ley 80 de 1993.....	22
1.2.2. Cambios a la regla de subsanabilidad introducidos por la Ley 1150 de 2007....	30
1.3. Aplicabilidad de las reglas de subsanabilidad frente a requisitos y condiciones relativas al proponente.....	43
1.4. La subsanabilidad como un derecho del proponente y como una carga de la administración en garantía del principio de selección objetiva.....	51
Capítulo II. Análisis de la secuencia de los fallos jurisprudenciales referentes a la subsanabilidad de las ofertas en procesos de contratación estatal, adelantados bajo la modalidad de licitación pública.....	56
2.1. Interpretación jurisprudencial al régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas en vigencia de la Ley 1150 de 2007 y Decretos Reglamentarios 066 de 2008, 2474 de 2008 y 734 de 2012.....	63

2.2. Interpretación jurisprudencial al régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas en vigencia de la Ley 1150 de 2007 y de los Decretos Reglamentarios 1510 de 2013 y 1082 de 2015.....	83
2.3. Grafica de la secuencia de los fallos jurisprudenciales referentes a la subsanabilidad de las ofertas en procesos de contratación estatal, adelantados bajo la modalidad de licitación pública.	112
2.4. Graficación de la línea dentro de las etapas del proceso de licitación pública.....	113
2.5. Reglas jurisprudenciales que resultan de la línea, respecto de la subsanabilidad de las propuestas en procesos de contratación pública	114
Conclusiones.....	120
Lista de Referencias	124

Resumen

La contratación pública, es una de las actividades más importantes del sistema jurídico colombiano por cuanto, la mayor parte de la provisión de bienes y servicios y los proyectos de inversión, se realiza con el apoyo e intervención de particulares que son los contratistas colaboradores del Estado en la consecución de los fines esenciales y en la efectiva prestación de los servicios públicos a su cargo, los cuales se escogen bajo procesos y procedimientos reglados por normas como Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios que incluso han sido interpretadas por el Consejo de Estado.

Sin embargo, en el desarrollo de la actividad contractual, al momento de evaluar las ofertas y seleccionar al contratista, se presentan dificultades por la indebida interpretación o errada aplicación de aquellas reglas normativas y de las reglas jurisprudenciales proferidas en relación con la posibilidad de subsanar o no requisitos habilitantes de las ofertas lo que genera una inseguridad jurídica y que conlleva a que la selección del contratista, recaiga en el oferente menos idóneo, o no se escoja debiendo hacerlo, poniendo en riesgo el interés público, la consecución de los fines del estado que se pretenden a través de la herramienta de la contratación pública, vulnerándose principios como el igualdad y de selección objetiva y abriendo la posibilidad a debates jurídicos que muchas veces terminan con condenas patrimoniales adversas para el Estado.

Abstract.

Public procurement is one of the most important activities of the Colombian legal system, since most of the provision of goods and services and investment projects is carried out with the support and intervention of private individuals who are the State's contractors. the achievement of the essential purposes and the effective provision of public services under their charge, which are chosen under processes and procedures regulated by standards such as Law 80 of 1993, Law 1150 of 2007 and its Regulatory Decrees that have even been interpreted by the Council of State.

However, in the development of the contractual activity, at the time of evaluating the offers and selecting the contractor, difficulties arise due to the improper interpretation or erroneous application of those and the jurisprudential rules uttered in relation to the possibility of correcting or not enabling of the offers which generates legal uncertainty, which leads to the selection of the contractor, falls on the less suitable bidder, or is not chosen should do so, putting at risk the public interest, the achievement of the purposes of the state that is They seek through the tool of public procurement, violating principles such as equality and of and objective selection, opening the possibility to legal debates that often end with patrimonial condemnations adverse to the State.

1. Introducción

La adquisición de bienes y servicios que el Estado colombiano realiza, tiene que ver con su funcionamiento y con la inversión pública para dar cumplimiento a los fines estatales, con una incidencia económica y social considerable usando como herramienta la contratación pública y con la colaboración de los particulares, que son los proveedores o contratistas quienes ejecutan a nombre de la administración pública, las actividades tendientes a la consecución de los mencionados fines, a la efectiva prestación de los servicios a su cargo y al cumplimiento de la función social; para lo cual, acude a uno de los instrumentos jurídicos cual es, el contrato estatal^{1,2}.

Por tal razón, es relevante que la selección de un contratista y la adjudicación de un contrato estatal, recaiga en quien cuente con la idoneidad, capacidad jurídica, técnica, financiera suficiente y acreditada para ejecutar un contrato encaminado a la satisfacción de los intereses del Estado que no es otro más que el interés público o general que forma parte de los fines esenciales³, previo el agotamiento de unos

¹ Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO n° 41.094. Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.

² Luis Guillermo Dávila Vinueza. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Pag.33, Legis Editores, (2003).

³ Pedro Antonio Lamprea Rodríguez. *Anulación de los actos de la administración pública*. Pags. 4-6- Ediciones Doctrina y Ley. (1996). “La noción de interés público no puede ser el resultado de una apreciación subjetiva que pueda dar lugar a consideraciones caprichosas, acomodadas a las particulares intenciones del administrador: es, por el contrario, rechazar la arbitrariedad de los agentes que representan al Estado.”

procesos y procedimientos preestablecidos en las normas que regulan la contratación pública⁴ y sus Decreto Reglamentarios⁵.

Significa lo anotado que, la formación, adjudicación, celebración y ejecución de los contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes que interviene en la gestión de contratación pública a través de los procesos de selección bajo las distintas modalidades de selección del contratista⁶, entre las que se encuentra la de la licitación pública⁷, están en la obligación de cumplir con el procedimiento y sus etapas fijadas por el ordenamiento jurídico, bajo la estricta observancia y garantía de los participantes en los citados procesos, de principios de la función administrativa⁸ y de la contratación pública⁹.

Lo acabado de citar, no es más que seleccionar la oferta más favorable, más conveniente para los intereses generales y que está ligado precisamente con el principio que se constituye en un deber: el de selección objetiva¹⁰, que se obtiene con la confrontación de las ofertas presentadas dentro del proceso de selección, mediante la utilización de los factores de selección previstos en los pliegos¹¹, de tal manera que se efectúe la adjudicación del contrato, de forma equitativa, para el cumplimiento de los

⁴ Ibid. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. DO n° 46.691.

⁵ Decreto 1082 de 2015. Departamento Nacional de Planeación. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015.

⁶ Juan Ángel Palacio Hincapié. *La Contratación de la Entidades Estatales*. Pág. 195. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. (2014).

⁷ Ibid. Op. Cit., Pág. 196.

⁸ Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 209. Julio 7 de 1991 (Colombia). La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁹ Ley 80 de 1993, Ob.Cit Art. 23°.

¹⁰ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit. Art. 5°.

¹¹ Juan Ángel Palacio Hincapié. Op. Cit, Pag. 204.

finés del Estado, previo el cumplimiento de las reglas jurídicás establecidas por el legislador, más los factores y criterios mínimos o esenciales de selección que haya fijado la administración en los pliegos de condiciones, para la adjudicación ¹².

No obstante lo anterior, hoy en día el principio de selección objetiva¹³, que impone el deber de las entidades públicas de efectuar la escogencia al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, para la satisfacción de las necesidades propuestas con base en las reglas previstas en la ley, que al parecer son claras, en muchos de los casos no se cumplen puesto que, en aplicación de este supuesto normativo, las entidades estatales, omiten observar los criterios de selección y evaluación consagrados en las normas contractuales¹⁴ o las interpretan de manera diferente y discrecional.

Tal actuar, conlleva a que el proceso de selección se declare bien, desierto o que la adjudicación del contrato recaiga en quien no correspondía, privándose injustamente de ser adjudicatario y de ejecutar el contrato, al oferente diligente que hizo todo el esfuerzo porque su propuesta se ajustara a todos los requisitos establecidos en la ley y en el pliego de condiciones, teniendo que acudir ante las instancias judiciales para que les sean reparados los daños ocasionados con la actuación y decisión desacertada de la administración, considerando se le dio un trato desigual por lo tanto, vulnerando principios como el de transparencia¹⁵ que desarrolla el principio de igualdad y selección objetiva al rechazarse su propuesta por deficiencias formales que eran perfectamente subsanables.

¹² Edgar González López. *El Pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Pág. 212. Universidad Externado de Colombia. (2010).

¹³ Juan Ángel Palacio Hincapié. Op.Cit., Pág. 204.

¹⁴ Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015, Op. Cit.

¹⁵ Rodrigo Escobar Gil. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Pag. 154. Legis Editores. (1999). De acuerdo con éste tratadista, “es una garantía de la licitación que permite que todas las personas que reúnan los requisitos establecidos puedan ofrecer los bienes, servicios y obras que las Administración Pública requiera para el cumplimiento de sus fines.”

Una de esas reglas, es la referente a la posibilidad de subsanar o corregir las ofertas cuando éstas se presentan con falencias o incompletas, previstas en la Ley 1150 de 2007¹⁶, conocida por los operadores de la contratación estatal como “subsanabilidad de las ofertas” que permite a los proponentes la posibilidad de adecuar sus ofertas y para la administración el deber de solicitar subsanaciones, aclaraciones o explicaciones de requisitos habilitantes que no generan puntaje, hasta la adjudicación para ponerlas en condición de ser evaluadas objetivamente.

Con la expedición del Estatuto General de Contratación Pública¹⁷, se tuvo un progreso importante; un cambio sustancial en la interpretación de la regla de subsanación por cuanto, de exigir que la oferta cumpliera con todos y cada uno de los requisitos del pliego de condiciones del pliego de condiciones so pena de rechazo, se pasó a un escenario en el cual si la administración encontraba un documento faltante que no fuera comparativo de la oferta, debía requerirlo para que la oferta continuara compitiendo¹⁸. Pero se dio un avance más significativo, con la reforma introducida por la Ley 1150 del 2007 a través de su artículo 5º, parágrafo 1º¹⁹ y especialmente a través de las interpretaciones en los pronunciamientos del Consejo de Estado proferidos a partir del 2008.

Fallos en los que sobre el particular, han elaborado algunas pautas, que se constituyen en los lineamientos y directrices a seguir por la administración, acerca de

¹⁶Ley 1150 de 2007, Ob.Cit. Artículo 5. Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

¹⁷ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

¹⁸ Ernesto Matallana Camacho. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Pag. 428. Universidad Externado de Colombia. (2013).

¹⁹ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

la manera como las reglas jurídicas frente al tema, deben ser interpretadas y aplicadas en procesos de contratación adelantados bajo la modalidad de licitación pública por constituir ésta, la regla general para la escogencia del contratista que ofrece las condiciones más favorables y ventajosas a la entidad contratante²⁰ y porque asegura la mayor ocurrencia de oferentes, es la que mayor publicidad tiene respecto de sus actuaciones y etapas, permitiendo la efectividad del principio de transparencia²¹.

Pero, pese a las reglas jurídicas y a los pronunciamientos del Consejo de Estado, persisten diversas interpretaciones por parte de los operadores jurídicos de la contratación puesto que, en unos casos han interpretado que las normas permiten a la entidad pública antes de decidir seleccionar objetivamente una propuesta y sobre la adjudicación del contrato o declaratoria de desierto del proceso, solicitar a los proponentes la subsanación o aclaración y explicación de sus ofertas frente a todos requisitos que falten o ausentes, no necesarios para la comparación de las ofertas hasta la adjudicación; otros han considerado que el derecho de los oferentes participantes en un proceso de contratación pública a subsanar sus propuestas, es limitada pues, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones por lo que, al momento del cierre del proceso se debe acreditar que los oferentes, cuentan y cumplen con todos los requisitos habilitantes. Enmendar durante la evaluación y su traslado bajo el concepto de subsanabilidad implica modificar, adicionar o complementar las ofertas, lo cual está proscrito.²²

Son varios los pronunciamientos del Consejo de Estado²³, en los que se ha decantado sobre la interpretación y aplicación de las normas que posibilitan la

²⁰ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*, Pag. 552, 4ta edición, Tomo I (1974).

²¹ Juan Ángel Palacio Hincapié. Op. Cit, Pag. 199.

²² Ley 80 de 1993, Ob.Cit, Artículo 30, numeral 8o. 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.

²³ Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

subsannabilidad de las ofertas, a partir del año 2008 y con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007²⁴, que distinguió los requisitos habilitantes de los evaluables con puntaje y que precisó que requisitos se consideran subsannables y sobre la posibilidad de subsannarlos hasta la adjudicación, precisiones que no contemplaba la Ley 80 de 1993²⁵.

El cuerpo colegiado con sus pronunciamientos ha querido poner fin al debate jurídico frente a, sí se vulnera el derecho del proponente de ser seleccionado objetivamente²⁶ cuando la entidad pública no le permite hasta la adjudicación, subsannar, aclarar o explicar su propuesta por ausencia de requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas y sí en uso de ese derecho de subsannación el proponente, puede luego del cierre acreditar requisitos habilitantes o por el contrario, ello constituye adición o mejora de la propuesta.

Los mencionadas sentencias han pretendido aclarar, precisar y establecer reglas y subreglas aplicables al tema; pero ninguna es unificadora de tal manera que la administración actúe bajo una sola ruta de conducta frente a la cuestión en estudio, pues inclusive, pronunciamientos en los últimos años²⁷ hacen nuevas precisiones y advertencias que podrían entenderse como una contradicción a las reglas antes proferidas y como restricción a la facultad y el derecho del oferente de sanear sus ofertas respecto de algunos requisitos habilitantes que en dichos fallos los catalogan como “esenciales” o “sustanciales” y que por ello, son insubsannables, siendo necesario y urgente que el Consejo de Estado²⁸ profiera una sentencia de unificación a fin de

²⁴ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

²⁵ Ley 80 de 1993. Ob.Cit.

²⁶ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit, Artículo 5°. “*De la selección objetiva.* Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” (...)”

²⁷ 2014 y 2015.

²⁸ Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Está conformada por nueve magistrados, los cuales se dividen en tres subsecciones: las subsecciones A, B y C. Esta sección conoce, principalmente,

impedir se presente una inseguridad jurídica al momento de seleccionar el contratista o el legislador, reforme la regla jurídica dando una mayor precisión²⁹.

En tanto ello sucede, se consideró importante realizar el presente trabajo bajo el examen de las posturas del Consejo de Estado, con el fin de condensar en él, los distintos pronunciamientos jurisprudenciales y más relevantes respecto de este tema de subsanación de ofertas, las subreglas aplicables en los procesos de licitación, como un aporte o guía a los operadores de la contratación estatal - entidades públicas y oferentes-.

En ese orden de ideas, la presente tesis se realiza con el fin de construir una línea jurisprudencial a partir de pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el propósito de presentar al leyente las posturas y/o subreglas vigentes para su aplicación en materia de subsanabilidad de las ofertas en procesos de selección de contratistas bajo la modalidad de licitación pública; a través del análisis de los pronunciamientos que ha emitido en el periodo 2008 a 2015, en su función interpretativa de las reglas contenidas en las Leyes 80 de 1993³⁰ y 1150 de 2007³¹.

Fallos en los que han decidido y debatido asuntos sobre la legalidad del actuar de la administración pública al momento de adjudicar o declarar desierto un proceso de selección, bajo un mismo presupuesto fáctico, cual es, considerar los demandantes que fueron privados injustamente de su derecho de ser seleccionados

de las controversias de carácter contractual que se dan entre los particulares y el Estado colombiano, así como de demandas instauradas en uso del medio de control de reparación directa, en los que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado, equivalente, en síntesis, a la responsabilidad civil conocida en la jurisdicción ordinaria, pero en eventos en que se considera que el daño es jurídicamente imputable a una entidad estatal

²⁹ Congreso de la República

³⁰ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

³¹ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

objetivamente como adjudicatarios y privados de ejecutar un contrato estatal y con los cuales se pretende resolver el problema jurídico planteado en la línea tendiente a verificar si ¿Se vulnera el principio de selección objetiva previsto en el artículo 5º, de la Ley 1150 de 2007³², al no permitirle a un proponente subsanar hasta la adjudicación, requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, que no tenía o no se acreditaron al momento del cierre del proceso de licitación pública?

Una vez efectuado el análisis temporal y estructural de las diferentes sentencias con base en el problema jurídico, se pretende dar respuesta a aquel a partir de dos posibles respuestas:

Respuesta 1: Sí se vulnera por cuanto, conforme lo señala el parágrafo 1º, del artículo 5º, de la Ley 1150 de 2007³³, los proponentes cuentan con el derecho de subsanar su propuesta por la ausencia o falta de todos aquellos requisitos, no necesarios para la comparación de las ofertas que no otorguen puntaje, hasta la adjudicación.

Respuesta 2: No se vulnera, por cuanto conforme lo señala el numeral 6º, del artículo 30 la Ley 80 de 1993,³⁴ las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. En ese sentido, al momento del cierre del proceso, los proponentes deben acreditar que cuentan y cumplen con todos los requisitos habilitantes. Permitir subsanarlos luego del cierre, constituye adición o mejora de la propuesta lo cual esta proscrito por el numeral 8, artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ley 80 de 1993, Ob.Cit. Artículo 30, numeral 6º. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas nos signifiquen condicionamientos para la adjudicación. La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

En ese sentido, la presente línea jurisprudencial se desarrolla en dos capítulos definidos de la siguiente manera. En el primer capítulo, se estudia todo referente a su definición y conceptualización, los fundamentos constitucionales y legales de la subsanabilidad de las ofertas y las reglas aplicables en vigencia de la Ley 80 de 1993³⁵, los cambios introducidos por la Ley 1150 de 2007³⁶. Así también, la aplicabilidad frente a requisitos y condiciones relativas al proponente y frente a los elementos relativos a la oferta. La diferencia entre los requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones. La subsanabilidad como carga de la administración o como un derecho del proponente y como garantía del principio de selección objetiva³⁷, precisando el régimen de aclaración y explicación de las ofertas³⁸, y sobre la oportunidad y límites para subsanar las exigencias establecidas en el pliego de condiciones.

En el segundo capítulo, se expone el desarrollo dado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a las reglas de subsanabilidad de las ofertas en procesos de contratación cuya modalidad ha sido la licitación pública a partir del análisis de pronunciamientos proferidos en el periodo 2008 a 2015, en su función interpretativa de las reglas contenidas en las leyes de contratación pública³⁹, en procesos judiciales en los que se ha debatido la legalidad del acto de adjudicación o declaratoria de desierto de

³⁵ Ley 80 de 1993, Ob.Cit, Artículo 30, numeral 8º. 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.

³⁶ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

³⁷ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

³⁸ Ley 80 de 1993. Ob.Cit. Artículo 30, numeral 7o.” 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 expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

³⁹ Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007

procesos adelantados bajo la modalidad de licitación pública, mostrando finalmente, cuáles son las subreglas vigentes planteadas por la jurisprudencia sobre la subsanabilidad de propuestas que deben tener en cuenta cuando se trata de aplicar las normas referentes a la subsanación de requisitos habilitantes.

Para tal fin, se procedió a la recolección de información legal, doctrinal y jurisprudencial que abordara la temática planteada, bajo el análisis dinámico del precedente que tuviera el mismo patrón fáctico: proponente demandante, quien considera que fue injusta e ilegalmente privado de ser adjudicatario de una licitación pública, alegando que su propuesta resultaba ser la mejor y más favorable a la entidad demandada, por cumplir con todos los requisitos y exigencias del pliego de condiciones.

Bajo este contexto, la línea se estructura a partir un análisis de la jurisprudencia contencioso administrativa del Consejo de Estado⁴⁰, para así establecer las sentencias relevantes que aproximen una mejor comprensión el objetivo general de la tesis, destacando su valor vinculante por ser interpretativas. Para tal efecto, se ha seguido la metodología de líneas jurisprudenciales propuesta por Diego Eduardo López Medina⁴¹, partiendo de la identificación del punto arquimédico o de apoyo⁴², para la construcción del nicho citacional, mediante la ingeniería de reversa, a partir del cual, se realiza el estudio jurisprudencial ubicando cada sentencia según su ratio y tendencia hacia una u otra respuesta polar en la respectiva gráfica, que contiene el problema jurídico y las respuesta polares.

⁴⁰ Sección Tercera. Sala de lo Contenciosos Administrativo.

⁴¹ Diego Eduardo López Medina. *El Derecho de los Jueces*. Pags. 139-192. Legis Editores S.A.(2006).

⁴² Ibid. Op. Cit, Pag 168. “El punto arquimédico es simplemente una sentencia con la que el investigador tratará de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito...será el ayudar en la identificación de las “sentencias hito” de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea.”

Capítulo I. La subsanabilidad de las ofertas en la contratación estatal.

Previo a desarrollar la línea jurisprudencial propuesta, se considera importante en éste primer capítulo presentar al lector, un concepto de lo que se conoce como “subsanabilidad de las ofertas”, su fundamento constitucional y legal de dicha figura y su evolución normativa. Así también, dar a conocer frente a qué requisitos o condiciones es factible su aplicación y si esta posibilidad, se constituye como una carga de la administración o como un derecho del proponente y como garantía del principio de selección objetiva. La oportunidad para ejercerla y sus límites.

1.1. Conceptualización de la subsanabilidad de las ofertas.

Como primera medida, es pertinente conocer el significado de la subsanabilidad y para ello, necesario es conocer el significado de términos del que se desprende como es: “*subsanar, subsanable y subsanación*”, para comprender lo que debe entenderse como subsanabilidad de las ofertas, en el marco de la contratación pública.

*Subsanar*⁴³: 1. Disculpar o excusar un desacierto o delito. 2. Reparar o remediar un defecto. 3. Resarcir un daño.

Subsanable: 1. adj. Que puede ser subsanado⁴⁴. Lo susceptible de convalidación, enmienda o arreglo⁴⁵.

⁴³ Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la lengua española. (en línea) <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=YZ5DxiO> .(citado 10 de agosto de 2017)

⁴⁴ Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la lengua española. (en línea) <http://dle.rae.es/?id=YZ353kS>. (citado 10 de agosto de 2017)

⁴⁵ Diccionario legal. (en línea) http://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Sub%20judice&hasta=Substitutos%20penales&lang=es.(citado 10 de agosto de 2017)

Por su parte, *Subsanación* significa: Enmienda de error. Rectificación de yerro. Corrección de defecto. Reparación de daño. Resarcimiento de perjuicio. Satisfacción de ofensa. Disculpa por desacierto⁴⁶.

Desde el punto legal, ni el Estatuto de Contratación Pública⁴⁷, ni en la Ley 1150 de 2007⁴⁸, ni en su decreto reglamentario hoy vigente⁴⁹, se encuentra una disposición que de manera textual haga alusión a los términos “*subsanan*”, “*subsanación*”, “*subsanable*” o “*subsanabilidad*” de una oferta; pero del texto del numeral 15, del artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁵⁰, modificado por el párrafo 1º del artículo 5º⁵¹, de la Ley 1150 de 2007⁵², por vía de deducción, podría decirse que es la posibilidad para los oferentes de corregir o enmendar ciertos requisitos de su oferta que permite la ley y así colocarla en condición de ser evaluada y a esa potestad, se le denominó por parte de los operadores jurídicos de la contratación estatal: “*subsanabilidad de las ofertas.*”

Jurisprudencialmente, sólo una sentencia ha hecho referencia expresamente a lo que se considera “*subsanan una oferta*” en el siguiente sentido:

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,

⁴⁶ Términos Jurídicos. Consultas. (e línea)https://lexicos.wordpress.com/2010/04/19/terminos-juridicos-letra-s/#zzee_link_617_1271574387.u. abril 19, 2010. (citado 10 de agosto de 2017)

⁴⁷ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

⁴⁸ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

⁴⁹ Decreto 1082 de 2015, Ob.Cit.

