

El alcance de la regla y subreglas de subsanabilidad de ofertas acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado en los procesos de licitación pública en el ordenamiento jurídico colombiano

The Scope of The Rule and Sub-Rules of Subsanability Offers in Accordance with The Jurisprudence of The Council of State in Public Bidding Processes in The Colombian Legal System

María José Bohórquez Salgado¹

Andrés Felipe Pernet Borrás²

Resumen

Éste estudio analiza las disposiciones y los principios contenidos en la ley de contratación pública y las normas complementarias que permiten regular la aplicación y el alcance de las reglas y subreglas de subsanación de ofertas en los procesos de licitación pública acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado y lo señalado en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. No obstante, este desarrollo normativo y jurisprudencial no ha sido suficiente para precisar de forma clara y unívoca el alcance de dicha regla, de manera que da lugar a variadas interpretaciones en torno a lo que puede o no ser objeto de subsanación, especialmente en aquellos procesos que incluyen factores puntuables dado que la mejor oferta se determina tanto en términos de precio como de calidad, tal como sucede en la licitación pública.

De esta manera, se constata la insuficiencia legal y la falta de unidad jurisprudencial de regular la aplicación del concepto de subsanabilidad de requisitos y la necesidad de unificar criterios en una norma que determine las limitaciones y el alcance de éste, así como también, el plazo para hacerlo y aquellas condiciones necesarias para la comparación de las ofertas con plena observancia de los principios rectores para la selección objetiva de los contratistas dentro del proceso de contratación pública. Por lo anterior, el presente documento busca identificar los principios y caracterizar los criterios jurisprudenciales frente a la procedencia de la subsanabilidad de ofertas en la licitación pública en Colombia.

Palabras claves: Contratación pública, subsanabilidad, licitación pública, selección objetiva, reglas, principios, jurisprudencia del Consejo de Estado.

Abstract

This study analyzes the provisions and principles contained in the public procurement law and complementary regulations that govern the application and scope of the rules and subrules for rectifying offers in public bidding processes in accordance with the jurisprudence of the Council of State and as stipulated in Article 5 of Law 1882 of 2018. However, this normative and jurisprudential development has not been sufficient to clearly and unambiguously specify the scope of this rule, which leads to various interpretations about what can or cannot be subject

¹ María José Bohórquez Salgado. Especialización en Derecho Administrativo. mariaj-bohorquezs@unilibre.edu.co

² Andrés Felipe Pernet Borrás. Especialización en Derecho Administrativo. andresf-pernettb@unilibre.edu.co

to rectification, especially in processes that include scoring factors since the best offer is determined both in terms of price and quality, as is the case in public bidding.

In this way, the legal insufficiency and the lack of jurisprudential unity in regulating the application of the concept of rectifiability of requirements are noted, highlighting the need to unify criteria in a norm that determines its limitations and scope, as well as the timeframe for doing so and the necessary conditions for comparing offers, with full adherence to the guiding principles for the objective selection of contractors within the public procurement process.

Therefore, this document aims to identify the principles and characterize the jurisprudential criteria regarding the appropriateness of offer rectification in public bidding in Colombia.

Keywords: Public procurement, rectification, public bidding, objective selection, rules, principles, jurisprudence of the Council of State.

INTRODUCCIÓN

La licitación pública es un mecanismo de contratación estatal en Colombia utilizado para satisfacer las necesidades o finalidades del Estado, así como también hacer efectivo sus deberes y prestar los servicios públicos con la colaboración de los particulares. Éste resulta ser una de las modalidades de selección del contratista más imprescindible para llevar a cabo la adquisición de bienes y servicios. Lo anterior, regido bajo los principios de transparencia, responsabilidad, economía señalados en la Ley 80 de 1993, así como el de selección objetiva, igualdad y debido proceso en las actuaciones administrativas reproducido también por la Ley 1150 de 2007 y la constitución política de 1991.

En este sentido, la figura de la subsanabilidad de ofertas fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 80 de 1993, desarrollada por la Ley 1150 de 2007 y finalmente ampliada por la Ley 1882 de 2018 la cual establece que *“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*, por lo que se ha impuesto la carga a la administración de solicitar todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, sin embargo dentro de ese ejercicio, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha de cierre del proceso.