⁵⁰ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

⁵¹ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit. Artículo 5º, Parágrafo 1º.

⁵² Ibid.

que ello implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene.

De hecho, la expresión subsanar no tiene origen legal, se construyó a partir de la praxis de los operadores jurídicos, apoyados en las disposiciones de la Ley 80, que permitían corregir aspectos de las ofertas requeridos por los pliegos de condiciones. Se necesitaba una expresión que recogiera este acontecimiento, porque si bien, la Ley 80 contempló claramente la posibilidad no la nombró con un concepto específico, por lo que el término que se impuso fue subsanar, y se consolidó rápidamente en la doctrina y la jurisprudencia, y se volvió habitual utilizarlo, aunque carezca de soporte normativo⁵³.

Doctrinalmente al respecto se ha señalado que: “La institución de la subsanabilidad de las ofertas, en especial a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no es una facultad sino un imperativo de la entidad y el correlativo derecho del oferente de ser informado de los defectos u omisiones observados en sus ofertas a fin de darles oportunidad de subsanarlos cuando lo permite la Ley, y evitar un rechazo⁵⁴.”

Todo lo expuesto de manera precedente, permite construir un concepto de la “*Subsanabilidad de la oferta*”, la que consiste en el derecho con el que cuentan los oferentes de corregir o enmendar los defectos de sus propuestas presentadas dentro de un proceso de contratación pública y en un imperioso deber para la entidad, de requerir al proponente durante la evaluación hasta la adjudicación, en la medida en que aquellos correspondan a requisitos que la ley permite subsanar, siempre que no sean elementos que permitan comparación de las ofertas y no otorguen puntaje⁵⁵.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subseccion C, Exp.27.986.C.P. Enrique Gil Botero, noviembre 12 de 2014.

⁵⁴ Edgar González López, Op.Cit., Pág. 290.

⁵⁵ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit., Art.5, parágrafo 1.

1.2. Fundamentos Constitucionales y legales de la subsanabilidad de las ofertas

Anterior, a la expedición de la Constitución Política de 1991⁵⁶, la regulación jurídica de los procesos de selección de contratistas a cargo de las entidades del Estado, se encontraba planteada bajo una ideología de excesivo formalismo y rigurosidad⁵⁷, lo cual generó que ante la inobservancia, omisión o incumplimiento de un requisito simplemente formal y no sustancial, las entidades que adelantaban los procesos de contratación rechazaran o descartaran propuestas, convenientes y favorables para la satisfacción del interés o de la necesidad que pretendían suplir a través de la contratación⁵⁸.

En vigencia del Decreto Ley 150 de 1976⁵⁹ y Decreto 222 de 1983⁶⁰, normas que regulaban lo referente a la contratación pública antes de la promulgación de la Carta Magna⁶¹ y de la Ley 80 de 1993⁶², la posibilidad de subsanar o corregir una oferta era restringida por no decir casi que nula. “El anterior Estatuto de Contratación no contemplaba una regla que permitiera corregir el contenido de una oferta⁶³”. Imperaba el formalismo en la selección de contratistas pues la oferta debía cumplir de manera clara, expresa y detallada con todas y cada una de las exigencias contenidas en el pliego de condiciones.

⁵⁶ Constitución Política de Colombia [Const] Julio 7 de 1991 (Colombia).

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 40.660, julio 29 de 2015.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp.30.161, febrero 13 de 2015.

⁵⁹ Decreto Ley 150 de 1976 (con fuerza de ley). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Junio 11 de 1976. D.O. n°. 34.570

⁶⁰ Decreto 222 de 1983. (con fuerza de ley). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Febrero 6 de 1983. D.O. n°. 36.189.

⁶¹ Constitución Política de 1991. Ob.Cit.

⁶² Ley 80 de 1993. Ob.Cit.

⁶³ Ernesto Matallana Camacho, Op.Cit., Pag. 426.

Las entidades estatales^{64,65} en la etapa de evaluación de las ofertas y frente a cualquier falencia o carencia de un requisito de la oferta dispuesto en el pliego de condiciones otorgaban la consecuencia inmediata del rechazo de la propuesta, aun cuando se tratará de un aspecto formal y no sustancial,⁶⁶ cerrando la posibilidad que tenía la administración de contratar con oferentes que contaban con una reconocida idoneidad, experiencia y buena capacidad técnica, organizacional y económica; pero que, por no cumplir u observar una condición o regla simple y meramente formal como por ejemplo, el no elaborar un índice de los documentos que conforman la propuesta o por no organizarlos en el orden exigido por la entidad, su oferta era objeto de rechazo de plano.

Pero para la época de la vigencia del Decreto 222 de 1983⁶⁷, el Consejo de Estado ya había señalado que no cualquier incumplimiento de los requisitos incluidos en los pliegos de condiciones pueden originar el rechazo de la oferta. Se advertía entonces que existen unos aspectos no sustanciales que podrían ser requeridos por las entidades estatales a fin de evitar el rechazo de buenas propuestas manifestando:

Así las cosas, un manejo del asunto con la lógica de lo razonable, ha debido permitir al licitante concluir que el aspecto que se invocó como apartamiento del pliego de condiciones no era sustancial, ni determinante, sino de simple trámite o espera corta en el tiempo, circunstancias todas que han debido llevarlo a no concluir con la

⁶⁴ Ley 80 de 1993. Ob.Cit. Arti. 2º, numeral 1º .

⁶⁵ Rodrigo Escobar Gil. Op. Cit.,Pag. 96.

⁶⁶ Jorge Pino Ricci. *Criterios de Selección y Reglas de Subsancibilidad* (en línea)<https://es.slideshare.net/MARZV/escrito-criterios-de-seleccin-y-reglas-de-subsancibilidad>., mayo18 de 2012 (citado 14 de enero de 2017).

⁶⁷ Decreto 222 de 1983, Ob.Cit.

rigidez con que lo hizo, que la propuesta de SOCOVIG no cumplía con los requisitos enlistados en el mismo⁶⁸.

Sin embargo, pese al pronunciamiento judicial, las entidades públicas en su actuar contractual mantuvieron una posición inflexiva frente a la posibilidad de enmendar una oferta presentada dentro de una licitación por lo que, cualquier error u omisión insignificante conducía indefectiblemente a su rechazo. Tal rigorismo, llevó a que la Constituyente de 1991⁶⁹ patrocinara la necesidad de dejar de lado ese excesivo formalismo por lo que, con el arribo de la Constitución Política de 1991⁷⁰ y la incorporación en ésta de principios⁷¹ a ser observados por la administración pública en el ejercicio de la función administrativa contractual, buscó hacer prevalecer en todas las actuaciones incluida la contractual, lo sustancial sobre lo meramente formal para de esta forma alcanzar los fines del Estado⁷² y satisfacer el interés general.

1.2.1. Reglas de subsanabilidad en vigencia de la Ley 80 de 1993

En 1993, con la expedición de la Ley 80⁷³, inició la contratación estatal en Colombia con un nuevo camino que rompió desde el punto de vista legal, el formalismo que regía bajo el Decreto 222 de 1983⁷⁴ incorporando como se citó en párrafos anteriores, la filosofía constitucional de la prevalencia de lo sustancial a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. Así se colige de la lectura del artículo 23 del

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4694, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, febrero 9 de 1987.

⁶⁹ Asamblea Nacional Constituyente de Colombia fue convocada en 1991 para promulgar una nueva Constitución Política para el país, en reemplazo de la centenaria Constitución de 1886. Cesaron sus funciones el 4 de julio de 1991, tras promulgar la nueva constitución.

⁷⁰ Constitución Política de Colombia, Ob.Cit.

⁷¹ *Ibíd.* Art.209.

⁷² *Ibíd.* Art. 2º.

⁷³ Ley 80 de 1993, Ob,Cit.

⁷⁴ Decreto 222 de 1983, Ob, Cit.

Estatuto General de Contratación Estatal⁷⁵, en el que se consagraron los principios⁷⁶ de transparencia⁷⁷, economía⁷⁸ y responsabilidad⁷⁹ como normas rectoras para quienes intervengan en la contratación estatal y que deben tener en cuenta, para que todas las actuaciones desarrolladas en los procesos y procedimientos contractuales⁸⁰. Esto, acorde con los postulados constitucionales sobre el ejercicio de la función administrativa⁸¹.

Si bien el mencionado Estatuto contractual⁸², no incluyó en su texto expresamente el término de “subsanción de las ofertas” o el de “requisitos subsancionables”, contempló básicamente, dos disposiciones jurídicas que para ese momento y en adelante las entidades públicas sometidas a éste régimen, debían armonizar con los principios orientadores de las actuaciones administrativas⁸³, para determinar el límite al rechazo de las ofertas por circunstancias intrascendentes. Tales normas son: El artículo 25, numerales 2, 3 y 15⁸⁴ y el artículo 30 numerales 7 y 8⁸⁵.

Es precisamente el artículo 25, numeral 2º, el que prescribió la prevalencia del derecho sustancial, sobre el formal, al señalar que: “Las normas de los procedimientos

⁷⁵ Ley 80 de 1993.

⁷⁶ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, Pag. 86-90, Centro de Estudios Constitucionales. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdéz. Revisión Ruth Zimmerling.(1993). Cataloga a los principios como “mandato de optimización, indicando que son normas que ordenan que “algo” sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

⁷⁷ *Ibid.* Art.24.

⁷⁸ *Ibid.* Art. 25.

⁷⁹ *Ibid.* Art. 26.

⁸⁰ Samuel Yong Serrano. *El Contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación*. Pag.43. Grupo Editorial Ibañez.(2013).

⁸¹ Constitución Política de Colombia, Ob.Cit. Artículo 209.

⁸² Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

⁸³ Decreto 01 de 1984. (con fuerza de ley). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Enero 10 de 1984, D. O. n° 36.439. Artículo 3. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera. (...).

⁸⁴ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

⁸⁵ *Ibid.*

contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir tramites 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 ⁸⁶.”

A su vez, el numeral 3° del citado artículo⁸⁷, consagró la finalidad que deben buscar las entidades estatales frente a la contratación pública, al señalar que: “Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.”

Por su parte, el numeral 15 el cual se considera como relevante para el tema, estableció 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 hechos ⁸⁸.”

Es en la disposición antes transcrita, en la que la Ley 80 de 1993⁸⁹ introduce una regla que tuvo como objeto precisar qué tipo de requisitos podrían generar su rechazo. Con fundamento en este precepto, los operadores de la contratación pública ya no podrían rechazar propuestas por aspectos puramente formales o por cualquier tipo de deficiencia. En ese orden de ideas y conforme lo citó el Consejo de Estado, es imperioso que la entidad pública realizara una valoración sobre si lo que falta o la

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

insuficiencia es necesaria para la comparación de propuestas. De ser así debe rechazarla, pero si no lo es, el proponente cuenta con la posibilidad de subsanarla⁹⁰.

Al respecto, el tratadista en el tema, Jorge Pino Ricci precisó:

La anterior norma podía tener varias interpretaciones. Una en el sentido de que únicamente los factores que permiten la comparación de ofertas son aquellos que otorgan puntuación y, en consecuencia, debía entenderse que, si el incumplimiento reside en un factor de verificación o habilitante, éste podría subsanarse oficiosamente por el proponente o previo requerimiento de la entidad. Otra interpretación partía del supuesto obvio de que también los requisitos habilitantes constituyen factores de comparación de los ofrecimientos y que, por lo tanto, la observancia de tales requisitos no podría subsanarse⁹¹.

Pero además, el Estatuto de Contratación Pública⁹², contempla otras disposiciones, que establecen un límite al rechazo de plano de las propuestas por el incumplimiento de requisitos formales o intrascendentes que obligan a las entidades estatales sometidas a aquel⁹³, a esclarecer durante la evaluación de las ofertas, todos los aspectos dudosos e inexactos; o si un requisito fue omitido, a solicitar bajo unas condiciones, a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes para lograr seleccionar objetivamente al contratista y así satisfacer la necesidad que pretende a través de la contratación para la satisfacción del interés general y de los fines estatales. Dichas normas son:

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 25.804. febrero 26 de 2014. C.P Enrique Gil Botero

⁹¹ Jorge Pinno Ricci, Op.Cit.,Pag.2

⁹² Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

⁹³ Ibid., Art. 2o.

El numeral 7, artículo 30, el cual estableció: “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 indispensables⁹⁴.”

Al amparo de éste precepto, a la administración le corresponde la obligación de establecer un plazo para pedirle al oferente que “aclare” y “explique” lo que necesite para el esclarecimiento de sus propuestas, con el fin de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas e incluso, si algún aspecto es contradictorio o si se omitió un requisito de carácter formal.⁹⁵

De esta manera, se implantó un límite para las entidades⁹⁶ sometidas al régimen de contratación pública⁹⁷, en el sentido de que no pueden rechazar de plano una propuesta sin solicitar previamente que ésta se aclare, para lograr efectuar una selección objetiva de la mejor oferta y lograr el cumplimiento de los fines de la contratación⁹⁸ y así evitar el desconocimiento para el proponente del derecho a ser seleccionado por tener la mejor oferta, lo que se había vuelto una práctica por el excesivo rigorismo, antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993⁹⁹.

También, se encuentra el numeral 8, artículo 30, de la misma Ley, que reguló lo concerniente a la evaluación de las propuestas en los procesos de licitación pública bajo

⁹⁴ Ibid., Art. 30, num 7°.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 21.324. Junio 12 de 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

⁹⁶ Ley 80 de 1993, Ob.Cit. Art.2°.

⁹⁷ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

⁹⁸ Ibid., Art.3°.

⁹⁹ Ibid.

la siguiente regla: “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 propuestas¹⁰⁰.”

La norma en mención¹⁰¹ consagró la posibilidad y oportunidad para los oferentes de formular observaciones al informe de evaluación de las propuestas efectuado por la entidad; y de la manera cómo quedó redactada en su parte final, algunas entidades interpretaron ésta, en el sentido de que no les era posible a los oferentes durante ese lapso o traslado de la evaluación, complementar, adicionar, modificar o mejorar sus ofertas. Por lo tanto, como lo señaló el Consejo de Estado “para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir de ninguna manera, documentos adicionales que explicaran las insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma.”¹⁰²

Sin embargo, para otras entidades la lectura e interpretación de esta disposición debía hacerse de manera integral y en armonía con el entonces vigente inciso 2º, del numeral 15, del artículo 25 del estatuto contractual¹⁰³ y no de manera aislada o excluyente, en cuyo texto previó 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 hechos¹⁰⁴.” En ese orden de ideas, a su juicio sí era posible complementar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas; pero para aquellos aspectos

¹⁰⁰ Ibid., Art.30, num 8º.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 27.986. Noviembre 12 de 2014, C.P Enrique Gil Botero.

¹⁰³ Ley 80 de 1993, Ob. Cit.

¹⁰⁴ Ibid., Art. 25, num 15.

que permitía el citado numeral¹⁰⁵; es decir, para aquellos requisitos no necesarios para comparar ofertas.

Si bien, a la luz de la Constitución Política¹⁰⁶ y de la Ley 80 de 1993¹⁰⁷, hubo un avance frente al exagerado formalismo en el desarrollo de los procesos de contratación que prevaleció por décadas, la interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas sobre la posibilidad o no de subsanar las ofertas, generó problemas para los operadores de la contratación pública, por cuanto si bien, según el Estatuto Contractual¹⁰⁸ se podía enmendar las ofertas, no era claro sobre qué tipo de requisitos podían subsanarse, pues las norma citadas¹⁰⁹ no hacían precisión alguna. ¿Los que servían para la comparación de las ofertas o mejor se les asignaba puntaje? ¿O los que solo acreditaban condiciones de los proponentes pero que no tenían la virtud de servir como criterio de comparación? .

Esa indeterminación, significó que por muchos años bajo una u otra interpretación de las reglas, en unos casos se permitiera la subsanabilidad de las ofertas y en otros no, y bajo esa dualidad se rechazaban ofertas por deficiencias formales que bien, pudieron ser seleccionadas objetivamente y resultar las más favorable. Se carecía así, de certeza y objetividad sobre el significado de lo expresado en el inciso final del entonces, numeral 15 del artículo 25 de la referida Ley¹¹⁰ pues de cierta manera, era abstracto e indeterminado, dando lugar a una interpretación genérica que no permitía establecer con convicción que era aquello que era o no necesario para la comparación de las

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Constitución Política de 1991, Ob.Cit.

¹⁰⁷ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid., Art. 25, num 15 y Art. 30, nums 7 y 8.

¹¹⁰ Ibid.

ofertas¹¹¹, generando así inseguridad jurídica por la discrecionalidad que empleaban los operadores de la contratación, al momento de evaluar, privando en ocasiones a proponentes de ser adjudicatarios del proceso de selección de licitación pública.

La citada disposición era aplicada de forma restrictiva, según el juicio interpretativo del evaluador, con el consecuente rechazo de sus propuestas porque de alguna manera, subsistió para algunas entidades el criterio de que ciertos requisitos pese a ser insustanciales, eran necesarios para la comparación de las ofertas y bajo ese concepto, ni se les permitía subsanar, conllevando la descalificación de propuestas que bien podrían haber sido seleccionadas objetivamente, por ser las mejores.

La administración en muchas ocasiones, omitía debiendo hacerlo, indicar a los proponentes, cuáles eran las deficiencias de requisitos no sustanciales de sus propuesta, rechazando de plano sus ofertas, vulnerando así, derechos de los oferentes entre los que se encuentra, el de igualdad, pues como lo señaló el tratadista Dromi, citando a Fiorini y Mata, en su obra, el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, entre los que se encuentra "...8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta;...¹¹²"

En vigencia del artículo 29 *ibid*¹¹³, fue permitido estructurar factores de calificación y asignación de puntaje indistintamente basados en las requisitos de los proponentes (hoy denominados habilitantes jurídicos, financieros y de organización)¹¹⁴ y en los contenidos de la oferta (factores técnicos y económicos de la propuesta), asunto que se

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Roberto Dromi, *La licitación Pública*. pág. 137. Editorial Astrea; 3ra impresión,.

¹¹³ Ley 80 de 1993. Artículo 29.

¹¹⁴ Ley 1150 de 2007, Artículo 5, num1º.

modificó a partir de la Ley 1150 de 2007, que derogó el referido inciso 2° del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993¹¹⁵, con el objetivo de regular la materia de una manera más precisa y técnica, incorporando la regla de subsanabilidad dentro del principio de selección objetiva¹¹⁶ con base en la identificación y separación de los denominados requisitos “*habilitantes*” que bajo la nueva legislación no pueden otorgar puntaje y que de acuerdo con el artículo 5°¹¹⁷, su cumplimiento se constituye, en una condición o de acceso, admisibilidad o, legalmente, de “*habilitación*” del oferente para participar en el procedimiento de licitación.

1.2.2. Cambios a la regla de subsanabilidad introducidos por la Ley 1150 de 2007

Trece años después de promulgado el Estatuto de Contratación Pública¹¹⁸, se expide la Ley 1150 de 2007¹¹⁹ con la que se derogó su artículo 29, que establecía que: “La selección de contratistas será objetiva¹²⁰.” Pero lo incluyó como un principio el “De la selección objetiva” previsto en el inciso 1° del artículo 5°¹²¹, disposición en la que además frente a la subsanabilidad de las ofertas, estableció una regla, que se encuentra consagrada en su párrafo 1°, según el cual:

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en

¹¹⁵ Ley 80 de 1993, Ob. Cit.

¹¹⁶ Ernesto Matallana Camacho, Op.Cit., Pags 197-198.

¹¹⁷ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit., Art. 5.

¹¹⁸ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

¹¹⁹ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit

¹²⁰ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.Art.29.

¹²¹ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit, Art.5

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 realización¹²².

Si bien, el citado párrafo¹²³ conservó en parte la redacción inicial, del derogado inciso 2º, del artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993¹²⁴, agregó un texto aclaratorio para garantizar una interpretación y aplicación generalizada y uniforme al momento de evaluar las ofertas, precisando que, los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son todos aquellos que no asignen puntaje y podrán ser solicitados por las entidades públicas en cualquier momento hasta la adjudicación¹²⁵.

De ésta manera, la norma en mención, eliminó lo abstracto o indeterminado del texto: “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas¹²⁶”, estableciendo una diferencia entre los requisitos de una propuesta subsanables y no subsanables llevando a interpretar que hasta la adjudicación del contrato es posible subsanar los defectos que presentaran ofertas por documentos no comparativos¹²⁷. Y que aquellos requisitos necesarios o sustanciales para comparar las propuestas que asignan puntaje, no son subsanables¹²⁸.

¹²² *Ibíd.* Art. 5, párrafo 1.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

¹²⁵ Párrafo 1º Ley 1150 de 2007.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ Ernesto Matallana Camacho, *Op.Cit.*, Pag 431.

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Exp. 25804, Febrero 26 de 2014, C.P. Enrique Gil Botero.

Así entonces, bajo la nueva regla y su interpretación, todo requisito que no sea ponderable o puntuable, es subsanable. Si presenta un defecto, un error o incompleto se puede corregir con el fin de colocar la oferta en condición de ser evaluada en igualdad de condiciones¹²⁹. En tanto que con la Ley 80 de 1993¹³⁰, en adelante, las entidades públicas determinarían según su criterio, cuáles de los requisitos y documentos son necesarios para la comparación de las ofertas, con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007¹³¹, se excluyó ese margen de discrecionalidad que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico abstracto o indeterminado al momento de evaluar las ofertas.

La norma en cita¹³², precisó los requisitos habilitantes o las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección. Esto es, la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes; pero, además estableció los factores que deben tener en cuenta las entidades para determinar la ponderación o asignación de puntaje: técnicos y económicos relacionados con elementos de calidad y precio, a través de métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio. Exceptuando la subasta inversa para la compra de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización, donde el menor precio es el único factor de escogencia.

En las primeras interpretaciones a esta regla, el Consejo de Estado señaló:

¹²⁹ Gonzalo Suarez Beltrán *Estudios de Derecho Contractual Público*. Pag. 61, Editorial Legis. (2014).

¹³⁰ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

¹³¹ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

¹³² Art. 5 ley 1150 de 2007.

Esta regla que desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas¹³³.

Por su parte, al respecto el experto en contratación pública, Jorge Beltrán Pardo, señaló:

Conforme lo dispone la reforma introducida por la Ley 1150 al segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1157, las circunstancias subsanables son: (i) la ausencia de requisitos referentes a la futura contratación o al proponente y (ii) la falta de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas (no otorgan puntaje)¹³⁴.

¹³³ Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Diciembre 3 de 2007.C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicados Nros. 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447).

¹³⁴ Jorge Beltrán Pardo. *La subsanabilidad en la contratación estatal* [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti14080804la subsanabilidad en la contratacion estatal.asp?CanV=4ex](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti14080804la%20subsanabilidad%20en%20la%20contratacion%20estatal.asp?CanV=4ex) (8 de agosto de 2014) *Ámbito Jurídico*.

Luego de la expedición de la Ley 1150 de 2007¹³⁵, se promulgaron varios decretos reglamentarios a través de los cuales, se pretendió aclarar frente al tema objeto de la línea, las condiciones que debían tener en cuenta las entidades estatales para aplicar las reglas de subsanabilidad y la sanción de rechazo en caso de incumplimiento de los requisitos legales y de los previstos en los pliegos de condiciones.

El primer precepto reglamentario fue el Decreto 066 de 2008¹³⁶, el que en su artículo 10 precisó ¹³⁷ una limitación a la posibilidad de subsanar. En tanto que la Ley 1150 de 2007¹³⁸, permitió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una propuesta en la medida en que el requisito incumplido no asignara puntaje, el citado reglamento¹³⁹ restringió la regla general con la introducción de dos criterios: i) falta de capacidad y ii) ocurrencia de circunstancias después de presentadas las ofertas.

Significó entonces, que los requisitos defectuosos o incumplidos de una propuesta que no fueran objeto puntaje, no se podían corregir o subsanar si se enmarcaban en alguna de las dos circunstancias prohibidas por el referido decreto¹⁴⁰. En ese

¹³⁵ Ley 1150 de 2007., Ob.Cit.

¹³⁶ Decreto 066 de 2008 (Departamento Nacional de Planeación). Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Enero 16 de 2008.

¹³⁷ Ibid. Art. 10. 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.

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

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización.

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 subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso

¹³⁸ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

¹³⁹ Decreto 066 de 2008, Ob.Cit.

¹⁴⁰ Ibid.

escenario, los operadores jurídicos de la contratación estatal, debieron aplicar el artículo 10 *ibídem*¹⁴¹, bajo el concepto de “presunción de legalidad”¹⁴² y así se mantuvo hasta su derogatoria seis meses después.

En reemplazo se promulgó el Decreto Reglamentario 2474 de 2008¹⁴³, el que a través de su artículo 10, reprodujo casi que de manera idéntica la regla dispuesta por en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007¹⁴⁴ disponiendo que: “no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia...” y que: “tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación...”¹⁴⁵

Sin embargo, introdujo algunos aspectos adicionales como que: “Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.”¹⁴⁶; pero mantuvo la regla del anterior del artículo 10 del Decreto 066 de 2008¹⁴⁷ según la cual, las entidades estatales no pueden permitir que se subsane la falta de capacidad para

¹⁴¹ Decreto 066 de 2008, Ob. Cit. Art. 10

¹⁴² José Roberto Dromi. *Manual de Derecho Administrativo*. páginas 136 y 137. Tomo I. Astrea, (1987). “La presunción de legalidad del acto administrativo, hace referencia a “la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de “legalidad”, de “validez”, de “juridicidad” o pretensión de legitimidad. El vocablo “legitimidad” no debe entenderse como sinónimo de “perfección” -

¹⁴³ Decreto 2474 de 2008 (Departamento Nacional de Planeación). 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. Julio 7 de 2008.

¹⁴⁴ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit.

¹⁴⁵ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit,Art.10

¹⁴⁶ *Ibid.* Art. 10, Inciso 3°.

¹⁴⁷ Decreto 066 de 2008. Ob.Cit.

presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Pero además, el Decreto 4828 de 2008¹⁴⁸, que reglamentó las garantías en la contratación pública, estableció otra regla de insubsanabilidad, en el inciso final del sub numeral 7.1, del artículo 7 según la cual: “(...) La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última
149 .”

El citado Decreto 2474 de 2008¹⁵⁰ en cierta manera, modificó el sentido literal de la Ley 1150 de 2007¹⁵¹, frente al límite dentro del cual el proponente debe atender el requerimiento de la Entidad para que aclare o subsane su oferta cuando advirtiera falencia u omisiones. En otras palabras, le dio un alcance a la subsanabilidad distinto al del párrafo 1º del artículo 5, de la referida ley¹⁵², pues no solo restringió el contexto de lo que se consideraba subsanable; sino que además, le otorgó a la administración la facultad discrecional de establecer un término límite para subsanar, distinto al instaurado por el legislador que permitía que la subsanación se realizara hasta antes de la adjudicación¹⁵³.

¹⁴⁸ Decreto 4828 de 2008 (Departamento Nacional de Planeación). Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Diciembre 24 de 2008.

¹⁴⁹ Decreto 4828 de 2007. Ob.Cit. Art. 7º.

¹⁵⁰ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit.

¹⁵¹ Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid. Art. 5. Párrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

La disposición atinente a las reglas de subsanabilidad contenidas en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008¹⁵⁴, junto con otras, fue demandada a través de la acción de simple nulidad¹⁵⁵, contenida en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984¹⁵⁶, al considerar el demandante la existencia de una infracción manifiesta a preceptos de rango superior. Esto es, la violación al parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007¹⁵⁷, por parte de la expresión "... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones..."¹⁵⁸, al suponer que la administración al determinar en los pliegos de condiciones el plazo para subsanar las ofertas en sus aspectos no necesarios para su comparación, excede la facultad reglamentaria toda vez que el parágrafo 1º ibídem¹⁵⁹, que claramente establece el término para subsanar que es hasta el momento antes de la adjudicación.

En consecuencia, en auto a través de la cual se resolvió sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de las disposiciones del Decreto 2474 de 2008¹⁶⁰, demandadas con relación al inciso 2 del artículo 10 ibídem, el Consejo de Estado resolvió suspender la expresión "... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...", bajo el argumento: "(...) La Sala considera que, efectivamente, el reglamento regula de manera diferente un tema bien

¹⁵⁴ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit.

¹⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente: 36.054. auto de mayo 27 de 2009. C P: Enrique Gil Botero.

¹⁵⁶ Decreto 01 de 1984 Ob. Cit. Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012.

¹⁵⁷ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Art. 5.

¹⁵⁸ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit. Art.10, "...Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones. * sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. El texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00101-00(36.054), confirmado mediante providencia de agosto 6 de 2009.

*NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO por el Consejo de Estado mediante Sentencia de abril 14 de 2010, rad. 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B.

¹⁵⁹ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Art.5, parágrafo 1.

¹⁶⁰ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit.

definido por el legislador, como es la oportunidad que tiene la administración para solicitar de los oferentes los documentos y requisitos necesarios para evaluar las ofertas.(...) ¹⁶¹”.

Y luego en sentencia, falla la acción interpuesta declarando la nulidad de la mencionada expresión, con los mismos argumentos esgrimidos en el auto de suspensión provisional de la disposición ¹⁶², confirmando que efectivamente la norma reglamentaria reguló de manera distinta un tema que ya había sido precisado por el legislador ¹⁶³. De esa manera, quedó eliminada del artículo 10 del decreto 2474 de 2008 ¹⁶⁴, la posibilidad para la administración de establecer un plazo límite en el pliego de condiciones para que los proponentes pudieran subsanar o aclarar sus ofertas, siendo el único “hasta la adjudicación”.

En ese contexto, en adelante las entidades estatales en cuanto al plazo para subsanar debieran observar y aplicar, lo previsto en parágrafo 1º, del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 ¹⁶⁵, esto es, ejercer dicha posibilidad, hasta antes de la adjudicación. Salvo la expresión anulada, el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 ¹⁶⁶ continuó rigiendo hasta el año 2012, cuando se expide un nuevo decreto reglamentario.

Luego, el Decreto Reglamentario 734 de 2012 ¹⁶⁷, sobre el mismo tema dispuso tal como lo hicieran los anteriores reglamentos ¹⁶⁸, que la entidad no podía: “... permitir

¹⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente: 36.054. Auto de mayo 27 de 2009. C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia (catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 36.054.

¹⁶⁴ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit.

¹⁶⁵ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit. Art.5, Parágrafo 1.

¹⁶⁶ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit..

¹⁶⁷ Decreto 734 de 2012 (Departamento Nacional de Planeación) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Abril 13 de 2012.

que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.¹⁶⁹ En lo atinente a la garantía de seriedad de la oferta recogió en su inciso 6, del artículo 5.1.7.¹⁷⁰, el mismo tratamiento expresado en el Decreto 4828 de 2008¹⁷¹.

Al el mencionado Decreto¹⁷², el tratadista Ernesto Matallana Camacho le hace una crítica frente a la regla de subsanabilidad prevista en aquel, señalando:

Es contradictorio que el artículo 2.8.8 del Decreto 734 de 2012 indique, por una parte, que prima lo sustancial sobre lo formal, y más adelante consagre una regla que indica que la oferta será rechazada si requerido el oferente no allega la documentación solicitada en el término indicado por la entidad, sacrificando así la posibilidad que en la audiencia de adjudicación del contrato se pueda anexar un documento que puede incidir en la escogencia de una oferta más conveniente para la entidad. Con esta regla se sacrifica uno de los principios de la transparencia, como es la libertad de concurrencia¹⁷³.

Los tres decretos reglamentarios referidos¹⁷⁴ de la Ley 80 de 1993¹⁷⁵ y de Ley 1150 de 2007¹⁷⁶, más el 4828 de 2008¹⁷⁷, conservaron el problema jurídico comentado,

¹⁶⁸ Decreto 066 de 2008. Ob.Cit. Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit.

¹⁶⁹ Decreto 734 de 2012. Ob.Cit Artículo 2.2.8.

¹⁷⁰ Decreto 734 de 2012. Ob.Cit. Art. 5.1.7.

¹⁷¹ Decreto 4828 de 2008. Ob Cit. Art. 7.

¹⁷² Decreto 734 de 2012. Ob.Cit.

¹⁷³ Ernesto Matallana Camacho. Op.Cit., Pag. 433.

¹⁷⁴ Decreto 066 de 2008, Ob.Cit., Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit. y Decreto 734 de 2012. Ob Cit.

¹⁷⁵ Ley 80 de 1993.Ob. Cit.

¹⁷⁶ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit.

¹⁷⁷ Decreto 4828 de 2008. Ob..Cit.

esto es, la contradicción parcial entre las reglas de subsanabilidad previstas en ellos y en el párrafo 1º del art. 5º, de la citada Ley 1150¹⁷⁸, puesto que, tergiversaron buena parte de la regla que estableció la referida ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicación -; los reglamentos impidieron subsanar requisitos que no asignaban puntos, porque se referían a la capacidad para contratar o porque se trataba de requisitos cumplidos después de presentadas las ofertas.

En términos del Consejo de Estado, se crearon dos sub-reglas, tres con la insubsanabilidad de la ausencia de póliza de seriedad, autónomas, separadas de la ley¹⁷⁹, por tanto, no ajustadas a ella¹⁸⁰.

En tanto que de la lectura del párrafo 1º, del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007¹⁸¹, se infiere la posibilidad de subsanar todos los defectos que no asignan puntaje o no sirven para la comparación de las ofertas, los decretos reglamentarios referidos¹⁸², reglamentaron la regla de subsanabilidad; pero coartaron la posibilidad de subsanar requisitos que no eran ponderables, puesto que crearon tres sub-reglas frente a la insubsanabilidad regulando de manera disímil un tema que aparentemente ya había sido precisado por el legislador¹⁸³.

La anterior posición, la había ya planteado el doctrinante Edgar González Gómez así:

¹⁷⁸ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit.

¹⁷⁹ Ibid. Art.5º, Parágrafo 1.

¹⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C, Exp.25.804. Ffebrero 26 de 2014. C.P Enrique Gil Botero.

¹⁸¹ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Artículo 5º, Parágrafo 1.

¹⁸² Decreto 066 de 2008. Ob Cit., Decreto 2474 de 2008. Ob Cit. y Decreto 734 de 2012. Ob Cit.

¹⁸³ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Artículo 5º, Parágrafo 1.

Por ello, estimamos que por vía de reglamento no se podía incluir la posibilidad de subsanar omisiones por parte de los oferentes, pues lo que la ley señalaba es que no se podían rechazar las propuestas, y darle esta posibilidad a la administración por reglamento le otorgaban un “(...) *margen mayúsculo de discrecionalidad (...) que pueda afectar o alterar el principio de igualdad de tratamiento en un determinado proceso de selección*”¹⁸⁴.

Ulteriormente, con la expedición del Decreto 1510 de 2013¹⁸⁵, se prescindió de los criterios insubsanables que establecieron los decretos reglamentarios antes citados¹⁸⁶ por lo que, en lo sucesivo debía aplicarse la regla de subsanabilidad establecida por el legislador en la Ley 1150 de 2007¹⁸⁷. De esa manera, en adelante, sería subsanable y corregible todo aquello que no asigne puntaje, hasta la adjudicación. Hoy rige el Decreto 1082 de 2015¹⁸⁸ que compiló el Decreto 1510 de 2013¹⁸⁹, sin introducir o modificar la regla de subsanabilidad por lo que entonces regiría, el criterio legal de la Ley 80 de 1993¹⁹⁰ y de la Ley 1150 de 2007¹⁹¹, en virtud del cual, un requisito o falencia es subsanable en la medida que no asigne puntaje.

No obstante, pese a la presunta claridad de las reglas de subsanabilidad establecidas en las normas citadas¹⁹² que rigen la contratación pública, se evidencia que aún no existe una unificación de criterio por parte de los operadores jurídicos en los procesos de selección en la contratación estatal bajo la modalidad de licitación

¹⁸⁴ Edgar González Gómez. Op.Cit., Pag 281.

¹⁸⁵ Decreto 1510 de 2013 (Departamento Nacional de Planeación). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Julio 17 de 2013.

¹⁸⁶ Decreto 066 de 2008. Ob Cit., Decreto 2474 de 2008. Ob Cit. y Decreto 734 de 2012. Ob Cit.

¹⁸⁷ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Art.5, Parágrafo 1.

¹⁸⁸ Decreto 1082 de 2015 (Departamento Nacional de Planeación) Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015.

¹⁸⁹ Decreto 1510 de 2013. Ob.Cit.

¹⁹⁰ Ley 80 de 1993. Ob Cit.

¹⁹¹ Ley 1150 de 2007.Ob Cit.

¹⁹² Ley 80 de 1993. Ob.Cit., Ley 1150 de 2007. Ob Cit y Decreto 1082 de 2015. Ob Cit.

pública y frente a la subsanabilidad por cuanto, se observa en los pliegos de condiciones de procesos contractuales, la determinación de un procedimiento en relación a la aplicación de las reglas de subsanabilidad, apoyado en diversos pronunciamientos del Consejo de Estado; que como se verá en el siguiente capítulo no son uniformes.

En los últimos años (2014-2015) por vía jurisprudencial el Consejo de Estado en su sección tercera, ha pretendido dar claridad con relación a la posibilidad con la que cuentan los proponentes para subsanar sus ofertas, retomando en cierto modo, la posición que preveían los decretos reglamentarios derogados citados¹⁹³, sobre la imposibilidad de subsanar ciertos requisitos que aunque habilitantes – capacidad jurídica; pero además la capacidad financiera y experiencia-, que considera son esenciales y que deben existir y acreditarse antes del cierre del proceso, sin que sea posible hacerlo con posterioridad a dicha etapa, porque a su juicio, las ofertas deben sujetarse y referirse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones¹⁹⁴, por lo que permitir subsanarlos luego del cierre, constituye adición o mejora de la propuesta lo cual esta proscrito por la ley¹⁹⁵.

Aunado, se observa que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente¹⁹⁶, entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación que funge como el ente rector del Sistema de Compra Pública de Colombia, con competencias para absolver consultas de carácter general sobre la aplicación e interpretación de las normas en

¹⁹³ Decreto 066 de 2008. Ob Cit., Decreto 2474 de 2007. Ob Cit. y Decreto 734 de 2012. Ob Cit.

¹⁹⁴ Ley 80 de 1993. Ob Cit. Art. 30, num 6.

¹⁹⁵ Ibid., Art. 30, num 8.

¹⁹⁶ Creada por medio del Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011.

materia del sistema de compras y contratación pública, ha emitido una circular¹⁹⁷ y conceptos¹⁹⁸, a través de los cuales trata de establecer interpretación que debe darse a las reglas respecto de la subsanabilidad de las ofertas.

Lo acabado de anotar, es la razón que lleva a realizar la presente línea jurisprudencial a través del análisis las sentencias proferidas sobre el tema, para lograr establecer las subreglas o criterios imperantes frente al tema.

1.3. Aplicabilidad de las reglas de subsanabilidad frente a requisitos y condiciones relativas al proponente

Para determinar la procedencia de la subsanabilidad de una oferta dentro de una licitación pública, entendida ésta en palabras del tratadista Samuel Yong Serrano, como “...una forma de selección de contratista, mediante la cual se utiliza el mecanismo de convocatoria pública para escoger en audiencia pública al oferente encargado de celebrar un contrato que no sea de consultoría o no se encuentre dentro de los casos que dan lugar a seguir el procedimiento de selección abreviada¹⁹⁹”, es preciso determinar sobre qué requisitos es factible aplicar las reglas de subsanación y para ello es importante distinguir entre lo que se consideran requisitos esenciales que permitirán la escogencia de la oferta más favorable mediante la comparación de las ofertas y otros

¹⁹⁷ Circular Externa No. 13 Asunto: *Subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje*. Junio 13 de 2014. (en línea)

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20140612circular13.pdf.

¹⁹⁸ Colombia Compra Eficiente. Concepto n° 0000174-2014 1204 y n° 810000376, junio 9 de 2014. (en línea)

<http://www.confecamaras.org.co/Documentos/DireccionJuridica/ConceptosDoctrinaJurisprudencia/con2425INT.pdf> y

https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://www.fasecolda.com/files/8714/2506/6396/7._Col-Compra-Eficiente-Concepto-2014-N0000174_20141204.doc.

¹⁹⁹ Samuel Yong Serrano. Op. Cit, Pags.109-110.

que no son necesarios, indispensables o determinantes para seleccionar objetivamente la propuesta.

El tratadista Pino Ricci hace una precisión al respecto en el siguiente sentido:

Los criterios de evaluación o selección de contratistas se pueden dividir en dos grandes grupos: aquellos que se establecen en relación con calidades predicables de quien presenta la propuesta, es decir, del proponente, y los que se imponen en relación con el contenido de la oferta.

En otros términos, es importante diferenciar entre los requisitos formales y los requisitos sustanciales previstos en el pliego de condiciones, para establecer si un requisito puede o no subsanarse. Y es precisamente el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, el que hace diferenciación entre las condiciones habilitantes o relativas a las condiciones del proponente y los elementos contenidos en las ofertas o propuestas al citar expresamente los requisitos habilitantes que en la licitación pública deben cumplirse por parte de los oferentes y verificarse por parte de la entidad en la evaluación como: la capacidad jurídica, experiencia, la capacidad financiera y de organización de los proponentes que son objeto de calificación, por ende no otorgan puntaje y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de “admisión” o “rechazo”.

Y además la norma en cita señala, los criterios sustanciales que son aquellos necesarios para la comparación de las ofertas, aquellos a los cuales se les otorga puntaje y sus defectos o

ausencia no pueden ser corregidos o complementados y sí conducen al rechazo o exclusión de propuestas²⁰⁰.

En ese contexto, la omisión de requisitos que no son sustanciales y que no otorgan puntaje, no puede conducir *per se* al rechazo de una propuesta.

Por su parte, el Consejo de Estado, ha señalado que:

...el pliego de condiciones también se rige por los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad y como quiera que el proceso de la licitación persigue finalmente una selección objetiva del contratista, se sigue que en todo pliego se pueden distinguir unos requisitos esenciales, y entre estos los que permitirán la escogencia de la oferta más favorable mediante la comparación de las varias que se hubieren presentado, y otros que no son necesarios, indispensables o determinantes para seleccionar objetivamente a quien se le habrá de adjudicar el contrato para que finalmente ejecute el objeto contractual.

De esta distinción se sigue, de un lado, que la omisión de requisitos que no son esenciales no puede conducir al rechazo de una propuesta y, de otro lado, que la pretermisión de esas exigencias pueden ser subsanadas puesto que en últimas no se enderezan a la selección objetiva del contratista²⁰¹.

²⁰⁰ Jorge Pinno Ricci. Op Cit., Pags. 3-4

²⁰¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 27885. febrero 26 de 2014.CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En otra sentencia del Consejo de Estado se hace la diferencia entre los requisitos formales y los requisitos sustanciales, con el fin de establecer si un requisito puede o no subsanarse así²⁰²:

- Requisitos formales: Son aquellos requisitos que no son necesarios para la comparación de las propuestas. No conducen al rechazo o exclusión de propuestas.

- Requisitos sustanciales: Son aquellos que son necesarios para la comparación de las ofertas. Si conducen al rechazo o exclusión de propuestas.

En ese orden de ideas, la aplicabilidad de las reglas de subsanabilidad opera respecto de los requisitos habilitantes, que de la lectura del numeral 1º, del artículo 5º, de la Ley 1150 de 2007²⁰³, se infiere que corresponden a: i) La capacidad jurídica, ii) las condiciones de experiencia, iii) la capacidad financiera y, iv) la capacidad de organización, los cuales según lo dispone la norma en cita, serán objeto de verificación de cumplimiento y se tendrán como requisitos para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, salvo el caso especial del concurso de méritos que se realiza con el fin de seleccionar consultores o proyectos, mediante sistemas de concurso abierto o de precalificación²⁰⁴ y en el que la experiencia del proponente sí puede ser objeto de calificación – puntaje-.

A través de los referidos requisitos habilitantes, se mide la aptitud para participar en un proceso de contratación como oferente. El propósito de los susodichos requisitos, es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la entidad estatal, sólo compare las ofertas de aquellos que están en condiciones de

²⁰² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 30161. Febrero de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁰³ Ley 1150 de 2007. Ob Cit. Art. 5.

²⁰⁴ Samuel Yong Serrano. Op Cit. Pag. 145.

cumplir con el objeto del proceso de selección del contratista. No otorgan puntaje alguno, excepto en el caso de la experiencia de los consultores²⁰⁵.

La regla general es que los citados requisitos o condiciones habilitantes del proponente, deben verificarse en el Registro Único de Proponentes – RUP- en virtud de lo señalado por el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007²⁰⁶ el que estableció que en este registro, constará, la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, de conformidad con los factores de calificación y clasificación que defina el reglamento.

Si bien estos requisitos²⁰⁷ los estableció el legislador como objeto de verificación, su alcance, las reglas y forma acreditación, deberán establecerse en el pliego de condiciones por parte de la entidad contratante, de forma adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato. Es decir, que haya una relación entre el objeto del contrato, su naturaleza, complejidad, plazo, valor y la experiencia del proponente, su capacidad jurídica, financiera y organizacional.

En ese orden de ideas, conforme lo dispone el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007²⁰⁸, son subsanables, no se les asigna puntaje y por ello no conducen al rechazo o exclusión de propuestas. Al respecto, el tratadista Edgar González López señaló: “Precisar qué omisiones o defectos son subsanables y cuáles insubsanables es una cuestión clave en el tema de la contratación, y en el caso de la legislación

²⁰⁵ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit. Artículo 2°, num 3. Concurso de méritos. Modificado por el art. 219, Decreto Nacional 019 de 2012. 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. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

²⁰⁶ Ibid. Artículo 6°. *De la verificación de las condiciones de los proponentes.* Modificado por el art. 221, Decreto Nacional 019 de 2012. T

²⁰⁷ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art 5°.

²⁰⁸ Ibid., Art. 5, Párrafo 1.

colombiana, la Ley 1150 tiene la suficiente claridad para darle plena aplicación y subsanar todo aquello que no sea objeto de ponderación²⁰⁹.”

Sin embargo, pese a la claridad de la norma en cita²¹⁰, el Consejo de Estado en el año 2014, hace un importante aporte sobre lo que debe entenderse por subsanabilidad e hizo las precisiones al respecto en el siguiente sentido:

Como es apenas comprensible, 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 del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 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.

...de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable;²¹¹...

²⁰⁹ Edgar González López. Op Cit., Pag 291.

²¹⁰ Ley 1150 de 2007. Ob Cit., Art. 5, Parágrafo 1.

²¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expd. 25.804. febrero 26 de 2014. CP. Enrique Gil Botero.

Por su parte, un experto en compras públicas, sobre el tema y respecto del referido fallo, en publicación para *Ámbito Jurídico*²¹² señaló:

En efecto, el fallo referido indicó: “defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas ‘usualmente indicado en los pliegos de condiciones’, sin exceder del día de la adjudicación.