No obstante, muy a pesar de que esta fase específica de la contratación ha sido contemplada en la legislación y la jurisprudencia, presenta vacíos y poca determinación en su alcance y limitación, por lo que las entidades estatales se ven inmersas a ejercer facultades discrecionales e interpretativas, generando en el contexto real inseguridad jurídica que pueden generar afectación a los principios de igualdad, selección objetiva y economía, manifestada en la

diversidad de interpretaciones que tienen las entidades públicas al momento de aplicar las reglas de subsanabilidad de la oferta en los procesos de contratación estatal.

En efecto, existe una falta de unificación y completitud jurisprudencial por parte del Consejo de Estado para determinar el alcance de la subsanabilidad de las ofertas y dotar de seguridad jurídica a los operadores en el momento de selección del contratista. Por ello, existe la necesidad de esclarecer con precisión los parámetros de subsanabilidad de las ofertas o al menos una guía que guarde estricta relación con los principios generales del derecho y de la contratación pública en Colombia

Así las cosas, este documento analiza el papel e importancia de los principios constitucionales y de contratación pública y la evolución jurisprudencial de la subsanabilidad de ofertas en los procesos de licitación pública, así como lo que puede ser corregido según otros preceptos del mismo Estatuto de Contratación Estatal, como la prohibición de modificar, adicionar o mejorar la oferta.

Finalmente, esta investigación abordará el siguiente planteamiento: ¿Cuál es el alcance de la regla y subreglas de subsanabilidad de ofertas en los procesos de licitación pública a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado? Lo anterior, se analizará teniendo en cuenta el desarrollo de los siguientes objetivos: i) Identificar los principios aplicables en la contratación pública frente a la procedencia de la subsanabilidad de requisitos de la oferta. ii) Caracterizar los criterios de la jurisprudencia frente a la subsanabilidad de las ofertas.

METODOLOGÍA

Enfoque de investigación: Cualitativo. Para la presente investigación se llevará a cabo la observación y análisis de la normatividad y la jurisprudencia en aras de comprender a través de estas fuentes el alcance de la regla y subreglas de subsanabilidad, aspecto que genera diversas interpretaciones en los procesos de contratación pública y que puede representar un problema para los operadores jurídicos en su contexto de aplicación.

Tipo de investigación: Básica-jurídica. Esta investigación se desarrollará teniendo en cuenta la sistematización de parámetros normativos, jurisprudenciales y doctrinales relacionados con la regla y subreglas de subsanabilidad de las ofertas en los procesos de contratación pública.

Método de investigación: Jurídico descriptivo. El desarrollo de esta investigación se basará en identificar los principios y aspectos para tener en cuenta para esclarecer el alcance de la regla de subsanabilidad de las ofertas tal y como está establecida en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y la ley 1882 de 2018 a través de una caracterización de los criterios jurisprudenciales

de la sección tercera del Consejo de Estado. Por ello se revisará, por una parte, las sentencias desde el año 2014, uno de los años de mayor producción jurisprudencial sobre la temática hasta el año 2016 (Sentencias 25804, 21324 y 27986 de 2014; 40660 de 2015 y 45607 de 2016) y posteriormente el análisis se dirigirá a las sentencias proferidas con posterioridad a la expedición de la ley 1883 de 2018 hasta el año 2022 (Sentencias 39006 de 2018, 00677 de 2019, 49221 de 2020, 33080 de 2021 y 65134 de 2022).

Las anteriores sentencias fueron seleccionadas con los siguientes criterios: Explicativa, en cuanto que aclaran y fija el alcance de la ley cuando ésta es oscura o insuficiente. Supletoria, en cuanto da solución a los casos no previstos por la ley. En ese sentido, serán objeto de estudio para buscar identificar los principios y caracterizar las reglas y subreglas frente a la procedencia de la subsanabilidad de ofertas en la licitación pública en Colombia.

1. Principios aplicables en la contratación pública frente a la procedencia de la subsanabilidad de requisitos de la oferta.