(...)

Al tenor de lo dispuesto en la ley y la claridad sobre su forma de aplicación hecha por el Consejo de Estado, los únicos requisitos que no son subsanables son aquellos que otorgan puntaje, es decir, que sirven de ponderación de las ofertas basados en precio, calidad o relación costo-beneficio²¹³.

En ese orden de ideas, de lo anotado se concluye que, es requisito habilitante y subsanable todo aquel que determine la aptitud del proponente participante dentro de un proceso de contratación pública, que no otorga puntaje.

Conforme lo apuntado previamente y de la lectura integral e interpretación del párrafo 1º, del artículo 5º, de la Ley 1150 de 2007²¹⁴, en principio se colige que todos los requisitos de la propuesta que no sean objeto de puntaje pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación y que su

²¹² *Ámbito Jurídico*: es un periódico especializado de consulta obligada entre los profesionales, por su información de actualidad empresarial y jurídica; estudios y opiniones de interés general; análisis de normas y sentencias; temas contables y de auditoría, entre otros.

²¹³ Jorge Beltrán Pardo. Op Cit., <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti140808-04-la-subsanabilidad-en-la-contratacion-estatal.cshtml>.

²¹⁴ Ley 1150 de 2007. Ob Cit., Artículo 5º, Parágrafo 1º.

ausencia o su falta, al no ser necesarios para la comparación de las propuestas, no sirven de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. Así lo confirmó el Consejo de Estado en algunos pronunciamientos²¹⁵.

Sin embargo, en otros fallos que serán objeto de análisis en la presente línea han precisado que algunos requisitos habilitantes son sustanciales, creando ciertos límites de tal manera que para que sean tenidos en cuenta o puedan subsanarse, se requiere que las condiciones que con ellos se pretende acreditar, existan o se hayan adquirido por los proponentes con anterioridad al cierre del proceso y presentación de las propuestas, so pena de rechazo, ya que para el Alto Tribunal, no puede validarse o aceptarse el que un oferente luego del cierre del proceso contractual, éste adquiera las condiciones mínimas de participación o procure completar aquellas durante la evaluación y traslado pretendiendo ajustar su propuesta a los requerimientos del pliego frente a un requerimiento que antes del cierre no tenía.

Así las cosas, bajo esa posición podría decirse que, frente a algunos requisitos habilitantes en principio, su falta o su ausencia, pudieran ser subsanables; pero que, debido a su esencialidad, no opera de plano la regla de subsanabilidad. Tal es el pronunciamiento, de la Sección Tercera del Consejo de Estado de noviembre de 2014, en el que precisó:

...todos los requisitos habilitantes deben existir a la fecha de presentación de la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o complementar las condiciones mínimas de participación durante el desarrollo del proceso de selección, es decir, lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no

²¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. . Exp. 25.804. febrero 26 de 2014. CP. Enrique Gil Botero y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 27.986.12 de noviembre de 2014. CP Enrique Gil Botero.

aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no exista al momento de proponer, lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal²¹⁶.

Posiciones jurisprudenciales que denotan una interpretación diversa a la regla contenida en la citada disposición jurídica²¹⁷ que conlleva a plantear el problema jurídico²¹⁸ objeto de la presente línea jurisprudencial.

1.4. La subsanabilidad como un derecho del proponente y como una carga de la administración en garantía del principio de selección objetiva

Si bien la posibilidad de subsanar una oferta constituye un derecho para el proponente que deviene del párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007²¹⁹, éste no es absoluto, ni es una facultad que sea ilimitada, sino que se encuentra circunscripta a ciertos límites, algunos de orden legal y otros determinados por vía jurisprudencial²²⁰, el cual debe ejercerse y permitir su ejercicio por las entidades públicas, bajo la estricta observancia de los principios de la contratación estatal como el de: Transparencia²²¹, igualdad²²², libre concurrencia²²³, selección objetiva²²⁴.

²¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P. Carlos Alberto Zambrano.

²¹⁷ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Art. 5.

²¹⁸ ¿Se vulnera el principio de selección objetiva al no permitirle a un proponente subsanar hasta la adjudicación, requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, que no tenía o no se acreditaron al momento del cierre del proceso de Licitación Pública?.

²¹⁹ Ley 1150 de 2007. Ob Cit. Párrafo 1º.

²²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

²²¹ Daneyi Martínez Herrera Edison González Salguero. *El Principio de Transparencia en la Contratación Estatal*. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Maestría Derecho Administrativo. 2014. “Transparencia: Definido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación, y de manera excepcional en los demás modalidades de selección. El Principio de Transparencia, preside el procedimiento de selección o escogencia objetiva del contratista, instituido para garantizar el pleno desarrollo de los principios, entre otros de:

Tales limitantes en su función interpretativa, las ha señalado el alto tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo²²⁵ que podrían resumirse así:

- La subsanabilidad es un derecho excepcional, por lo tanto, no puede convertirse en la regla general. Por ello es deber de la entidad pública confeccionar los pliegos de condiciones con reglas claras, precisas y objetivas, de manera que permita, la estructuración de las propuestas que permitan la verificación y

Imparcialidad, contradicción, publicidad y moralidad. Esto implica, que la actividad contractual debe efectuarse de manera imparcial y objetiva, en igualdad de oportunidades y bajo el imperativo de la moralidad pública. Se refiere a la necesidad de que todo el proceso de selección del contratista se haga de manera pública, y que cualquier persona interesada pueda obtener información sobre el desarrollo de cada una de las etapas de dicho proceso.”

²²² Corte Constitucional, Sentencia C-862 de 3 de septiembre de 2008, Demanda de Inconstitucionalidad contra el parágrafo 3 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Expediente: D-7166. C.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “Igualdad: Todos los interesados tienen derecho a acceder a la contratación administrativa en iguales condiciones; - La participación en los procesos de selección de contratistas debe ser en igualdad de oportunidades; - los pliegos de condiciones, las invitaciones a participar y los documentos empleados para la selección de los contratistas, así como los reglamentos creados para tal fin, deben diseñarse de forma que garanticen la igualdad entre los proponentes; - el deber de selección objetiva de las propuestas impone evaluación entre iguales y la escogencia de la mejor propuesta y selección objetiva de los contratistas no excluyen el diseño de formas jurídicas que favorezcan grupos sociales tradicionalmente discriminados.”

²²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Agosto 29 de 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. “Libre Concurrencia: En virtud de este principio, cualquier persona tiene libertad de participar, en igualdad de condiciones, en la convocatoria que formule la Administración pública para la adquisición de bienes y servicios o para la ejecución de obras, requeridos para la satisfacción de las necesidades de la comunidad. La finalidad del principio de libertad de concurrencia es doble, en cuanto de una parte “asegura a los asociados la igualdad de oportunidades promoviendo la participación del mayor número de oferentes” y, de otra, “facilita la selección de quien presente la propuesta más favorable en beneficio del interés público” 21 ESCOBAR GIL, Rodrigo, ob. Cit., Pág. 154.”

²²⁴ Contratación En Línea. Co. *Principios de la Contratación Estatal* (en línea) <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=150&module=navigationmodule> (2014) “Selección Objetiva: a. La escogencia del contratista debe estar desprovista de todo tipo de consideración subjetiva, afecto o interés. b. Que la propuesta más favorable se debe determinar exclusivamente con arreglo a los diversos factores de selección previamente establecidos por la Administración, así como la ponderación precisa y detallada de tales criterios de selección. c. Que la ponderación de cada uno de dichos criterios o factores de escogencia se debe establecer de manera precisa, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones y d. Que la adjudicación hecha por la entidad pública esté precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones hechos por la entidad o sus consultores o asesores.”

²²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 40660. Julio 29 de 2015. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

comparación objetiva. Y es deber del oferente, sujetar su oferta a los requisitos y reglas previstos en los pliegos.

- Si bien algunos requisitos sustanciales no otorgan puntaje, constituyen exigencias que están previstas en la ley y que indefectiblemente deben ser cumplidos por los proponentes al momento de presentar su propuesta, so pena de rechazo de su propuesta²²⁶. Respecto de éstos no se predica la subsanabilidad.
- Está proscrito mejorar la oferta con la excusa de subsanarla. La facultad de subsanar, no le confiere a los oferentes la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta originaria, puesto que, el proceso de selección del contratista necesariamente está regido bajo el principio de igualdad²²⁷ y permitir que un proponente pueda mejorar su oferta en la etapa de calificación necesariamente implicaría una trasgresión a dicho postulado que, valga recordar, ostenta rango constitucional²²⁸.
- El derecho a subsanar debe ejercerse dentro del plazo establecido por la entidad pública en el pliego de condiciones antes de la adjudicación, en aras de respetar el principio de transparencia²²⁹ e igualdad.
- No puede subsanarse algo que no existe. Significa en términos del Consejo de Estado: “lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones

²²⁶ Miguel S. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, (1983). “Si la propuesta no se ajusta a las bases de la contratación señaladas en el pliego, debe descartarse. Ello no implica negar la eficacia de las ofertas que se aparten del pliego de condiciones en detalles sin trascendencia.”

²²⁷ Rodrigo Escobar Gil. Op.Cit, .Pag. 161.

²²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp.54.919. Enero 27 de 2016. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²²⁹ Ernesto Matallana Camacho. *Manual de Contratación de la Administración Pública – Reforma de la Ley 80 de 1993*, Pag. 43, Universidad Externado de Colombia (2009).

habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe²³⁰.”

- Es susceptible de subsanación, 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 presentar la propuesta, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está proscrito²³¹.

Pese a la evolución de las reglas de la subsanabilidad y a la claridad que se pretendió dar a los operadores de las compras públicas con la Ley 1150 de 2007²³² frente al tema, la utilización y aplicación de aquellas, conforme al artículo 5 ibídem y su parágrafo 1o, en armonía con el artículo 30 numerales, 7 y 8 de la Ley 80 de 1993²³³, en relación a la posibilidad de subsanar las ofertas, a los presupuestos, sus límites y la oportunidad para ejercer tal derecho, parece no ser lo suficientemente clara, al momento de valerse de ellas.

Conclusión a la que se llega, luego del análisis de los varios fallos del Consejo de Estado, a través de los cuales por vía de interpretación, ha emitido cualquier cantidad de pronunciamientos frente al tema de subsanabilidad y en los cuales se pueden evidenciar varias posturas con unas elucidaciones que podrían generar inseguridad jurídica e interpretaciones diversas en los operadores jurídicos de la contratación pública al momento de aplicar la regla de la subsanabilidad de la oferta.

²³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 40635. Junio 24 de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón.

²³¹ Ley 80 de 1993. Ob Cit., Art. 30, num 8.

²³² Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

²³³ Ley 80 de 1994. Ob. Cit.

En consecuencia, para conocer tales interpretaciones normativas en el siguiente capítulo se entrará a analizar las posturas del Consejo de Estado frente al tema de subsanabilidad de las ofertas en procesos adelantados bajo la modalidad de licitación pública, desde la vigencia de la Ley 1150 de 2007²³⁴, con la cual se da una transformación importante al concepto de la subsanabilidad, reforzado en los fallos en ejercicio interpretativo de las normas que la regulan.

²³⁴ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

Capítulo II. Análisis de la secuencia de los fallos jurisprudenciales referentes a la subsanabilidad de las ofertas en procesos de contratación estatal, adelantados bajo la modalidad de licitación pública.

En el presente capítulo, se pretende la elaboración de la línea jurisprudencial propuesta, describiendo las sentencias del Consejo de Estado proferidas en el interregno comprendido entre el 2008 a 2015, en su función interpretativa de las normas que posibilitan la subsanación de las ofertas a partir de la reforma introducida a través de la Ley 1150 del 26 de julio de 2007²³⁵ y los decretos reglamentarios²³⁶ que durante ese periodo se encontraban vigentes, por cuanto hasta antes de la expedición de esta normativa, el tema no era claro en el desarrollo de determinado proceso de selección; pero a partir de aquella ²³⁷, marcó un nuevo panorama en la contratación estatal para la selección objetiva de los contratistas de la administración pública, por cuanto estableció la regla de subsanabilidad imponiendo a las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación Pública²³⁸, la obligatoriedad de dar aplicación a aquel postulado.

Según la redacción que trae consigo la modificación al referido estatuto²³⁹ parece ser clara, amplia y general para todos aquellos requisitos habilitantes; pero el Consejo de Estado respecto de aquella, ha emitido varios pronunciamientos sobre la aplicación de la mencionada disposición legal²⁴⁰, la cual en principio debería aplicarse de la misma forma. Sin embargo, el juez natural del contrato estatal se ha pronunciado sobre este tema, de diversas maneras por lo que la línea tratará de dar cuenta de cómo el Alto Tribunal ha entendido aquel postulado de la subsanabilidad.

²³⁵ Ley 1150 de 2007: Ob Cit.

²³⁶ Decreto 066 de 2008 Ob Cit., Decreto 2474 de 2008. Ob Cit., Decreto 4828 de 2008 Ob Cit., Decreto 734 de 2012, Ob Cit., Decreto 1510 de 2013. Ob Cit. y Decreto 1082 de 2015. Ob Cit.

²³⁷ Ley 1150 de 2007: Ob Cit.

²³⁸ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Ley 1150 de 2007. Ob Cit., artículo 5°.

Fallos que recogen de manera relevante la interpretación de las reglas de la subsanabilidad de las ofertas en virtud de la reforma introducida por la Ley 1150 del 2007²⁴¹ y a través de los cuales se ha impartido los lineamientos y subreglas acerca de la manera como las mismas, deben ser aplicadas por los operadores jurídicos de la contratación, dentro de un proceso de selección de contratistas bajo la modalidad de licitación pública.

A partir del fallo del Consejo de Estado²⁴² como punto de apoyo o arquimédico²⁴³, en el que se identificó el presupuesto fáctico que contiene hechos notables que se enmarcan dentro del problema jurídico planteado²⁴⁴ y en el que se cita un amplio número de sentencias, se realizó el proceso de ingeniería de reversa²⁴⁵, a fin de diferenciar las sentencias relevantes y no relevantes frente al tema, para luego, construir el nicho citacional²⁴⁶ y proceder al análisis dinámico de cada una, elaborando así la línea jurisprudencial, mostrando de ésta manera los escenarios desarrollados por la Corporación frente a la interpretación de las reglas contenidas en las Leyes 80 de 1993²⁴⁷ y 1150 de 2007²⁴⁸ frente a la subsanabilidad de las ofertas en procesos de contratación pública adelantados bajo la modalidad de licitación pública.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 51.376. Noviembre 26 de 2015. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁴³ Diego Eduardo López Medina. Op Cit., Pag. 168. “El punto arquimédico es simplemente una sentencia con la que el investigador tratará de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito...será el ayudar en la identificación de las “sentencias hito” de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea.”

²⁴⁴ ¿Se vulnera el principio de selección objetiva previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al no permitirle a un proponente subsanar hasta la adjudicación, requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, que no tenía o no se acreditaron al momento del cierre del proceso de Licitación Pública?

²⁴⁵ Diego Eduardo López Medina. Op Cit., Pag. 170.

²⁴⁶ Ibid. Op.Cit., Pag.177

²⁴⁷ Ley 80 de 1993. Ob.Cit.

²⁴⁸ Ley 1150 de 2007.Ob. Cit.

En el siguiente gráfico, se identifica en el primer nivel el punto arquimédico o de apoyo²⁴⁹. Luego de realizada la ingeniería de reversa²⁵⁰, en el segundo nivel se encuentran relacionadas todas las sentencias citadas en el punto arquimédico²⁵¹. En el tercer nivel, se ubican las citadas en el segundo nivel y de la misma manera, hasta el cuarto nivel, a fin de formar el nicho citacional²⁵², en el cual, a su vez se identificará las sentencias hito²⁵³²⁵⁴. Es decir, aquellas que son pertinentes e importantes para el problema jurídico planteado, para así determinar las posiciones del Consejo de Estado y subreglas planteadas frente a la subsanabilidad de las ofertas en sede jurisprudencial y por lo tanto, vinculantes para decisiones futuras como precedente.

1er NIVEL	2do NIVEL	3er NIVEL	4to NIVEL
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación 51376	Consejo de Estado. Sentencia del 26 de Enero de 2011. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 36.408. ACCION NULIDAD DECRETO 2474 NO APLICA	NO CITA	
	Consejo de Estado, Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 24.059	Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540. NO APLICA	NO CITA
	Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 25 804. M.P Enrique Gil Botero	Sentencia Consejo De Estado, Sección III, Resuelve Nulidad Art. 10 DECRETO 2474 DE 2008. 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054	NO CITA

²⁴⁹ Diego Eduardo López Medina. Op Cit., Pag. 168.

²⁵⁰ Ibid. Op Cit., Pag. 170.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid. Op.Cit., Pag.177

²⁵³ bid. Op.Cit., Pag.163.

²⁵⁴ Las resaltadas en color gris

	Consejo de Estado, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21.324	Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, exp. 10217, M.P. Ricardo Hoyos Duque.	NO CITA
		Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24059, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.	NO CITA
		Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25804, M.P. Enrique Gil Botero.	NO CITA
	Consejo de Estado, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 27.986. CP ENRIQUE GIL BOTERO	Consejo de Estado Sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054. CP. ENRIQUE GIL BOTERO	NO CITA
		Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25.804, M.P. Enrique Gil Botero.	NO CITA
	CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. C.P: CARLOS ZAMBRANO . Exp: 29855	Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 20 de mayo de 2010, rad. 1.992.	Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicados: 1100-10-326- 000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000- 2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000- 38-01 (25.409); 1100-10- 326-000-2003-000-10-01 (24.524); 1100-10-326-000- 2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000- 39-01 (25.410); 1100-10- 326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000- 2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000- 50-01 (31.447) – acumulados NO APLICA

		Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de febrero de 2012, exp. 20.688.	NO CITA
		Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25.804.	Sentencia Consejo de Estado, Sección III , Resuelve Nulidad ART. 10 DECRETO 2474 DE 2008. 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054
	CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de febrero de 2015. Exp: 30.161.C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.	Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 24.059.	Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540. No aplica
		Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 30.250.	Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, 20 de mayo de 2010, Exp- 1.992.
		Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21.324.	Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25804, M.P. Enrique Gil Botero.
			Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24059, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
		Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 27.986.	Consejo de Estado Sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera – exp. 36.054. CP. ENRIQUE GIL BOTERO

			Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, del 26 de febrero de 2014 –exp. 25.804- CP ENRIQUE GIL BOTERO
	Consejo Estado. Sentencia del 11 de mayo de 2015. Exp: 34.510.	Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de noviembre de 2014, expediente 27986 C.P. ENRIQUE GIL BOTERO	Consejo de Estado Sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera – exp. 36.054. CP. ENRIQUE GIL BOTERO
			Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp. 25 804. M.P Enrique Gil Botero

Construido el nicho citacional²⁵⁵ y realizada la ingeniería de reversa²⁵⁶, se analizaron aquellas sentencias que tenían el mismo presupuesto fáctico, esto es, demandas cuya pretensión es la nulidad del acto administrativo de adjudicación o de declaratoria de desierto de un proceso de licitación pública, al considerar el demandante que su propuesta cumplía con todos los requisitos señalados en el pliego de condiciones y que con el acto administrativo a su juicio ilegal, fue privado injustamente de ser el adjudicatario de un contrato solicitando además, a título de restablecimiento, el reconocimiento de perjuicios que corresponde a la utilidad esperada con la ejecución del contrato; pero además, se tuvo en cuenta la ratio decidendi como apoyo para la decisión. Aquellas sentencias se han resaltado en color gris.

No obstante, se considera importante hacer referencia de manera previa a la presentación de la línea, a dos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del

²⁵⁵ Diego Eduardo López Medina. Op Cit., Pag.177

²⁵⁶ Ibid. Op Cit., Pag. 170.

Consejo de Estado de 2008 y 2010²⁵⁷ que revisten de importancia en la presente línea, por cuanto, son las primeras que se emiten luego de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007²⁵⁸ y con ocasión de aquella, hace una interpretación de la regla de subsanabilidad con relación a los requisitos habilitantes, que si bien por su naturaleza (concepto) no se las ubica en la gráfica de la línea con un punto (.), sino con un asterisco (*) por carecer del presupuesto factico planteado, podrían considerarse como las sentencias fundadoras²⁵⁹.

Y así también, se hará mención a sentencias del mismo Consejo de Estado²⁶⁰, que se resuelven unas acciones de nulidad de normas contenidas en el Decreto 2474 de 2008²⁶¹ reglamentario de la Ley 80 de 1993²⁶² y de la Ley 1150 de 2007²⁶³, entre ellas, la del artículo 10²⁶⁴, que regulaba sobre las reglas de subsanabilidad de las ofertas. Pronunciamientos que sirvieron de apoyo en algunas las sentencias hito de la línea, a fin de resolver los problemas jurídicos planteados alrededor de la subsanabilidad de las ofertas tal como se evidencia en el gráfico del nicho citacional antes presentado.

De esta manera, se construye la línea partir de las siguientes sentencias en las que el Consejo de Estado ha efectuado la interpretación al régimen de la subsanabilidad de las ofertas contenidas en las normas que regulan la contratación pública²⁶⁵; pero a partir de

²⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de noviembre de 2008, Rad: 1927, CP: William Zambrano Cetina y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, Radicación: 1992. CP: Enrique José Arboleda Perdomo.

²⁵⁸ Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

²⁵⁹ Diego Eduardo López Medina. Op Cit., Pag.164.

²⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de abril de 2010. Exp: 36054. –Acción de Nulidad- C.P. Enrique Gil Botero y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. 26 de enero de 2011. Exp: 36.408. – Acción de nulidad Decreto 2474 de 2008- .C.P- Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶¹ Decreto 2474 de 2008. Ob Cit.

²⁶² Ley 80 de 1993. Ob Cit.

²⁶³ Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

²⁶³ Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

²⁶⁴ Decreto 2474 de 2008. Ob Cit., art. 10. Reglas de Subsanabilidad.

²⁶⁵ Ley 80 de 1993. Ob Cit. Y Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

la vigencia de la Ley 1150 de 2007 y que tratan de manera directa el objeto del análisis estableciendo las reglas y subreglas que permitan a las entidades públicas adelantar sus procesos de selección, con sujeción al cumplimiento del marco normativo constitucional y legal. Fallos que aportan elementos importantes para la reconducción objetiva de los procesos contractuales y que se presentan en el siguiente orden cronológico:

2.1. Interpretación jurisprudencial al régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas previsto en la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, en vigencia de Decretos Reglamentarios 066 de 2008, 2474 de 2008 y 734 de 2012.

A partir del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007²⁶⁶, que previó 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, implicó un cambio en la forma de evaluar la propuesta presentada por los oferentes dentro de un proceso de selección de contratistas puesto que, entró a regir la obligación para los operadores de la contratación pública, de no rechazar una propuesta que no se presentara con todos los requisitos habilitantes, previstos en el pliego de condiciones y a partir de ella, se han proferido varios fallos interpretativos por parte del Consejo de Estado como se señala a continuación.

En un primer pronunciamiento interpretativo de ésta regla, la Sala de Consulta y Servicio Civil a través del concepto No. 1927 del 6 de noviembre de 2008²⁶⁷, al absolver los interrogantes que le hiciera el Ministerio de Comunicaciones respecto a sí la garantía de seriedad de la oferta puede considerarse un requisito subsanable hasta la

²⁶⁶ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit. Art 5°.

²⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto rad: 1927, noviembre 6 de 2008, CP. William Zambrano Cetina.

adjudicación y; si ésta no obra en la propuesta, o presenta errores y omisiones de las exigencias del pliego puede la entidad aceptar la presentación de pólizas constituidas en fecha posterior a la del cierre del proceso.

Se refirió a la subsanabilidad de requisitos a la luz del párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007²⁶⁸ y del entonces vigente artículo 10 del Decreto 2474 de 2008²⁶⁹, precisando que la última norma en cita, estableció un límite a la subsanabilidad, señalando que aquella posibilidad, debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

Así entonces, bajo esta interpretación, los proponentes deben cumplir para la fecha en que “se cierra el proceso” con todos los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de tal forma que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de subsanar. Dejó, además, esbozada la importancia del principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal y que los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas o que no constituyan los factores de escogencia, son subsanables, con el fin de garantizar los principios de transparencia e igualdad para todos los oferentes.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en ésta oportunidad estableció como regla que, por vía de la posibilidad de subsanación el oferente en el transcurso del proceso de selección del contratista, no puede ir estructurando y ajustando su propuesta conforme vaya evolucionando su situación particular en el mismo, apelando a la regla del numeral 6° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993²⁷⁰ según

²⁶⁸ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5 Parágrafo 1.

²⁶⁹ Decreto 2474 de 2008. Ob. Cit., Art. 10.

²⁷⁰ Ley 80 de 1993. Ob.Cit.

el cual, “*las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones*”; pero además, con relación al caso concreto de la consulta, precisó que no es viable hacer ofrecimientos sin la garantía de seriedad que exige el mismo Estatuto de Contratación²⁷¹, por cuanto a su juicio, la misma es consustancial a la oferta y constituye por tanto un requisito indispensable para participar en el proceso de selección²⁷².

Precisó que la exigencia de la garantía de seriedad de la oferta, es un requisito indispensable, no desaparece con las normas que permiten el saneamiento de defectos formales y de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, pues si bien dicha póliza no tiene relación con los factores de escogencia y en esa medida permite que sus defectos sean subsanados cuando haya sido presentada al momento del cierre del proceso, se trata de un requisito que ineludiblemente se debe acreditar con la presentación de la oferta por lo que su falta de entrega con la oferta no es subsanable, por lo que consideró la Sala que, no es posible aceptar la presentación de pólizas de seriedad de oferta constituidas en fecha posterior al cierre del proceso de contratación.

Del citado concepto²⁷³, se destaca como subregla, la prohibición para el oferente so pretexto de subsanar requisitos habilitantes, acreditar circunstancias posteriores al cierre del proceso de selección, bajo la premisa del respeto de principios como el de transparencia e igualdad y de la sujeción a las reglas contenidas en el pliego de condiciones²⁷⁴, por lo cual, después de presentada la propuesta esta no puede estar sometida a modificaciones o ajustes a través de la acreditación de hechos o circunstancias ocurridas, luego del cierre del proceso.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Ley 1150 de 2007. Ob. Cit. Art. 7°. *De las garantías en la contratación*. “Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos” (...)

²⁷³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto rad: 1927, noviembre 6 de 2008, CP. William Zambrano Cetina.

²⁷⁴ Ley 80 de 1993. Ob. Cit., Art. 30, num 6.

Sin embargo, de la lectura del artículo 5º, de la Ley 1150 de 2007 y en especial de su párrafo 1º ²⁷⁵, a prima facie se colige que lo que se puede subsanar son aquellos requisitos habilitantes que no otorgan puntaje por lo que, todo requisito no necesario para comparar las ofertas no pueden ser rechazados y pueden ser subsanados. No estableció la norma, la condición o la limitación en el sentido que explica la Corporación cual es, que sí el proponente no cumple o no cuenta con el requisito habilitante al momento del cierre del proceso²⁷⁶, éste no puede ser subsanado posteriormente.

Nótese que la norma es clara en precisar 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. 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 adjudicación²⁷⁷.”

Se advierte que la norma en cita²⁷⁸, hace referencia a dos términos: “ausencia de requisitos” o “falta de documentos”, siendo necesario desentrañar el significado de dichas expresiones para establecer si la posición de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ²⁷⁹, es acorde a lo establecido en el párrafo 1º, artículo 5, Ley 1150 de 2007²⁸⁰.

²⁷⁵ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Art. 5, párrafo 1.

²⁷⁶ Etapa límite hasta cual, los proponentes entregan sus propuestas para que la entidad proceda a evaluarlas.

²⁷⁷ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Art. 5, párrafo 1.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto rad: 1927, noviembre 6 de 2008, CP, William Zambrano Cetina.

²⁸⁰ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Art. 5, párrafo 1.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española las palabras “falta” y “ausencia” significan:

*Falta*²⁸¹.

Del lat. vulg. *fallīta*.

1. f. Carencia o privación de algo.
2. f. Defecto o privación de algo necesario o útil. Falta de medios, de lluvias.
3. f. Quebrantamiento de una obligación.
4. f. Ausencia de una persona del sitio en que debía estar.
5. f. Nota con que se hace constar la ausencia de una persona del sitio en que debía estar.
6. f. Ausencia de una persona, por fallecimiento u otras causas.

*Ausencia*²⁸². Del lat. *absentia*.

1. f. Acción y efecto de ausentarse o de estar ausente.
2. f. Tiempo en que alguien está ausente.
3. f. Falta o privación de algo.
4. f. Der. Condición legal de la persona cuyo paradero se ignora.
5. f. Med. Supresión brusca, aunque pasajera, de la conciencia.
6. f. Psicol. Distracción del ánimo respecto de la situación o acción en que se encuentra el sujeto.

Para el caso que ocupa nuestra atención, tomando las anteriores definiciones y frente a lo que quiso decir la norma²⁸³ con las expresiones: “ausencia” o “falta”, utilizando la descripción del significado “ausencia reproducido: *“la inexistencia o la falta o privación de “algo” que no se tiene”*”, la inexistencia de ese algo se refiere, a un

²⁸¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en línea) <http://dle.rae.es/?id=HZKtGsK> (consulta 16 junio de 2017).

²⁸² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en línea) <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=4PwvY5i>. (consulta 16 junio de 2017).

²⁸³ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit., Art. 5, Parágrafo 1.

requisito habilitante que no otorga puntaje y que no se tiene al momento del cierre del proceso.

Ahora bien, además, la norma en cita²⁸⁴, es diáfana en señalar que “la ausencia o la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de ofertas, *“no son suficientes para rechazar una oferta.”* De esta última expresión, claramente se colige que, la inexistencia de esos requisitos que no otorgan puntaje, no es motivo suficiente para que la administración rechace una oferta.

Luego, inmediatamente la aludida norma²⁸⁵, prevé que *“todos los requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación”*. Se observa que la regla jurídica usa la expresión: “todos los requisitos” que no asignen puntaje.

Consultado de la misma manera, el término “todo” se tiene que, éste proviene del latín *totus* y hace referencia a algo que se toma o se comprende enteramente²⁸⁶. Lo que supone para el caso de estudio, que la norma²⁸⁷ no hizo distinción o referencia a algún requisito que no tenga puntaje que no pueda subsanarse, corregirse o enmendarse; dicho en otros términos, no estableció ningún tipo limitación, exclusión o condición alguna en ese sentido, siendo posible su subsanación aunque estén ausentes o falten antes del cierre del proceso.

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Definición. De (en línea) <http://definicion.de/todo/>. Autores: Julián Pérez Porto y Ana Gardey. Publicado: 2010. Actualizado: 2010.

²⁸⁷ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit., Art. 5, Parágrafo 1.

En ese orden de ideas, podría decirse en primera instancia que la subregla establecida por el Consejo de Estado²⁸⁸, es opuesta a la señalada por la norma *ibídem*²⁸⁹; pero es necesario precisar que, para la fecha en que emite su pronunciamiento, se encontraban vigentes los Decretos 2474 de 2008²⁹⁰ y 4828 de 2008²⁹¹ que establecieron algunos criterios de insubsanabilidad, hoy derogados frente a las reglas de subsanabilidad en el sentido que, no se podía permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso y que la no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta sería causal de rechazo de esta última. En tal sentido, sin lugar a dudas, los proponentes no podrían acreditar a título de subsanación circunstancias ocurridas después del cierre del proceso, así se trate de requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, que no otorgan puntaje.

Bajo ésta posición si un proponente al momento del cierre del proceso, no acreditó circunstancias o no tenía los requisitos señalados en el pliego de condiciones, no puede pretender adquirirlos con posterioridad, por lo tanto, es perfectamente legal que se rechace su propuesta y se lo prive de ser adjudicatario del contrato.

Luego en el año 2010, la misma Sala de Consulta y Servicio Civil mediante concepto²⁹² resolviendo los interrogantes que le formulara el Ministerio de Transporte con relación a la verificación de las condiciones de los proponentes, de los requisitos habilitantes, su distinción legal con los requisitos evaluables de las propuestas y sobre la posibilidad de subsanarlos, precisó que “la Ley 80 de 1993 no incluía en su texto el término subsanar o subsanable para referirse a la posibilidad que tendría un proponente

²⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto rad: 1927, noviembre 6 de 2008, CP. William Zambrano Cetina.

²⁸⁹ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit., Art. 5, Parágrafo 1.

²⁹⁰ Decreto 2474 de 2008. Ob. Cit.

²⁹¹ Decreto 4828 de 2008. Ob.Cit.

²⁹² Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, Radicación: 1992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

para corregir algún elemento de su oferta y evitar que ésta fuera rechazada, o que el aspecto correspondiente le fuera valorado en forma desfavorable. (...)

Señaló además, que con la regulación contenida en la Ley 1150 de 2007²⁹³, hay un cambio sustancial toda vez que, hizo la distinción entre los requisitos habilitantes y evaluables, precisando que los primeros son los factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes que no otorgan puntaje; y que aquella, le entregó a las Cámaras de Comercio la verificación de los requisitos habilitantes que las entidades deben tomarlos del Registro Único de Proponentes. Aclaró además que, les corresponde a las entidades licitantes la facultad de pedir los documentos necesarios para subsanar algún requisito.

Para el caso concreto de la línea, el Consejo de Estado señaló que la norma en cita²⁹⁴, materializa el principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, que se enmarca bajo la siguiente premisa: *“no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta no necesarios para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante.”*

Efectuando el Consejo de Estado una interpretación similar al anterior concepto²⁹⁵ en relación con el último inciso del artículo 10º del Decreto 2474 de 2008²⁹⁶, precisó sobre el límite a la posibilidad de requerir los documentos o requisitos, señalando que las entidades estatales no pueden permitir que *“se subsane la falta de capacidad para*

²⁹³ Ley 1150 de 2007, Ob.Cit.

²⁹⁴ Ibid., Art. 5, Parágrafo 1.

²⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto rad: 1927, noviembre 6 de 2008, C.P. William Zambrano Cetina.

²⁹⁶ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit.

presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso” y que estima que, no es viable hacer ofrecimientos sin cumplir con los requisitos habilitantes exigidos para participar, ni en general que la oferta no se ajuste a lo señalado en el pliego de condiciones, siendo imposible que el proponente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993²⁹⁷, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”.

Para la Sala²⁹⁸, el proponente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, sujetándose a todos los requisitos del pliego de condiciones de manera que la entidad pueda, evaluarla y sólo si hace falta algún requisito o un documento, pueda requerirlo al oferente lo subsane, proceder que dice se realiza por excepción, ya que a su juicio, la regla general debe ser el cumplimiento por parte de cada uno de los proponentes de la norma acabada de citar²⁹⁹ esto es, cumplir en la fecha en que presenta su oferta con las condiciones y requisitos que se exigen para el efecto, de manera que es sobre ellos sobre los que recae la posibilidad de saneamiento y no, sobre otros que no se presentaron al momento del cierre y de los que se pretende cumplir con posterioridad.

Así entonces, del referido pronunciamiento del Consejo de Estado³⁰⁰ ha de colegirse que lo que se subsana, son aquellos requisitos habilitantes que se tienen al momento del cierre del proceso y no después de la fecha de presentación de la oferta, fecha en la cual el proponente debe cumplir con el mínimo de requisitos habilitantes

²⁹⁷ Ley 80 de 1993, Ob.Cit.

²⁹⁸ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, Radicación: 1992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

²⁹⁹ Ley 80 de 199, Ob.Cit, Art. 30, num 6.

³⁰⁰ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, Radicación: 1992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

para poderse obligar, caso contrario el negocio jurídico adolecería de alguna imperfección.

En ésta oportunidad, reiteró el Consejo de Estado³⁰¹ la regla de que, la posibilidad de subsanar debe recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del proceso de selección o lo que es lo mismo, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual, lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante. Adicionalmente aclaró que corresponde a las entidades licitantes la facultad de pedir los documentos necesarios para subsanar algún requisito. En otras palabras, consideró, que la posibilidad de subsanar prevista en la Ley 1150 de 2007³⁰² y el Decreto 2474 de 2008³⁰³, es una potestad reglada para las entidades estatales, que se traduce en la necesidad de requerir a los proponentes la subsanabilidad de los oferentes.

Luego del referido pronunciamiento, el inciso 2º y el inciso final del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008³⁰⁴, fueron demandados en dos acciones independientes de nulidad simple³⁰⁵. Específicamente los apartes: “...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...” y “... ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta...” respectivamente.

³⁰¹ Ibid.

³⁰² Ley 1150 de 2007. Ob.Cit.,Art.5.Parágrafo 1.

³⁰³ Decreto 2474 de 2008. Ob.Cit., Art. 10.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de abril de 2010, Exp: 36054, CP: Enrique Gil Botero y Consejo de Estado, Sección tercera, 26 de enero de 2011. Exp. 36.408, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En la primera acción de nulidad³⁰⁶ citada, consideró el actor que el ejecutivo con el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474³⁰⁷ incurrió en una extralimitación de la potestad reglamentaria contrariando de ésta manera, el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007³⁰⁸ el cual posibilita se subsanen los requisitos que no son esenciales para la comparación de las ofertas presentadas en el proceso de selección, hasta la adjudicación del contrato. Y el precepto dispone que dichos requisitos pueden subsanarse “*hasta el momento en que la entidad lo establezca (...)*”, lo cual, restringe los límites trazados por el legislador y se extralimita el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En ésta oportunidad el alto tribunal, declaró la nulidad del aparte demandando considerando que en efecto, la norma reglamentaria³⁰⁹ desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador, ya que limita temporalmente la posibilidad de que se subsanen las deficiencias de las ofertas, permitiendo que en los pliegos pueda anticiparse dicho momento, lo cual no se ajusta a los parámetros de la Ley 1150 de 2007³¹⁰, porque ella permite la subsanación de las ofertas hasta el momento de la adjudicación.

Pero para el caso bajo estudio de la línea, el fallo señaló que la referida ley³¹¹ cita como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Factores que no pueden evaluarse con puntaje, sino con el criterio de admisión o rechazo. Y del contenido del párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, ³¹²el cual dispone que: “...*la ausencia de requisitos*

³⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp: 36054, 14 de abril de 2010. C.P Enrique Gil Botero.

³⁰⁷ Decreto 2474 de 2008. Ob Cit. Art.10.

³⁰⁸ Ley 1150 de 2007. Ob Cit., Art.5.Parágrafo 1.

³⁰⁹ Decreto 2474 de 2008. Ob Cit. Art.10.

³¹⁰ Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

³¹¹ Ibid.

³¹² Ibid.

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”, se infiere que tales requisitos son subsanables, y al no otorgar la asignación de puntaje, pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.

La Sala³¹³ hace una interpretación llana y amplia del párrafo 5 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, sin que se deduzca que tal disposición estableció condiciones o restricciones adicionales a la regla frente a los requisitos habilitantes y al momento en el cual el proponente debe acreditar que cuenta con aquellos, si antes o luego del cierre del proceso. Bajo esta interpretación como se dijera de manera precedente, se deduce que es posible la subsanación de estos requisitos, aunque estén ausentes o falten antes del cierre del proceso y hasta la adjudicación.

En la otra acción legal³¹⁴, consideró el accionante que la potestad reglamentaria del presidente de la República se desbordaba como quiera que, el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007³¹⁵, *“dispone que la capacidad jurídica es un requisito habilitante sujeto a verificación para acceder al proceso de selección, que no otorga ningún puntaje, la potestad reglamentaria se desborda en el inciso final del artículo 10° del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 al impedir que la falta de capacidad sea subsanada.”* y la facultad de expedir, interpretar, reformar y derogar las leyes sólo la concede la Constitución Política al Congreso.

³¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. –Acción de Nulidad -. Exp: 36054, 14 de abril de 2010. C.P Enrique Gil Botero.

³¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. –Acción de Nulidad -. Exp. 36.408. 26 de enero de 2011. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³¹⁵ Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

Consideró el impugnante que una interpretación sistemática del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007³¹⁶, permite concluir que la capacidad jurídica es un requisito habilitante que no otorga puntaje y que por consiguiente, puede ser subsanada “*en cualquier momento de selección hasta la adjudicación*” ya que según lo prevé el párrafo 1° del mencionado artículo³¹⁷, la ausencia de requisitos o de documentos relacionados con el proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no pueden ser causas suficientes para el rechazo de las ofertas y pueden ser solicitados por la entidad hasta la adjudicación, siendo procedente que la falta de capacidad jurídica del proponente, puede ser subsanada hasta ese momento.

Argumentó entonces el accionante, que el precepto acusado³¹⁸, impide que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta y que el presidente excedió su potestad reglamentaria, se convirtió en legislador, vulnerando así, los artículos 150³¹⁹ y 189³²⁰ de la Constitución Política y el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007³²¹.

El Consejo de Estado, para decidir la acción instaurada³²², hizo una disertación de lo que se considera la “capacidad jurídica” para celebrar negocios jurídicos acudiendo a normativas del derecho privado³²³ y público³²⁴; empero precisó que en sede de la contratación estatal la ley emplea la expresión “capacidad jurídica” con un sentido

³¹⁶ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5.

³¹⁷ Ibid., Art. 5. Párrafo 1.

³¹⁸ Decreto 2474 de 2008. Ob. Cit., Art. 10.

³¹⁹ Constitución Política de Colombia. Ob. Cit., Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. “(...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

³²⁰ Ibid. Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: “(...)10. Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento. 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.(...)”

³²¹ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5.

³²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. –Acción de Nulidad - .,Exp. 36.408. 26 de enero de 2011. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³²³ Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art. 1502. Abril 15 de 1887 (Colombia).

³²⁴ Ley 80 de 1993. Ob. Cit., Art. 6.

mucho más amplio que el que tiene en el derecho privado. Señaló que: *“habida cuenta de la satisfacción del interés público que persigue la contratación pública y del imperio de los principios de igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad, economía, eficacia y celeridad, la “capacidad jurídica” en la contratación estatal se integra por otro elemento como lo es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.”*

Precisó además que, frente a la actividad contractual de la administración pública, puede decirse que tiene capacidad jurídica, el proponente que existe y que tiene plena capacidad de ejercicio o de obrar, que no tiene inhabilidad o impedimento alguno para intervenir en el *iter* contractual, la cual debe ostentarse al momento de presentar la oferta y, que quien carece de capacidad jurídica, no está habilitado para intervenir en proceso contractual, siendo necesario poseerla al momento de presentar la propuesta, para poder ser tenido en cuenta.

Señaló que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para la participación en el proceso de selección y que la Ley 1150 de 2007³²⁵, no está permitiendo que quien carezca de aquella, pueda presentar una propuesta sin ella; y quede luego facultada hasta la adjudicación, para que adquiera la capacidad y se habilite retroactivamente como proponente. Preciso que, entender las cosas de otra manera, conlleva desconocer los principios como el de la moralidad, la imparcialidad, la transparencia, la objetividad, la celeridad, la economía y la eficacia de la gestión pública³²⁶. Indicó que es, como si se admitiera a una persona presentar su oferta y al momento de hacerlo tiene una causal de inhabilidad o incompatibilidad que luego, al momento de la adjudicación, ha desaparecido.

³²⁵ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

³²⁶. Decreto 01 de 1984. Ob. Cit., Art.3.

Al discurrir que no existe contradicción alguna entre el aparte reglamentario que se impugnó³²⁷ y la ley³²⁸, para el Consejo de Estado no se ha violado el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, ni los artículos 150 y 189 de la Constitución Política³²⁹. Consideró la Corporación, que es válida la expresión reglamentaria impugnada razón por la cual, despachó desfavorablemente, la demanda de nulidad. Con base en ésta decisión, el Consejo de Estado dejó sentado que la capacidad jurídica debe ostentarse por el proponente al momento de presentar la oferta y no adquirirla después del cierre del proceso. Tal posición lleva a colegir que, para la Corporación así se trate de éste requisito habilitante, debe existir y poseerse por los oferentes, antes de presentar su oferta sin que sea posible adquirirlo con posterioridad.

Tal como se señalará de manera precedente, si bien las sentencias acabadas de citar no se enmarcan dentro del presupuesto fáctico – acción de nulidad y restablecimiento del derecho-, ni en el problema jurídico objeto de análisis, sí en varias de las sentencias a analizar seguidamente en la línea, fueron citadas como punto de apoyo para resolver el debate jurídico propuesto en las demandas y emitir los fallos correspondientes.

Definidas las sentencias tras la construcción del nicho citacional³³⁰ que se enmarca en el tema, en el presupuesto fáctico y en el problema jurídico específico, seguidamente se presenta la interpretación jurisprudencial al régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas previsto en la Ley 80 de 1993³³¹ y Ley 1150 de 2007³³².

³²⁷ Decreto 2474 de 2008. Ob Cit., Art. 10. Inciso final “(...) *ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta...*”

³²⁸ Ley 1150 de 2007. Artículo 5, Parágrafo 1°.

³²⁹ Constitución Política de Colombia. Ob. Cit., Arts. 150 y 189.

³³⁰ Diego Eduardo López Medina. Op Cit., Pag.177.

³³¹ Ley 80 de 1993. Ob.Cit.

³³² Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

Nos referiremos entonces, a un pronunciamiento del Consejo de Estado, proferido en 2012³³³, a través del que se resuelve en apelación una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Fallo en el que se consideró lo relativo a los requisitos subsanables e insubsanables de una oferta, el rechazo de la propuesta por falta de capacidad jurídica de proponente, la posibilidad de subsanar la insuficiencia en la autorización de representación legal de una sociedad participante en una licitación pública, y sí la limitación del representante legal para presentar la oferta o comprometer a la persona jurídica participante en el proceso, implica el rechazo de la propuesta.

En esta oportunidad³³⁴ el Consejo de Estado ratificó la importancia de hacer prevalecer lo sustancial sobre lo formal, debiéndose en todo caso habilitar propuestas con deficiencias no sustanciales. Determinó de manera precisa, las condiciones que debían reunir los proponentes al momento de presentar sus ofertas, señalando que algunos requisitos pueden ser subsanables, siempre y cuando no modifiquen la oferta.

Como a través de esta acción se debatió sobre la legalidad del acto de adjudicación a una sociedad que a juicio del demandante, no cumplía con el requisito habilitante de capacidad jurídica por carecer el representante legal de facultades otorgadas por la junta directiva, para presentar la propuesta y obligarla, el Consejo de Estado indicó que la capacidad puede revestir dos formas: “*i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar o legal (inciso final art. 1502 C.C.), que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona*” y para el caso en concreto, determinó que interesa la capacidad legal o de ejercicio entendida ésta, como la aptitud

³³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, febrero 8 de 2012. Exp. 20.688, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

³³⁴ Ibid.

jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

En ésta ocasión³³⁵, la Corporación precisó como subregla, que en el evento en que el representante legal de un proponente tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente para comprometer a la sociedad para presentar la propuesta y suscribir el contrato es subsanable, sin que ello, comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta; por lo tanto, no deriva el rechazo de la propuesta, siempre que, el representante hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto. Adujo que es un supuesto que se enmarca en lo previsto por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993³³⁶, según el 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 servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*.

Sin embargo, también como subregla precisó que la capacidad legal o de ejercicio, debe ostentarse al momento de presentar la oferta, para poder ser tenido en cuenta, lo que significa que, para participar en un proceso debe aquella tenerse; pero, además demostrarse al momento de presentar la oferta. Es decir, presentarse la prueba de aquella. En otras palabras, al cierre del proceso debe contarse con la condición habilitante – capacidad jurídica-; pero, además, con la prueba que la acredite sin que sea posible adquirirla y presentarla como soporte luego de esa etapa y a título de subsanación. Posición que lleva a colegir que, así se cuente con el requisito habilitante de capacidad jurídica al cierre; pero en dicho momento no se presenta el soporte que lo demuestre, no es subsanable luego. En éste fallo no solo el requisito de la capacidad jurídica no es subsanable, sino también la prueba que lo acredita. Posición muy disímil

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

a la de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado puesto que el concepto de 2010³³⁷, previó la posibilidad de subsanar las circunstancias ocurridas antes del cierre del proceso de selección; pero bajo el entendido de que es posible subsanar la prueba sí ésta no se presentó al cierre, mas no es posible subsanar, la condición habilitante (capacidad jurídica).

Por lo expuesto, haciendo el respectivo balance, el fallo³³⁸ en mención se ubica en el lado derecho de la gráfica hacia la respuesta polar No. 2.

Posteriormente en 2013, el Consejo de Estado³³⁹ profiere otro fallo con el cual decide sobre una acción de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la cual, el demandante pretendía se declare la nulidad del acto administrativo por el cual, el departamento de la Guajira declaró desierta una licitación pública, al considerar que debió ser el adjudicatario por cumplir con todos los requisitos señalados en el pliego de condiciones entre ellos, el habilitante correspondiente a la capacidad financiera. En esta ocasión, analizó sobre la posibilidad de rechazar o excluir una oferta por las entidades estatales, señalando que esta facultad se reserva para aquellos casos en que falten los requisitos necesarios o indispensables para la comparación de las propuestas, respetando siempre, el derecho al debido proceso del oferente, garantizando el ejercicio de la defensa y la contradicción, permitiéndole pronunciarse acerca del rechazo o exclusión de su propuesta aportando argumentos y elementos de juicio para que la entidad adopte una decisión final.

³³⁷ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, Radicación: 1992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

³³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, febrero 8 de 2012. Exp. 20.688, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

³³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24.059. Marzo 14 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Estableció como regla, la obligación del proponente de estudiar previamente el contenido, alcance y características del contrato a celebrar, las exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que satisfagan completamente tres categorías en las cuales se clasifican o agrupan los requisitos de orden jurídico, a saber: a).- Subjetivos, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; b).- Objetivos, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y c).- Formales, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta. En tal sentido, reiteró el pronunciamiento del Consejo de Estado³⁴⁰, señalando que los requisitos subsanables en el proceso de selección eran solamente los formales.

Planteó la subregla, en el sentido de que no se podrá subsanar una oferta y por el contrario, sí da lugar al rechazo de la misma, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; (ii) Cuando el respectivo proponente no cumpla con alguno de los requisitos habilitantes previstos en el pliego de condiciones o su equivalente; (iii) Cuando se verifique la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que en realidad sean necesarios, esto es, forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, (iv) Cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

Señaló que, en las anteriores hipótesis, las entidades contratantes cuentan con amplias facultades para verificar y corroborar la veracidad y la consistencia de

³⁴⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expd. 20.688. Febrero 8 de 2012. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

información presentada por los proponentes. Es decir, que se puede verificar válidamente la información que cada oferente hubiere consignado en el Registro Único de Proponentes. Así pues, cuando la entidad estatal contratante advierte la ocurrencia de falencias, inconsistencias, inexactitudes o contradicciones en las ofertas, le corresponde efectuar un ejercicio de interpretación para determinar si se trata de errores excusables, configurados en el marco de la buena fe, que no impiden la evaluación y comparación de tales propuestas; o sí por el contrario, se trata de errores inaceptables, inadmisibles, incompatibles con la ley y/o los postulados de la buena fe.

En el asunto concreto la Sala³⁴¹, y frente al requisito habilitante de capacidad financiera, advirtió que las diferencias o contradicciones entre la información de los estados financieros del proponente y la información de su propia declaración de renta, correspondían a un error inexcusable, que le generaría al mismo proponente el beneficio de atribuirle una mayor capacidad de contratación, diversa a la que realmente poseía, por lo que la deficiencia presentada en el requisito habilitante de capacidad financiera, no puede ser tenido como un asunto menor o intrascendente, puesto que, se dirige a garantizar que quienes aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, en realidad cuenten de manera efectiva, con el suficiente respaldo, experiencia, organización y solidez para emprender y ejecutar el contrato objeto de adjudicación.

Por ello, para la Corporación, no fueron de recibo los argumentos del demandante en el sentido de que, su oferta no podría ser rechazada por las inexactitudes que presentaba su capacidad financiera de contratación, bajo el argumento de que trataba de un requisito no necesario para la comparación de la oferta, que no servía de título suficiente para el rechazo de su ofrecimiento hecho, de acuerdo a lo previsto en el

³⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24.059. Marzo 14 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

numeral 15, inciso 2 del artículo 25 de Ley 80 de 1993 (texto original)³⁴². Tales circunstancias llevaron a la entidad demandada, a adoptar la decisión de considerar no susceptible de adjudicación o selección la oferta presentada en aplicación del principio de la buena fe infringido por la demandante.

Así entonces, frente al tema objeto de estudio, se destaca de ésta sentencia la regla según la cual, es obligación del proponente antes de presentar su propuesta, analizar las exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones frente al cumplimiento de requisitos que categorizó como a) subjetivos, b) objetivos, y c) formales, considerando la sala que, lo subsanables en el proceso de selección son solamente los requisitos formales, aquellos relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta que son aquellos no necesarios para la comparación de las ofertas y que no otorgan puntaje. Así entonces el requisito de capacidad financiera del demandante no resultaba ser subsanable y si servía de título suficiente para el rechazo.

Así entonces, para los efectos de la línea, ésta sentencia se ubica en la gráfica, del lado de la respuesta polar No 2.

2.2. Interpretación jurisprudencial al régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas en vigencia de la Ley 1150 de 2007 y de los Decretos Reglamentarios 1510 de 2013 y 1082 de 2015.

De enero de 2008 hasta el 14 de agosto de 2013, permanecieron vigentes tres Decretos Reglamentarios³⁴³ de las normas contractuales³⁴⁴ y además, el Decreto 4828

³⁴² Ley 80 de 1993. Ob. Cit. Art. 25, num 15, Inciso 2°. Derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

³⁴³ Decreto 066 de 2008. Ob Cit., Decreto 2474 de 2008 Ob Cit. y Decreto 734 de 2012. Ob Cit

³⁴⁴ Ley 80 de 1993. Ob. Cit. y Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

de 2008³⁴⁵, los que contemplaron en su articulado una norma exclusiva que hacía referencia a las “*Reglas de Subsannabilidad*” de requisitos habilitantes y en las que como se dijo de manera precedente, de manera taxativa consagraron por ese periodo, una limitación a la regla del párrafo 1º del artículo 5, de la Ley 1150 de 2007³⁴⁶ en la que no se hizo referencia a restricción alguna, con relación a la posibilidad de subsanar requisitos habilitantes, cual fue: el no permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso y que la no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta sería causal de rechazo de esta última.

Tal prohibición, formó una contradicción parcial entre lo señalado en los referidos decretos³⁴⁷ y el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150³⁴⁸ puesto que, en tanto en la Ley³⁴⁹ ésta permitido subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje hasta la adjudicación, los reglamentos impedían subsanar algunos requisitos que no fueran puntuables es decir, habilitantes .

De esta manera, se crearon tres subreglas, autónomas y apartadas de la ley que permanecieron por el tiempo de vigencia de los referidos reglamentos y por el lapso de tiempo indicado ³⁵⁰, hasta que finalmente el Decreto 734 de 2012³⁵¹ fue derogado por el Decreto Reglamentario 1510 de 2013³⁵² y éste, a su vez abolido por el Decreto 1082 de 2015³⁵³ vigente hasta la fecha, que a diferencia de los anteriores, no imitaron la restricción a la subsannabilidad que venía citándose, sino guardó silencio al respecto

³⁴⁵ Decreto 4828 de 2007. Ob. Cit.

³⁴⁶ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5. Párrafo 1.

³⁴⁷ Decreto 066 de 2008. Ob Cit., Decreto 2474 de 2008 Ob Cit. y Decreto 734 de 2012. Ob Cit

³⁴⁸ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5. Párrafo 1.

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ 2008, 2009, 2010, 2011,2012 y parte de 2013.

³⁵¹ Decreto 734 de 2012. Ob.Cit.

³⁵² Decreto 1510 de 2013. Ob. Cit.

³⁵³ Decreto 1082 de 2015. Ob. Cit.

pues, no reprodujo la regla de subsanación de los reglamentos mencionados, por lo que las entidades y los oferentes en adelante³⁵⁴ deben aplicar directamente y llanamente el criterio que contempla del parágrafo del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007³⁵⁵, según el cual, defecto subsanable es el que no asigne puntaje y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para corregir el defecto evidenciado durante la evaluación de las ofertas, hasta la adjudicación.

En vigencia de éste nuevo reglamento³⁵⁶ en el 2014, el Consejo de Estado dio un giro importante en su función interpretativa de las normas³⁵⁷ a aplicarse en el tema de la subsanabilidad de las ofertas de los procesos de contratación pública. En sentencia del 26 de febrero de 2014, con ponencia de Enrique Gil Botero³⁵⁸, en la que se debatió sí dentro de un proceso de licitación pública y con relación a un requisito habilitante financiero, era forzoso contar con la firma de un contador público que avale los estados financieros de una empresa. Es decir: sí la ausencia de la firma del contador en los estados financieros de la oferta del demandante era un requisito que podría subsanarse, o si su ausencia no tenía la virtud de generar el rechazo de la oferta al no otorgar puntaje.

En ésta oportunidad, la Corporación luego de un amplio recuento de las normas³⁵⁹ que han reglado la contratación pública en Colombia, desde antes de la

³⁵⁴ Decreto 1510 de 2013. Ob. Cit.,e Ibid.

³⁵⁵ Ley 1150 de 2007.Ob.Cit.,Art. 5°. Parágrafo 1°.

³⁵⁶ Decreto 1510 de 2013. Ob. Cit.

³⁵⁷ Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2003 y Decreto 1510 de 2013.

³⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expd:25.804, Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

³⁵⁹ Decreto Ley 150 de 1976. Ob. Cit., Decreto Ley 222 de 1983. Ob. Cit., Ley 80 de 1993. Ob. Cit., Ley 1150 de 2007. Ob.Cit., Decreto 066 de 2008. Ob Cit., Decreto 2474 de 2008 Ob Cit. y Decreto 734 de 2012. Ob Cit.

entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991³⁶⁰ y frente al tratamiento que con fundamento en ellas, dieron las entidades públicas a la posibilidad de subsanar las ofertas y luego de una interpretación integral de las citadas normas que deben tenerse en cuenta al momento de aplicar las reglas de subsanabilidad precisó que, a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007³⁶¹ y sin que exista a la fecha del fallo ³⁶², limitación expresa a la posibilidad de subsanar las ofertas, resulta fácil concluir que son subsanables en una oferta, todos aquellos aspectos que no otorgan puntaje, siendo a partir de esta regulación obligatoria aquella interpretación de que requisitos como: “la ausencia de certificado de existencia y representación legal, del Registro Único de Proponentes, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, de la copia de la oferta; así como la ausencia y errores en la garantía de seriedad de la oferta, la falta de autorización al representante legal del proponente por parte de la junta directiva, etc.,” constituyen requisitos subsanables debido a que no otorgan puntaje .

Precisó que, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que otorga puntaje como, por ejemplo: la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución, etc., no son subsanables. Señaló, además. que en adelante a las entidades y a los oferentes les corresponde aplicar directamente la regla que contempla el pluricitado párrafo 1º, del artículo 5º de la Ley 1150³⁶³, expresando:

...de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para

³⁶⁰ Constitución Política. Ob. Cit.

³⁶¹ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

³⁶² 2014.

³⁶³ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit

poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente³⁶⁴.

Apoyó su ratio en la sentencia del 14 de abril de 2010³⁶⁵, en la que expresó que: *“La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo”* y en que:

*A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”*³⁶⁶

Precisó que *“...para el bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los*

³⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expd:25.804. Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

³⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de abril de 2010, Exp: 36054, CP: Enrique Gil Botero.

³⁶⁶ Ibid.

principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa...”, al desaparecer los criterios de insubsanabilidad que crearon los decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal: “defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto”, sin exceder del día de la adjudicación.

Adicionalmente, el pronunciamiento objeto de análisis³⁶⁷, estableció como reglas la carga de la administración de solicitar a los proponentes solicitar a los oferentes para evitar su rechazo in limine, buscando la claridad a los aspectos que considere dudosos y que surjan durante la evaluación de las mismas. Precizando que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; por lo que para aquellas, se trata de un deber - obligación, para que los oferentes puedan participar con garantías en los procesos de selección.

Vemos como éste fallo resulta ser significativo por cuanto, es modificadorio de la línea que se venía presentando anterior a éste; pues, se aparta sustancialmente de las posiciones objeto de análisis en párrafos anteriores, en el sentido de que no se puede subsanar requisitos habilitantes como la capacidad jurídica, ni acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso o presentar la propuesta sin póliza de seriedad de la oferta, exponiendo en su ratio las siguientes subreglas:

- Son subsanables los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, esto es, aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, los cuales podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.

³⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expd:25.804. Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

- En todo caso debe hacerse la pregunta para determinar lo subsanable o insubsanable 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 interesa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

Tratadistas expertos en el tema de contratación pública con relación a éste fallo han señalado:

En hora buena, el reciente pronunciamiento del magistrado Enrique Gil Botero, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 26 de febrero del 2014, explicó, con abundante claridad, la manera en que este principio rector en materia contractual debe aplicarse hoy ante la ausencia reglamentaria sobre el tema.

(...)

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

Si bien esta posición de la jurisprudencia no fue propuesta en el marco de un fallo unificador, en mi concepto, es vinculante, no por el fallo en sí, sino porque éste aclara la forma en que la ley debe aplicarse...(...)³⁶⁸.

Así entonces, bajo las subreglas antes mencionadas previstas en el fallo analizado³⁶⁹, en esta oportunidad para el Consejo de Estado, es perfectamente viable subsanar incluso la falta de capacidad, la ausencia de la garantía de seriedad de la oferta por tratarse de requisitos que no otorgan puntaje e inclusive, si estos no están acreditados antes del cierre del proceso y se los subsane después. En tal sentido la ausencia o falta de requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, aquellos que no otorgan puntaje así no se hayan tenido o presentado con la oferta al cierre, pueden subsanarse por los oferentes hasta la adjudicación del contrato.

Por lo tanto, frente al problema jurídico de la línea³⁷⁰, se puede decir que la sentencia objeto de estudio, en la gráfica se ubica en el lado opuesto de los anteriores pronunciamientos, esto es, hacia la respuesta polar No.1 ³⁷¹.

Posteriormente el Consejo de Estado, en sentencia del 12 de junio de 2014 ³⁷², resolvió el debate jurídico en acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por un proponente en calidad de demandante, al considerar que su propuesta

³⁶⁸ Jorge Beltrán Pardo. Op.Cit. 8 de agosto del 2014. Periódico – Ámbito Jurídico.

³⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expd:25.804. Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

³⁷⁰ ¿Se vulnera el principio de selección objetiva previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al no permitirle a un proponente subsanar hasta la adjudicación, requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, que no tenía o no se acreditaron al momento del cierre del proceso de Licitación Pública?

³⁷¹ Si se vulnera, por cuanto conforme lo señala el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los proponentes cuentan con el derecho de subsanar su propuesta por la ausencia o falta de todos aquellos requisitos, no necesarios para la comparación de las ofertas que no otorguen puntaje, hasta la adjudicación.

³⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 21.324. Junio 12 de 2014. CP. Enrique Gil Botero.

era la mejor al que resultó adjudicatario, por haber obtenido el máximo puntaje posible (100/100) señalando que, la entidad demandada no debió rechazarle su oferta por aportar un paz y salvo “provisional” por concepto de impuestos territoriales, expedido por la tesorería municipal de Itagüí de manera parcial, por tratarse de una falencia simplemente formal, que no podría haber dado lugar al rechazo in limine de su oferta.

Por lo anterior, le correspondió a la Sala definir si el hecho de que se hubiera allegado el paz y salvo en calidad de “provisional” en efecto generaba la consecuencia la descalificación y rechazo in limine de la propuesta o, si por el contrario, se trataba de un simple requisito formal que podía ser subsanado por el contratista. De ésta manera, para dar solución a la controversia la Corporación acude a los principios de la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993³⁷³, especialmente los apartes de los artículos 25³⁷⁴ y 29³⁷⁵ vigentes para la fecha de los hechos –antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007³⁷⁶.

Luego del análisis de las referida normativa determinó que en efecto, la entidad demandada, hizo un uso indebido de la facultad de rechazo de la oferta, toda vez que la

³⁷³ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

³⁷⁴ Ibid., Art. 25°. Del Principio de Economía “(...)”2o. 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. “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.”

³⁷⁵ Ibid. 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.(...)”

³⁷⁶ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

exigencia del requisito de paz y salvo, no constituía un criterio de selección objetiva con incidencia en la calificación para la ponderación de las ofertas que se haya previsto en el pliego; por el contrario, señaló que se trataba de un requisito formal, que bien pudo ser subsanado por el proponente, concluyendo que al haberlo limitado esa posibilidad se le privó del derecho a ser evaluado.

Basó su decisión apoyado en un anterior pronunciamiento del Consejo de Estado en el 2013, mismo que fue objeto de análisis en esta línea³⁷⁷, reiterando los argumentos en el sentido de que la administración contratante previo al rechazo de las propuestas sin importar si el requisito es subsanable o insubsanable, debe garantizar al proponente, el principio del debido proceso, en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas. Que los requisitos de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza, esto es: “subjetivos que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; objetivos que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y formales que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos.”

Y que en relación con los requisitos simplemente formales, éstos pueden ser subsanados en los términos del artículo 25, numeral 15 de la Ley 80 de 1993³⁷⁸ original, otorgando un plazo razonable al proponente para que corrija el mismo, conforme lo previsto en el numeral 7 del artículo 30 *ibídem*³⁷⁹.

Así también, reiteró la tesis expresada en la sentencia antes analizada de febrero 26 de 2014³⁸⁰, frente al derecho que tienen los proponentes de enmendar los requisitos

³⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24059. Marzo 14 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁷⁸ Ley 80 de 1993. Ob Cit. Art. 25, num 15.

³⁷⁹ Ibid, Art, 30, num. 7.

³⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia del 26 de febrero 2014, Expd:25.804, C.P. Enrique Gil Botero.

simplemente formales que no tienen puntaje, reiterando en extenso la *obiter dicta* y *ratio decidendi*, expuesta en aquella oportunidad.

Trajo además, a colación la exposición de motivos del proyecto de ley que habría de convertirse en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública³⁸¹, en especial el aparte según el cual:

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

Y bajo esas razones, la Corporación hizo un llamado al Gobierno Nacional, para que corrija el rumbo en materia de contratación estatal señalando que *“procure una estabilidad y seguridad jurídica en los reglamentos de esa normativa,”* por cuanto a su juicio *“se está incurriendo, de nuevo, en un excesivo detallismo y una asfixiante reglamentación que hace complejo el proceso contractual para todos sus intervinientes, lo que genera en el plano jurídico inestabilidad y en el plano económico sobre costos y externalidades negativas.”*

Al resolver el caso concreto, la Sala precisó que el hecho de que el paz y salvo de la tesorería municipal de Itagüí hubiere sido expedido con la constancia de

³⁸¹ Ley 80 de 1993. Ob Cit.

provisional, constituía una insuficiencia formal de la oferta, que no impedía su ponderación y comparación por lo que no era procedente su rechazo in limine de la propuesta, debiendo la entidad, haberle garantizado al proponente demandante, la oportunidad para allegar el documento idóneo en el que constara estar a paz y salvo con sus obligaciones tributarias territoriales. Con tal conducta, se limitó la participación del proponente porque se lo privó del derecho que tenía a que su propuesta fuera evaluada y clasificada en el orden de elegibilidad.

En tal sentido, para el estudio que ocupa la presente línea, podemos decir que luego de los argumentos utilizados para llamar la atención al Gobierno Nacional en los términos en que se señaló en renglones anteriores, se colige que la sentencia³⁸² analizada es confirmadora de la subregla expresada en el fallo del 26 de febrero de 2014³⁸³ frente a que la regla a aplicar, es la contenida en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007³⁸⁴, siendo subsanables los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, esto es, aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, por lo que la entidad debió solicitar al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada.

Al ser una sentencia confirmadora de la ratio expuesta por el Consejo de Estado y por el mismo magistrado ponente, en sentencia del 26 de febrero de 2014, con

³⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 12 de junio de 2014. Exp. 21324, C.P Enrique Gil Botero.

³⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp.:25.804. Febrero 26 2014.C.P. Enrique Gil Botero.

³⁸⁴ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

relación a la problema jurídico de la línea³⁸⁵, en la gráfica se ubica, hacia el lado izquierdo, hacia la respuesta polar No.1³⁸⁶.

Después, en noviembre 12 de 2014, el Consejo de Estado profiere dos sentencias; pero en dos subsecciones³⁸⁷ diferentes – subsección A y subsección C-, a través de las cuales se resolvieron en segunda instancia, las pretensiones de demandas de acción de nulidad y restablecimiento de derechos, impetradas por demandantes que participaron en licitaciones públicas en calidad de proponentes, cuyas propuestas no resultaron adjudicatarias y que a su juicio, injustamente fueron privados de ser los adjudicatarios de los contratos. Sentencias en las que se consideró lo referente a la subsanabilidad de requisitos de las ofertas; pero exhibieron dos posiciones distintas así:

Una de ellas, proferida en la subsección C, por el consejero ponente Enrique Gil Botero³⁸⁸, en la el demandante quien fuera proponente, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, por haber adjudicado a otro oferente, cuando su propuesta ocupó el primer lugar en la licitación pública, luego de que se accediera a una observación presentada por sus competidores en la etapa de evaluación a través de la cual se alegó que, la sociedad Gomher Ltda demandante incumplió las especificaciones técnicas establecidas en el pliego de condiciones al modificar un ítem de un requisito técnico contenido en un formulario del pliego.

³⁸⁵ ¿Se vulnera el principio de selección objetiva previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al no permitirle a un proponente subsanar hasta la adjudicación, requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, que no tenía o no se acreditaron al momento del cierre del proceso de Licitación Pública?

³⁸⁶ Si se vulnera, por cuanto conforme lo señala el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los proponentes cuentan con el derecho de subsanar su propuesta por la ausencia o falta de todos aquellos requisitos, no necesarios para la comparación de las ofertas que no otorguen puntaje, hasta la adjudicación.

³⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Exp. 27.986. Noviembre 12 de 2014. C.P. Enrique Gil Botero y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³⁸⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Exp. 27.986. Noviembre 12 de 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

El demandante consideró que no modificó el requisito dispuesto en el pliego, por cuanto, se trató de un error involuntario en la transcripción del nombre de una actividad, debido a que fue modificada por la entidad licitante a través de una adenda, dejando el nombre del ítem, como aparecía inicialmente en el pliego; sin embargo, adujo que, en el formulario 6.2 de su propuesta, quedó acorde con la referida adenda, lo cual fue aclarado en la audiencia de adjudicación, manifestando que los errores de forma no inciden en el fondo de la propuesta; por tanto, no tienen la entidad suficiente para descalificarla y en el caso concreto, el apartamiento del pliego fue puramente formal.

La Corporación, confirmó la sentencia del tribunal *a quo*, el cual accedió parcialmente a las pretensiones porque a su consideración, la entidad indujo en error al proponente, y que habiéndolo advertido, debió solicitarle la corrección o aclaración, en lugar de rechazar la oferta, de conformidad con lo previsto en los artículos 24, numeral 5 y 25, numeral 17 de la Ley 80 de 1993³⁸⁹.

Para resolver el asunto, la Sala reiteró la doctrina expuesta en la sentencia del 26 de febrero de 2014³⁹⁰, sobre la dificultad que presentaba la evaluación de las ofertas en vigencia de la Ley 80 de 1993³⁹¹ antes de la entrada en vigencia la Ley 1150 de 2007³⁹² y respecto del régimen de la subsanabilidad; replicó la ratio expuesta en febrero de 2014³⁹³ según la cual, a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007³⁹⁴ las entidades y

³⁸⁹ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

³⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp.25.804. Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

³⁹¹ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

³⁹² Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

³⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp.25.804. Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

³⁹⁴ “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.”

los oferentes deben aplicar directamente la regla que contempla el párrafo 1° del artículo 5°³⁹⁵:

... de manera que, lo subsanable o insubsanable se define a partir de saber si ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace, es insubsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento, la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o de requisitos cumplidos antes o después de ser presentadas las ofertas, con la condición de que, cuando le requiera la acreditación, la satisfaga de forma eficiente y, que se haga antes de la adjudicación del contrato.

Precisó que la regla que contiene el artículo 30 numeral 6° de la Ley 80 de 1993³⁹⁶, rige y aplica para aquellos requisitos que no se ponderan es decir, para los habilitantes. Así entonces, la propuesta tiene que cumplir esos requisitos so pena de rechazo. Cumplimiento que debiera satisfacerse cuando se entrega la oferta; agregó que sí infortunadamente no sucede así, puede subsanarse, de conformidad con el inciso segundo del artículo 25, numeral 15 de la Ley 80 original³⁹⁷, y en la actualidad el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007³⁹⁸, pudiéndose acreditar a solicitud de la entidad a más tardar antes de la audiencia de la adjudicación o durante su celebración:

Lo anterior, como consecuencia de interpretarse la norma *ibídem*³⁹⁹ en forma integral y no fragmentada con las demás normas, principios y valores de la Ley 80, particularmente con las que confieren a los oferentes la posibilidad de subsanar, aclarar

³⁹⁵ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5°. Párrafo 1.

³⁹⁶ Ley 80 de 1993. Ob Cit., Art.30.num 6.

³⁹⁷ *Ibid.*,Art. 25. num 15.

³⁹⁸ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit. Art. 5. Párrafo 1.

³⁹⁹ Ley 80 de 1993. Ob Cit., Art.30.num 6.

o explicar su oferta. La Sala hace un aporte adicional a su ratio anterior⁴⁰⁰ frente a que, las disposiciones jurídicas no deben interpretarse de manera aislada, mucho menos cuando pertenecen a cuerpos normativos que regulan en forma integral una materia, como son, el Estatuto de Contratación Pública⁴⁰¹ y la Ley 1150 de 2007⁴⁰².

Además en ésta ocasión⁴⁰³, la Corporación perfeccionó el tema, con un estudio profundo sobre el régimen jurídico de las explicaciones y aclaraciones de los datos confusos o poco claros que contienen las ofertas, haciendo una diferenciación entre el régimen jurídico de subsanabilidad previsto en el parágrafo 1 artículo 5 Ley 1150 de 2007⁴⁰⁴ y el régimen de aclaraciones previsto en el artículo 30, numeral 7°, Ley 80 de 1993⁴⁰⁵, indicando que se trata de actuaciones con significado distinto, pues subsanar es disculpar-excusar, mientras que aclarar es ilustrar, esclarecer algo, por lo que para el caso de la controversia jurídica, para el Consejo de Estado, la entidad debió aclarar y recibir las explicaciones que ofrecía el demandante, quien no estaba subsanando su propuesta sino aclarándola. Señaló que, pese a la diferencia entre uno y otro concepto, el operador jurídico tiende a darles un tratamiento idéntico, siendo que tienen diferencias, que no permiten asimilarlos; sin embargo, tienen una relación estrecha.

Así mismo, señaló que la importancia de diferenciar los dos conceptos –subsanar – aclarar- , radica en que la aclaración o explicación se admite incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas u otorgan puntaje; siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, sin que se entienda que en tal posibilidad, se

⁴⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp.25.804. Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

⁴⁰³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp.25.804. Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁰⁴ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit. Art. 5. Parágrafo 1.

⁴⁰⁵ Ley 80 de 1993. Ob Cit., Art. 30. num 7.

modifica la oferta pues, simplemente se aclara ya que se trata de hacer manifiesto lo que ya existe, solo que es impreciso o ambiguo.

Conceptos que si bien, son independientes en cuanto a su significado y alcance, persiguen una finalidad coincidente, cual es, 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 incoherencias”*.

En ese orden de ideas, y continuando con la metodología propuesta en la presente línea, se tiene que la presente sentencia guarda y mantiene los mismos argumentos expuestos en la sentencia inmediatamente anterior ya estudiada⁴⁰⁶, pues conserva la doctrina y la ratio en relación con la posibilidad de subsanar la ausencia o falta de requisitos que no genera puntaje, hasta la adjudicación, sin importar que se trate de problemas de capacidad o de requisitos cumplidos antes o después de ser presentadas las ofertas. Sin embargo, modifica su posición en cuanto a que, en principio los oferentes deben observar lo previsto en el numeral 6º, del artículo 30 la Ley 80 de 1993⁴⁰⁷, esto es, que las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones, pero que si ello no es posible, entonces se apele a la posibilidad de subsanar que consagra el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007⁴⁰⁸. Por tal razón el citado pronunciamiento se mueve del extremo de lado izquierdo de la gráfica un poco hacia la derecha permaneciendo en todo caso, en el lado de la respuesta polar No. 1⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp.25.804. Febrero 26 2014. C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁰⁷ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

⁴⁰⁸ Ley 1150 de 2007. Ob Cit.

⁴⁰⁹ Si se vulnera, por cuanto conforme lo señala el parágrafo 1, del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los proponentes cuentan con el derecho de subsanar su propuesta por la ausencia o falta de todos aquellos requisitos, no necesarios para la comparación de las ofertas que no otorgan puntaje, hasta la adjudicación

Siguiendo con el estudio de la línea, como se mencionara de manera precedente, el mismo 12 de noviembre la Subsección A, del Consejo de Estado, profirió otra sentencia⁴¹⁰, con la que resolvió la apelación propuesta dentro de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de la cual una de las sociedades integrantes de una Unión Temporal proponente, pretendían la nulidad del acto de adjudicación a otro proponente, considerando que debieron ser las adjudicatarias de la licitación pública que adelantó la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR- y se la condene a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la falta de adjudicación del citado proceso de selección, por haberse descartado su propuesta al considerar la entidad licitante, que una de las empresas no contaba con el requisito de capacidad jurídica al momento de proponer.

Con este pronunciamiento, el Consejo de Estado hace un movimiento y apartamiento radical de la tesis que venía manejando en sentencias precedentes proferidas en 2014⁴¹¹, a las que hicimos referencia, bajo la interpretación de la regla del párrafo 1º, del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007⁴¹², en el sentido de que todo aquello que no es genera puntaje es subsanable así se trate de la capacidad jurídica aunque no cuente con dichos requisitos al momento de presentar la oferta.

Si bien en ésta ocasión, mantuvo el criterio de la sentencia de febrero de 2014⁴¹³ pero frente a que defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar

⁴¹⁰Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 26 2014. Exp. 25.804, C.P. Enrique Gil Botero, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Noviembre 12 de 2014, Exp. 27.986, CP Enrique Gil Botero y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Junio 12 de 2014, Exp. 21.324. C.P. Enrique Gil Botero.

⁴¹² Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5. Párrafo 1.

⁴¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 26 2014. Exp. 25.804, C.P. Enrique Gil Botero.

el defecto, sin exceder del día de la adjudicación; señaló además, *“que lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados.”* Considerando necesario, diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen. Así entonces, estableció como subregla que lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

Para ésta Subsección⁴¹⁴ 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.”*

Con esta nueva tesis, se evidencian dos formas de interpretación y de entender el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007⁴¹⁵, por parte del Consejo de Estado. En éste pronunciamiento, se aparta totalmente del criterio que venía vigente durante todo el 2014, incluso hasta esa misma fecha⁴¹⁶ expuesto por parte de la Subsección C según el cual, sí un defecto asigna puntaje no es subsanable y si no lo hace es subsanable; caso en el cual, la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para colocar su oferta en condiciones de ser evaluada, sin importar si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le soliciten la acreditación la satisfaga de manera suficiente.

⁴¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴¹⁵ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5.Parágrafo 1.

⁴¹⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Noviembre 12 de 2014, Exp. 27.986, CP Enrique Gil Botero.

Para ésta Subsección A⁴¹⁷, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones según lo prevé el artículo 30, numeral 6 de Ley 80 de 1993⁴¹⁸; por ende, al momento del cierre del proceso la propuesta debe cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación, esto es, los requisitos habilitantes debiéndose aportar los documentos en su integridad que los acrediten, para que la propuesta pueda ser analizada y evaluada por la administración.

Hizo énfasis en que lo dicho, significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones. Proporcionando de ésta manera, una interpretación diferente a la regla del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007⁴¹⁹ que dice que: *“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 ...”*, advirtiendo que sí un oferente no cumple esos requisitos mínimos d habilitantes, sencillamente no debe acudir al proceso de selección; y si lo hace su propuesta no puede ser estimada.

Con relación al requisito habilitante de la capacidad jurídica, precisó que es un requisito habilitante, cuyo cumplimiento se exige tanto para participar en el proceso de selección, tal como lo establece el citado artículo 5 de la Ley 1150 de 2007⁴²⁰, como para contratar, según lo contempla el artículo 6 de la Ley 80 de 1993⁴²¹; por ende, el

⁴¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴¹⁸ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

⁴¹⁹ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit., Art. 5. Parágrafo 1.

⁴²⁰ Ibid.

⁴²¹ Ley 1150 de 2007 Ob. Cit., Art. 6º, *De la verificación de las condiciones de los proponentes*. “Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro único de Proponentes

proponente debe contar con plena capacidad jurídica (capacidad legal) desde el momento en el que presenta su oferta, sin que sea viable que la adquiera o acredite durante el desarrollo del proceso de selección. Y que así también dijo, sucede con los demás requisitos habilitantes como: la capacidad financiera mínima para participar en el proceso de selección, pues no sería viable que el participante elevara sus índices de liquidez, o que disminuyera sus índices de endeudamiento para cumplir la condición habilitante. Igual adujo con la experiencia, que sí el oferente no tiene la suficiente exigida en el pliego por cuanto no hay forma de que pueda subsanar tal falencia.

En ese orden de ideas, para esta Subsección A⁴²², todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección. Y que cosa distinta es que, a pesar de cumplir o tener los requisitos habilitantes, al momento de la evaluación se encuentren falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones, que no incidan en la asignación de puntaje generen dudas o ambigüedades. En estos casos, es cuando, es posible subsanar, enmendar o rectificar la oferta.

Precisó a título de ejemplo que, *“en aquellos casos en que se tiene duda acerca de las condiciones de experiencia del oferente, la entidad estatal está en la obligación de requerirlo para que aclare o subsane allegando las certificaciones que permitan constatar o precisar la información consignada en la propuesta, para que, de esta forma, quede debidamente acreditada la condición mínima exigida.”*

del Registro Unico Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.(...)”

⁴²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Como el punto de discusión en la demanda objeto de pronunciamiento era determinar, sí la falta de autorización del representante legal de una de las integrantes de la unión temporal participante para comprometer a la sociedad, | constituía falta de capacidad legal, siendo un requisito insubsanable; la sala luego de una disertación sobre la capacidad jurídica –capacidad legal- y sobre la falta de acreditación de las autorizaciones de un representante legal, concluyó que esta última condición es subsanable, incluso, por ratificación del acto conforme lo ha decantado la jurisprudencia de esa Sección, siendo posible que la entidad requiera al proponente con el fin de que lo aporte sin que ello signifique una mejora, modificación o adición de la propuesta.

En tal sentido, para el caso concreto, la Sala determinó que el documento allegado por la Unión Temporal proponente era suficiente para tener por acreditada la autorización requerida y sí la entidad consideraba que el documento no era suficiente debió requerir al oferente, en la oportunidad dispuesta en la Ley 80 de 1993, artículo 30, numerales 7 y 8⁴²³, para que lo aclarara o explicara garantizando el debido proceso.

De esta manera se observa como en el presente pronunciamiento⁴²⁴, el Consejo de Estado, si bien hace mención a algunas de las reglas señaladas en anteriores pronunciamientos, sobre la subsanabilidad de requisitos habilitantes, retoma nuevamente la posición⁴²⁵ que venía sosteniendo antes de la sentencia del 26 de febrero de 2014⁴²⁶; pero bajo la interpretación de las normas que previeron las reglas de subsanabilidad contempladas en Decretos Reglamentarios vigentes desde 2008

⁴²³ Ley 80 de 1993. Ob.Cit.

⁴²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, febrero 8 de 2012. Exp. 20.688, C.P Ruth Stella Correa Palacio y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24.059. Marzo 14 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴²⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 26 2014. Exp. 25.804, C.P. Enrique Gil Botero.

hasta una parte del 2013⁴²⁷, que como se dijo en párrafos preliminares, consagraban taxativamente un criterio de insubsanabilidad de las ofertas, cuando se tratara de capacidad jurídica, o de acreditar condiciones o requisitos adquiridos con posterioridad al cierre del proceso.

Así entonces, la limitación a la subsanabilidad que fue consagrada por el ejecutivo por vía de reglamento y luego derogada por decretos sucesivos⁴²⁸ que guardaron silencio al respecto, fue retomada por vía jurisprudencial en la sentencia objeto de análisis por el Consejo de Estado, con una postura sobre el mismo punto, totalmente distinta a la presentada por los otros fallos, ubicándose en la gráfica y frente al problema jurídico⁴²⁹ de la línea planteada, del lado de la respuesta polar No. 2⁴³⁰.

A la postre, la Sección Tercera del Consejo de Estado, profiere un nuevo pronunciamiento⁴³¹, en la que se analizó sí la ausencia de inscripción del revisor fiscal en el certificado de existencia y representación legal de un proponente y sí los documentos presentados para demostrar los estados financieros básicos que no estuvieran firmados por un revisor fiscal, son elementos suficientes para descalificar una oferta, en atención a que el demandante consideró debió adjudicársele el proceso licitatorio por cuanto, según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁴³², la ausencia de

⁴²⁷Decreto 066 de 2008. Ob. Cit., Decreto 2474 de 2008 Ob Cit. y Decreto 734 de 2012. Ob Cit.

⁴²⁸Decreto 1510 de 2013. Ob. Cit. y Decreto 1082 de 2015. Ob. Cit.

⁴²⁹ ¿Se vulnera el principio de selección objetiva previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al no permitirle a un proponente subsanar hasta la adjudicación, requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, que no tenía o no se acreditaron al momento del cierre del proceso de Licitación Pública?

⁴³⁰ No se vulnera, por cuanto conforme lo señala el numeral 6 del artículo 30 la Ley 80 de 1993, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. En ese sentido, al momento del cierre del proceso, los proponentes deben acreditar que cuentan y cumplen con todos los requisitos habilitantes. Permitir subsanarlos luego del cierre, constituye adición o mejora de la propuesta lo cual esta proscrito por el numeral 8, artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

⁴³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 13 de 2015. Exp. 30.161.C P.Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴³² Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente no se constituía en una razón suficiente para el rechazo de las propuestas.

En ésta oportunidad, de la misma manera que en la sentencia analizada de manera inmediatamente anterior ⁴³³, replica en parte la doctrina del fallo de febrero 26 de 2014⁴³⁴; pero solo en lo referente a los antecedentes normativos y a la evolución de las reglas de subsanabilidad desde a la Constitución Política de 1991 – prevalencia de lo sustancial sobre lo formal -, haciendo un análisis integral las normas contenidas en la Ley 80 de 1993⁴³⁵ (numeral 15 del artículo 25, numerales 6, 7 y 8 del artículo 30) y Ley 1150 de 2007⁴³⁶(parágrafo 1º de, artículo 5º), planteando que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o excluir las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, no necesarios para la comparación de las propuesta.

Considera el alto tribunal, necesario, distinguir entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas, por lo tanto no conducen al rechazo de las ofertas y son subsanables, de los requisitos sustanciales del pliego de condiciones y que su incumplimiento conduce al rechazo, siendo insubsanables.

Reitera la tesis expuesta en sentencia de marzo de 2013⁴³⁷, analizada de manera preliminar frente a la existencia tres (3) clases de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes a saber: i) Subjetivos que permiten evaluar las

⁴³³Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴³⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 26 2014. Exp. 25.804, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴³⁵ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

⁴³⁶ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

⁴³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24.059. Marzo 14 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales y permiten efectuar una ponderación de las ofertas; y iii) Formales, que *“atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal.”*

En el caso en concreto a resolver, determinó apoyándose en un pronunciamiento anterior⁴³⁸, que los estados financieros debidamente certificados y dictaminados por el revisor fiscal con los cuales se evalúa la capacidad financiera de los proponentes, no puede entenderse como un requisito meramente formal susceptible de ser subsanado, pues considera que al establecer la ley que aquellos, sean suscritos por el revisor fiscal, constituye un requisito sustancial para realizar un ejercicio comparativo entre las propuestas, por lo que su incumplimiento genera el rechazo o exclusión de la oferta.

Y agregó, que al haberse establecido en el pliego de condiciones como causal de rechazo de las ofertas, la inobservancia de las normas que regulan la presentación de estados financieros debidamente dictaminados; o allegar de manera incompleta la documentación requerida para ello, su incumplimiento no era susceptible de ser subsanado

Respalda su tesis en el argumento de que, si bien es cierto, el numeral 15, de artículo 25 de la Ley 80 de 1993⁴³⁹ permite que algunos de los requisitos previstos en el pliego de condiciones sean susceptibles de ser subsanados, también lo es que, frente aquellos requisitos sustanciales, es decir aquellos necesarios para comparar las ofertas no son susceptibles de ser subsanados, considerando que en el caso bajo su examen, los

⁴³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 30.250 Enero 29 de 2014. C.P.Mauricio Fajardo Gómez.

⁴³⁹ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

estados financieros son un requisito sustancial que permite valorar la capacidad financiera de los proponentes y permiten hacer un ejercicio comparativo entre las ofertas para así, seleccionar al proponente que tenga la solvencia y liquidez requerida para la ejecución del contrato.

Sea advierte con éste pronunciamiento, una interpretación restrictiva del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007⁴⁴⁰, la que determina a la capacidad financiera como un requisito habilitante que no otorga puntaje, de cuya lectura integral y conforme lo venía señalando la jurisprudencia en el 2014⁴⁴¹, se infiere que por ser habilitante, corresponde a aquellos que pueden ser subsanados hasta la adjudicación. En esta ocasión, el Consejo de Estado muestra un cambio radical pues, le da al mencionado requisito habilitante una connotación de requisito esencial necesario para la comparación de oferta (otorga puntaje) sin la posibilidad de que pueda ser subsanado.

Para los efectos del respectivo análisis del balance en la línea y habida consideración de que para la Corporación el demandante incumplió los requisitos previstos en el pliego de condiciones, es decir, no se sujetó a las exigencias contenidas en el pliego para la presentación de los estados financieros, ni los presentó al momento del cierre debidamente dictaminados, sin que pudiera posteriormente acreditar su cumplimiento con la firma del revisor fiscal y a título de subsanación, el fallo estudiado⁴⁴² se ubica en la gráfica, en el extremo derecho totalmente adherida a la respuesta polar No.2⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Ley 1150 de 2007. Ob.Cit.

⁴⁴¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 26 2014. Exp. 25.804, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 13 de 2015. Exp. 30.161.C P.Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁴³ No se vulnera, por cuanto conforme lo señala el numeral 6 del artículo 30 la Ley 80 de 1993, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. En ese sentido, al momento del cierre del proceso, los proponentes deben acreditar que cuentan y cumplen con todos los requisitos habilitantes. Permitir subsanarlos luego del cierre, constituye adición o mejora de la propuesta lo cual esta proscrito por el numeral 8, artículo 30 de la Ley 80 de 1993

Posteriormente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en noviembre de 2015 profiere fallo⁴⁴⁴, que para los efectos de la presente línea resulta ser a más reciente dentro del lapso propuesto como punto arquimédico⁴⁴⁵.

En el citado fallo, se debate el problema relacionado con la no acreditación de las facultades del representante legal de una sociedad proponente con su propuesta al momento del cierre, para lo cual previamente a la decisión, el Consejo de Estado, hace un recuento de las diferentes tesis planteadas en las sentencias aquí analizadas, para luego centrarse en la del 13 de marzo de 2013⁴⁴⁶ en cuanto a que existen tres (3) tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes: (i) Los requisitos subjetivos, que permiten evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales y su ponderación; y iii) Los formales que *“atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal.”*, y en la de febrero y noviembre de 2014⁴⁴⁷ referente a los antecedentes y evolución normativa de las reglas de subsanabilidad para concluir que rige el criterio de la interpretación integral de la Ley 80 de 1993⁴⁴⁸(art. 25, numeral 15 inciso 2) y Ley 1150 de 2007⁴⁴⁹ (art. 5, párrafo 1), en virtud del cual, un defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente y es corregible dentro del plazo que la entidad otorgue al oferente.

⁴⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 26 de noviembre de 2015, Exp. 51.376, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁴⁵ Diego Eduardo López Medina. Op. Cit., Pag. 169.

⁴⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24.059. Marzo 14 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁴⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 26 2014. Exp. 25.804, C.P. Enrique Gil Botero y Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Noviembre 12 de 2014, Exp. 27.986, CP Enrique Gil Botero. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Noviembre 12 de 2014, Exp. 27.986, CP Enrique Gil Botero.

⁴⁴⁸ Ley 80 de 1993. Ob. Cit.

⁴⁴⁹ Ley 1150 de 2007. Ob. Cit.

En ésta oportunidad, la Sala hace un análisis al alcance de la palabra “subsana”, para concluir que 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 erróneo 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.

Destacó que la “subsanaibilidad no *“...puede convertirse en la regla general, si no por el contrario debe ser considerada de tipo excepcional...”* que se convierte en una carga inherente a la administración en su deber de verificación de las exigencias y requisitos previstos en el pliego, por lo que la posibilidad de corregir los errores de la oferta se tiene como un deber a su cargo de obligatorio cumplimiento; y en un derecho del proponente. Anotando que la inactividad de la administración no debe afectar al oferente por lo que, en el evento de que aquella no lo requiera para que subsane, el defecto queda subsanado sin que pueda aducir la ausencia o falta de un requisito como fundamento el rechazo o descalificación de una propuesta.

Al definir el asunto bajo su examen, planteó como subreglas que:

La no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para comprometer hasta por determinada cuantía a la persona jurídica, según el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con la capacidad jurídica para la presentación de la oferta.

Que una cosa es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, caso en el cual no habrá lugar a la subsanabilidad de este defecto por cuanto constituye un requisito habilitante del oferente, y otra cosa, es que el representante legal, presente limitación para comprometer a su representada, situación que puede ser ratificada como subsanación en el término que indique la administración, pero antes de la suscripción del contrato.

Se observa de ésta posición, una confirmación de la tesis⁴⁵⁰ según la cual, la capacidad jurídica siendo un requisito habilitante debe tenerse y acreditar al momento de presentar la oferta, por lo tanto, no es subsanable. En ese orden de ideas, esta sentencia se ubica en la gráfica del lado derecho hacia la respuesta polar No. 2, por cuanto, según la posición jurídica analizada, al momento del cierre del proceso, los proponentes deben acreditar que cuentan y cumplen con todos los requisitos habilitantes (capacidad jurídica, financiera, de experiencia y organización).

De lo hasta aquí expuesto se presenta la dinámica y balance general de la línea en la gráficas de la siguiente manera:

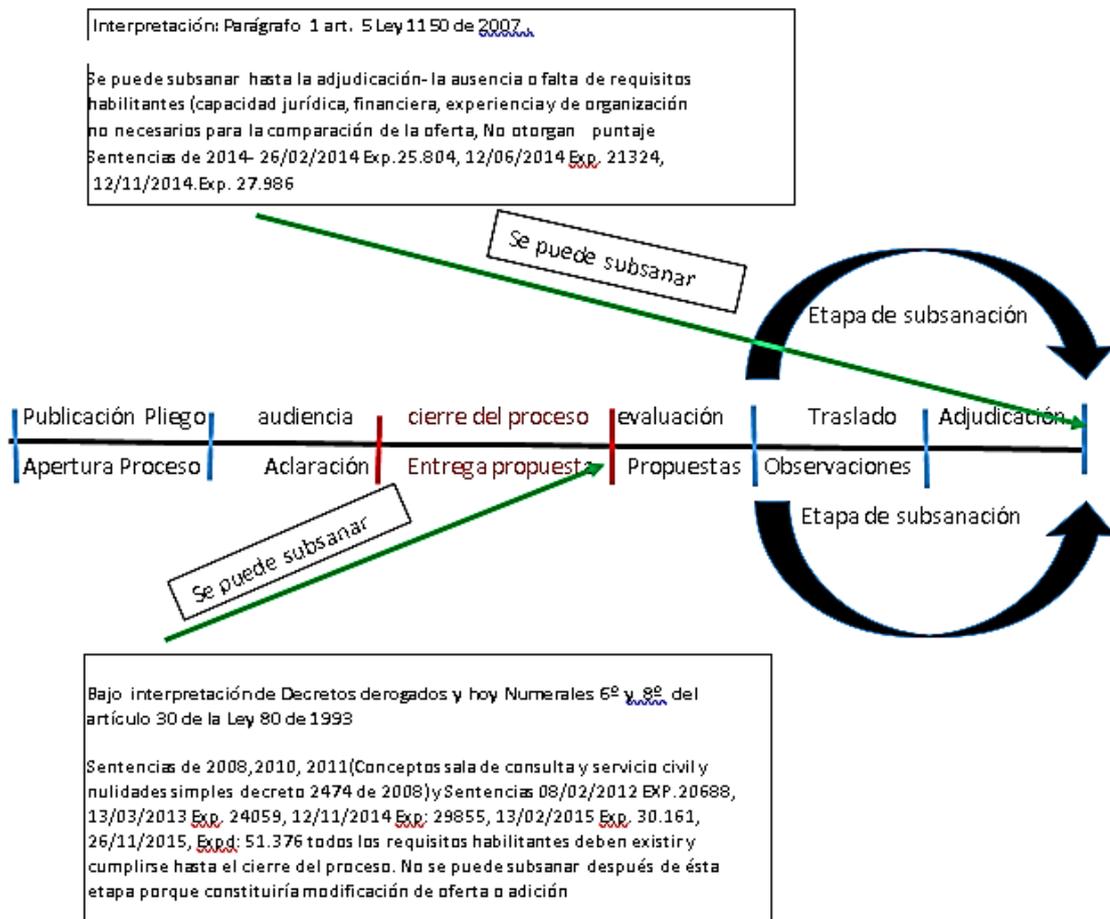
⁴⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24.059. Marzo 14 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

2.3. Grafica de la secuencia de los fallos jurisprudenciales referentes a la subsanabilidad de las ofertas en procesos de contratación estatal, adelantados bajo la modalidad de licitación pública

RESPUESTA POLAR 1 SI	¿Se vulnera el principio de selección objetiva previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 al no permitirle a un proponente subsanar hasta la adjudicación, requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, que no tenía o no se acreditaron al momento del cierre del proceso de Licitación Pública?		RESPUESTA POLAR 2 NO
<p>Se vulnera, por cuanto conforme lo señala el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los proponentes cuentan con el derecho de subsanar su propuesta por la ausencia o falta de todos aquellos requisitos, no necesarios para la comparación de las ofertas que no otorguen puntaje, hasta la adjudicación</p>	<p>(*)Acción de Nulidad. Exp: 36054 14/04/2010</p> <p>● 26/02/2014 Exp.25.804</p> <p>● 12/06/2014 Exp. 21324</p> <p>● 12/11/2014 Exp.</p>	<p>(*) Concepto 08 /11/2008 Rad. 1927</p> <p>(*) Concepto 20 /05/2010 Rad. 1992</p> <p>(*) Acción de Nulidad Exp. 36.408. 26/01/2011</p> <p>● 08/02/2012 EXP.20688</p> <p>● 13/03/2013 Exp. 24059</p> <p>● 12/11/2014 Exp: 29855</p> <p>● 13/02/2015 Exp. 30.161</p> <p>● 26/11/2015 Expd:51.376</p>	<p>No se vulnera, por cuanto conforme lo señala el numeral 6 del artículo 30 la Ley 80 de 1993, las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. En ese sentido, al momento del cierre del proceso, los proponentes deben acreditar que cuentan y cumplen con todos los requisitos habilitantes. Permitir subsanarlos luego del cierre, constituye adición o mejora de la propuesta lo cual esta proscrito por el numeral 8, artículo 30 de la Ley 80 de 1993.</p>

(*) Pronunciamientos que si bien, no presentan el presupuesto fáctico de la línea, dada su naturaleza (conceptos y acción de nulidad simple); se consideran relevantes e importantes para el tema bajo estudio por cuanto, varias de las sentencias analizadas, apoyaron sus decisiones en dichos pronunciamientos; y sus consideraciones permiten ver una postura que permite ubicarlas en una u otra respuesta polar.

2.4. Graficación de la Línea dentro de las etapas del proceso de Licitación Pública



2.5. Reglas jurisprudenciales que resultan de la línea, respecto de la subsanabilidad de las propuestas en procesos de contratación pública

De conformidad con la línea estudiada, y al no existir un fallo unificador, se puede señalar, que son varias las reglas vigentes frente a la subsanabilidad de las ofertas presentadas en procesos de contratación como el de la licitación pública, las que los operadores jurídicos pueden invocar; pero como se indicó en párrafos anteriores, pese al avance jurisprudencial, tales reglas no resultan ser claras, parejas o análogas lo que da lugar a ser interpretadas y aplicadas por la administración pública o proponentes, frente a un mismo presupuesto fáctico de manera diferente. Tales reglas son las siguientes:

- Hoy rige el criterio en virtud del cual, un defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente y es corregible dentro del plazo que la entidad otorgue al oferente, hasta la adjudicación, siempre que no se trate de un requisito necesario para la comparación de las ofertas.
- La pregunta que debe hacerse para determinar lo subsanable o insubsanable a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente es: ¿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.
- Algunos de requisitos de carácter formal, pueden ser subsanados por los oferentes y no constituyen causal de rechazo de la oferta como, por ejemplo, la tabla de contenido, el foliado y/o no aportar los documentos en el “orden” exigido.

- Es necesario hacer la distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas de los requisitos sustanciales del pliego de condiciones, para de esta manera poder establecer cuales podrán ser subsanados y cuáles no.
- La falta de capacidad jurídica del proponente en un proceso de selección no es subsanable, toda vez que es una condición imprescindible que debe existir al momento de presentar la oferta. En cambio, las limitaciones a las facultades del representante legal de un proponente, son subsanables con el acta del órgano directivo o con ratificación.
- Es obligación del proponente estudiar previamente el contenido, alcance y características del contrato a celebrar, las exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, que satisfagan plenamente las tres (3) categorías de los requisitos de orden jurídico, a saber: a).- subjetivos, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; b).- objetivos, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y c).- formales, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.
- En la evaluación de las ofertas se deberá expresar los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta y el oferente afectado debe disponer de la oportunidad efectiva para pronunciarse acerca de estas circunstancias, aportando argumentos y elementos de juicio para que la entidad adopte la decisión final.
- Todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o

completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.

- Lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes: pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.
- Para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las mismas, por lo tanto, la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el proponente; para lograr participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general.
- La administración, tiene la posibilidad de solicitar a los oferentes dentro de la etapa de evaluación de las ofertas, que aclaren y/o expliquen el contenido de algún aspecto de la propuesta, bien porque no es claro, porque es inconsistente, en definitiva, confuso. La falta de claridad no supone, un problema de subsanabilidad de la oferta; aunque en ocasiones conduce a aplicarlo.
- La entidad contratante es la que establece el término que considere razonable para que los proponentes subsanen las propuestas.
- Si el oferente adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, por una parte, porque, la misma ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra parte, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación.

- La presentación de estados financieros debidamente dictaminados y certificados es un requisito sustancial del pliego de condiciones, pues por medio de éste la administración califica y evalúa la capacidad financiera de los proponentes. Por lo tanto, no es subsanable .

- La subsanación de las ofertas por parte de un proponente, 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.

- La estructuración de las propuestas es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad, quien también tiene la carga de que el contenido de los mismos, se fundamente en reglas objetivas claras y justas que conduzcan a ofrecimientos de la misma índole en el escenario del proceso de selección.

- La subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, si no por el contrario debe ser considerada de tipo excepcional, de allí que la confección de los pliegos de condiciones revista suma importancia en el señalamiento de criterios técnicos, financieros y jurídicos, que permitan realizar una comparación objetiva de las propuestas.

- Una cosa es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, caso en el cual no habrá lugar a la subsanabilidad de este defecto por cuanto constituye un requisito habilitante del oferente, y otra cosa, es que el representante legal, que se

encuentra en ejecución de un contrato de mandato presente limitación en el monto para comprometer a su representada, caso en el cual la autorización dada por el órgano social competente, es prueba suficiente para que se comprometa a la sociedad, situación que puede ser ratificada en el término que indique la administración pero antes de la suscripción del contrato.

Conclusiones

Vemos como el Consejo de Estado ha sido uniforme al determinar que, en la etapa de evaluación de las ofertas, debe primar lo sustancial sobre lo formal, sin que sea posible no considerar la propuesta o rechazarla por defectos irrelevantes o por requisitos formales no sustanciales y no necesarios para la comparación de las ofertas, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma.

Se evidencia entonces, cómo dentro del lapso o periodo para la presente línea el desarrollo de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente a las reglas de subsanabilidad de las ofertas, no ha sido unánime, estático, sino más bien dinámico, pues la interpretación de las citadas reglas contenidas en la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007; pero a partir de la vigencia de ésta última, muestra posiciones distintas con relación a la posibilidad de subsanar requisitos habilitantes dentro de un proceso de contratación pública, que obedece a una interpretación según el cambio normativo que se ha dado por parte del legislador en su función legislativa y del ejecutivo, en su función reglamentaria expuestas en tres momentos a saber:

Un primer momento en el lapso comprendido entre 2008 a 2013, en donde para el alto tribunal, no era posible subsanar requisitos habilitantes como la capacidad jurídica, la póliza seriedad de la oferta, ni acreditar circunstancias que hubiesen ocurrido con posterioridad a la presentación de la propuesta, en atención además, a la regla de “insubsanabilidad” que preveían los reglamentos de las normas de contratación vigentes durante ese periodo.

Un segundo momento, que corresponde a fallos proferidos durante toda la vigencia 2014 a excepción de uno, en los que con ocasión de la derogatoria de la “regla de insubsanabilidad” y ante la ausencia de dicha restricción en decreto posterior, el

Consejo de Estado determinó que por “*el bien del principio de legalidad*” en adelante registrará uno solo criterio, la regla prevista en el párrafo 1º, del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, y que a su juicio “*siempre debió ser*”, señalando que es posible subsanar todo aquello que no asigne puntaje y corregible hasta el día de la adjudicación, así se trate de la capacidad, la ausencia de la garantía de seriedad de la oferta o requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas.

Y un tercer momento, que comprende el final del 2014 (noviembre) hasta final del 2015; en el que el Consejo de Estado si bien, reconoce la importancia de tener en cuenta la regla legal de subsanabilidad frente de que todo aquello que no genere puntaje es subsanable; así también le da una interpretación más restrictiva cual es que, al momento de determinar sobre la aplicación de la regla de subsanabilidad, es necesario establecer en qué tipo o categoría de requisito, se clasifica el defecto de la propuesta; si es objetivo, subjetivo o formal y dependiendo de ello, será sí o no subsanable, precisando que en el caso de requisitos como la capacidad jurídica, experiencia y financiera deben tenerse al momento del cierre del proceso de selección.

Implanta así, una nueva regla según la cual, los requisitos habilitantes deben cumplirse al momento del cierre del proceso, sin que sea factible acreditarlos con posterioridad a esa etapa, siendo posible solo subsanar la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal 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. De ésta manera, en su función interpretativa, retoma la regla de insubsanabilidad consagrada en los decretos reglamentarios derogados según la cual, en ningún caso la entidad podrá “*permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.*”

Se advierte en todo el análisis realizado, que pese al desarrollo jurisprudencial frente al tema, no existe unidad de criterio, ni un fallo unificador, en la interpretación de las reglas de subsanación de las propuestas en un proceso de contratación pública como la licitación, que permita a los operadores jurídicos aplicar de manera uniforme el ordenamiento jurídico que las regula, lo cual, puede conllevar una inseguridad jurídica e interpretaciones distintas sobre su alcance, por lo que en criterio de la suscrita, resulta necesario que bien, el tribunal de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, efectúe la unificación frente al tema objeto de estudio, o bien sería primordial que el legislador, proceda a la modificación o reforma de las normas que permite la subsanabilidad de tal manera que en su interpretación y aplicación, exista un grado de certeza en las decisiones relativas a la subsanación o rechazo de las ofertas, por estar basadas en una interpretación uniforme del ordenamiento jurídico de tal manera, que garanticen principios como el de selección objetiva, igualdad y legalidad y así evitar decisiones arbitrarias al momento de seleccionar el contratista, que pueden afectar el interés público que se persigue con la contratación, con un alto riesgo de demandas judiciales y condenas patrimoniales adversas.

Tal como están previstas las reglas de la subsanabilidad planteadas por el Consejo de Estado, existe un grado de discrecionalidad para los operadores jurídicos de la contratación pública al momento de definir la aplicación de las reglas de subsanabilidad respecto de requisitos definidos por la ley como habilitantes, según la interpretación que le den a las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico, sea flexible o rígida, podrán optar por una cualquiera de las posiciones del Consejo de Estado, bien sea que es factible subsanarlos hasta la adjudicación sin importar que se acrediten y se haya obtenido con posterioridad al cierre del proceso, o que no es posible subsanar la propuesta, si el oferente al momento del cierre no contaba con dichos requisitos .

En criterio de quien elabora la presente tesis, se considera importante que al momento de aplicar las referidas reglas de subsanabilidad, su interpretación se haga de manera integral y no aislada o fraccionada, haciendo prevalecer en todo el proceso de contratación y en especial al momento de evaluar la propuesta, los principios y derechos fundamentales de los oferentes participantes como el legalidad, de igualdad, y selección objetiva garantizando su efectividad lo cual considero, se logra con la respuesta Polar No. 2 del problema jurídico planteado, puesto que, los proponentes antes de presentar sus propuestas les corresponde el deber de verificar si en efecto cuentan y cumplen con todos y cada uno de los requisitos previstos en el pliego de condiciones de tal manera que, su propuesta se estructure con sujeción a ellos, debiendo al momento del cierre del proceso, acreditar que cuentan y cumplen con todos los requisitos habilitantes, sin que sea posible pretender adquirirlos o ir completando su oferta, después del cierre del proceso, compartiendo el criterio jurídico de que sí lo hace luego de vencida esa etapa, constituirá adición o mejora de la propuesta lo cual esta proscrito por el numeral 8, artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y se vulneraría el principio de igualdad respecto aquellos proponentes que hicieron lo posible por sujetarse a los requisitos y condiciones del pliego y cumplir con aquellos antes del cierre.

Lista de Referencias

Fuentes Jurídicas.

- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art. 1502. Abril 15 de 1887 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO n° 41.094.
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. DO n° 46.691.
- Decreto Ley 150 de 1976 (con fuerza de ley). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Junio 11 de 1976. D.O. n°. 34.570
- Decreto 222 de 1983. (con fuerza de ley). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Febrero 6 de 1983. D.O. n°. 36.189.
- Decreto 01 de 1984. (con fuerza de ley). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Enero 10 de 1984, D. O. n° 36.439.
- Decreto 066 de 2008 (Departamento Nacional de Planeación). Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Enero 16 de 2008.
- Decreto 2474 de 2008 (Departamento Nacional de Planeación). 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. Julio 7 de 2008.

- Decreto 4828 de 2008 (Departamento Nacional de Planeación). Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública. Diciembre 24 de 2008.
- Decreto 734 de 2012 (Departamento Nacional de Planeación) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Abril 13 de 2012.
- Decreto 1510 de 2013 (Departamento Nacional de Planeación). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Julio 17 de 2013.
- Decreto 1082 de 2015 (Departamento Nacional de Planeación) Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015.

Doctrina

- Daneyi Martínez Herrera Edison González Salguero. *El Principio de Transparencia en la Contratación Estatal*. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Maestría Derecho Administrativo. (2014).
- Diego Eduardo López Medina. *El Derecho de los Jueces*. Legis Editores S.A.(2006)
- Ernesto Matallana Camacho. *Manual de Contratación de la Administración Pública – Reforma de la Ley 80 de 1993*, Universidad Externado de Colombia (2009).
- Jairo Enrique Solano Sierra. *Medios de Control Contencioso – Administrativo*, Pag. 76, Ediciones Doctrina y Ley, (2016).
- Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ta edición, Tomo I (1974).

- Edgar González López . *El Pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.* Universidad Externado de Colombia. (2010).
- Ernesto Matallana Camacho. *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993.* Universidad Externado de Colombia. (2013).
- Gonzalo Suarez Beltrán Estudios de Derecho Contractual Público. Editorial Legis. (2014).
- Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Contratación Estatal. Legislación* (2 edición). Ed. Universidad Externado de Colombia (2009).
- Jorge Beltrán Pardo. *La subsanabilidad en la contratación estatal* http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti14080804la_subsanabilidad_en_la_contratacion_estatal/noti14080804la_subsanabilidad_en_la_contratacion_estatal.asp?CanV=4ex (8 de agosto de 2014) *Ámbito Jurídico.* (citado 14 de enero de 2017).
- Jorge Eliecer Fandiño Gallo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal.* Editorial Leyer, (2009).
- Jorge Pino Ricci. *Criterios de Selección y Reglas de Subsanabilidad* (en línea) <https://es.slideshare.net/MARZV/escrito-criterios-de-seleccin-y-reglas-de-subsanabilidad.>, mayo18 de 2012 (citado 14 de enero de 2017).
- José Roberto Dromi. *Manual de Derecho Administrativo.* Tomo I. Astrea, (1987)
- Juan Ángel Palacio Hincapié. *La Contratación de la Entidades Estatales.* Librería Jurídica Sánchez R Ltda. (2014).
- Luis Guillermo Dávila Vinueza. *Régimen jurídico de la contratación estatal,* Pag.33, Legis Editores .(2003).

- Miguel S. Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, (1983)
- Pedro Antonio Lamprea Rodríguez. *Anulación de los actos de la administración pública*. Ediciones Dcotrina y Ley. (1996).
- Roberto Dromi, *La licitación Pública*. Editorial Astrea; 3ra impresión. (1987).
- Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdéz. Revisión Ruth Zimmerling. (1993).
- Rodrigo Escobar Gil. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Legis Editores. (1999).
- Samuel Yong Serrano. *El Contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación..* Grupo Editorial Ibañez.(2013).

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, Sentencia C-862 de 3 de septiembre de 2008, Demanda de Inconstitucionalidad contra el parágrafo 3 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. Expediente: D-7166. C.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 4694, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, febrero 9 de 1987.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Agosto 29 de 2007. C P. Mauricio Fajardo Gómez
- Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Diciembre 3 de 2007.C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicados Nros. 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10- 326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326- 000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447).

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de noviembre de 2008, Rad: 1927, CP: William Zambrano Cetina.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente: 36.054. auto de mayo 27 de 2009. C P: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp: 36054, 14 de abril de 2010. C.P Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, Radicación: 1992. CP: Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado, Sección tercera, 26 de enero de 2011. Exp. 36.408, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, febrero 8 de 2012. Exp. 20.688, C.P Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 24.059. Marzo 14 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 30.250 Enero 29 de 2014. C.P.Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia del 26 de febrero 2014, Expd:25.804, C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 21324. Junio 12 de 2014. CP. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Exp. 29.855. Noviembre 12 de 2014. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Exp. 27.986.12 de noviembre de 2014. CP Enrique Gil Botero.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 13 de 2015. Exp. 30.161.C P.Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp 34.510. Mayo 11 de 2015. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Exp. 40.660, julio 29 de 2015.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 26 de noviembre de 2015, Exp. 51.376, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 40635. Junio 24 de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 40660. Julio 29 de 2015. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 51.376. Noviembre 26 de 2015. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 54.919. Enero 27 de 2016. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 24 de junio de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 40635.

Publicaciones electrónicas

- Circular Externa No. 13 Asunto: *Subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje*. Junio 13 de 2014. (en línea)
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20140612circular13.pdf.
- Colombia Compra Eficiente. Concepto n° 0000174-2014 1204 y n° 810000376, junio 9 de 2014. (en línea)

<http://www.confecamaras.org.co/Documentos/DireccionJuridica/ConceptosDoctrinaJurisprudencia/con2425INT.pdf> y
https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://www.fasecolda.com/files/8714/2506/6396/7._Col-Compra-Eficiente-Concepto-2014-N0000174_20141204.doc

- Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la lengua española. (en línea) <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=YZ5DxiO> .(citado 10 de agosto de 2017)
- Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la lengua española. (en línea) <http://dle.rae.es/?id=YZ353kS>. (citado 10 de agosto de 2017)
- Diccionario legal. (en línea)
http://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Sub%20judice&hasta=Substitutivos%20penales&lang=es.(citado 10 de agosto de 2017)
- Términos Jurídicos. Consultas. (e línea)https://lexicos.wordpress.com/2010/04/19/terminos-juridicos-letras/#zzee_link_617_1271574387.u. abril 19, 2010. (citado 10 de agosto de 2017)
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en línea) <http://dle.rae.es/?id=HZKtGsK> (citado 16 junio de 2017)
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en línea) <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=4PwvY5i>. (citado 16 junio de 2017).
- Definición. De (en línea) <http://definicion.de/todo/> . Autores: Julián Pérez Porto y Ana Gardey. Publicado: 2010. Actualizado: 2010. (citado 16 junio de 2017).
- Contratación En Línea. Co. *Principios de la Contratación Estatal* (en línea) <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=150&module=navigationmodule> (2014). (citado 16 junio de 2017).