La Ley 80 de 1993, en sus artículos 23 y subsiguientes, estableció los principios que regulan las actuaciones contractuales de las entidades del Estado: transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva. Sin embargo, no son los únicos que resultan aplicables, ya que el ordenamiento jurídico en su totalidad establece otros, entre los cuales se encuentran: moralidad, imparcialidad, primacía de lo sustancial sobre lo formal eficiencia, igualdad de los oferentes, publicidad y libre concurrencia.

En materia de subsanabilidad de ofertas, actividad que tiene lugar dentro de la fase precontractual, uno de los principios que cobra mayor relevancia, es el principio constitucional de primacía de lo sustancial sobre lo formal, que de acuerdo con Daza (2018) esta figura surge en nuestro ordenamiento jurídico precisamente dada la necesidad de que en las actuaciones contractuales primen los aspectos sustanciales frente a los meramente formales (p. 30).

Para comprender el contenido de este principio, es de tener presente que, dentro de los procesos de contratación, corresponde a las entidades establecer en sus pliegos de condiciones, los requerimientos jurídicos, técnicos, financieros, organizacionales y de experiencia, así como condiciones ponderables que le permitirán seleccionar a un proveedor para la satisfacción de sus necesidades, de manera que son señalados la forma y los documentos a través de los cuales serán acreditados dichos requisitos, los cuales deben ser allegados con su oferta, sin embargo, la ausencia de documentos y demás errores en la propuesta no deben conllevar necesariamente a la descalificación o rechazo de la propuesta, ya que Daza trayendo a colación al doctrinante Gustavo Beramendi, señala que actualmente se debe observar que, la rigurosidad del

formalismo deriva en arbitrariedad ya que, favorece a unos y afecta a otros por minucias que pueden sanearse sin quedar en desventaja frente a los demás proponentes (Daza, 2018, p. 67).

Con base en lo anterior, no es admisible que, se sacrifique un buen ofrecimiento debido a que el oferente al momento del cierre del proceso de selección no dio cumplimiento estricto a los aspectos de forma en la acreditación del cumplimiento de las condiciones exigidas, inclusive Daza, haciendo cita de Santofimio Gamboa recuerda que la doctrina ha comprendido que, la Administración frente a los defectos formales puede solicitar la documentación e información faltante del proponente si con ello implique el arreglo de la propuesta “del proponente descuidado y carente de requisitos” (Santofimio, 2004, como se citó en López, 2018, p. 16).

No obstante, posterior al análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado del año 2014, Sarmiento (2022) a la luz de este principio, nos recuerda la importancia de tener en cuenta que, si lo solicitado afecta la puntuación, se estaríamos en presencia de criterios sustanciales, motivo por el cual la oferta debería ser rechazada y no habría lugar a la subsanabilidad, pero cuando la información o requisitos que faltan no se encuentran relacionados con la puntuación, entonces se estaría ante criterios formales que podrían ser subsanables. (p. 35).

Por otra parte, resulta aplicable el principio de economía, el cual, acuerdo con López (2019), le permite a la Administración “*salvar*” el proceso de contratación en aquellos casos en que la oferta tenga vicios formales (p. 279). Lo anterior, debido a que, al permitir que el proponente subsane su oferta, se amplía la posibilidad de que nazca a la vida jurídica el contrato que permitirá la satisfacción de la necesidad, sin tener que repetir nuevamente el procedimiento para su consecución. Este principio es de suma importancia en los procesos que se adelantan bajo la modalidad de Licitación Pública cuyo procedimiento se caracteriza por su considerable extensión en el tiempo, con una duración aproximada de dos meses para el surtimiento de todas las etapas para poder satisfacer la necesidad de la entidad.

Adicionalmente, cabe destacar el principio de igualdad, principio constitucional que, llevado al ámbito de la contratación estatal, implica que todos los proponentes deben recibir el mismo trato de las autoridades, gozando de los mismos derechos, oportunidades y libertades sin discriminación (Salcedo, 2022, p. 45). En ese sentido, permite que las exigencias y criterios habilitantes sean establecidos y desarrollados sin ningún tipo de preferencias entre los proponentes, posibilitando un mejor equilibrio entre los oferentes, de manera que estos puedan competir de forma más sana para lograr la mejor contratación. (Sarmiento, 2022, pp. 8-9).

De lo anterior se desprende principio de igualdad reviste mucha importancia, ya que garantiza el ejercicio de los derechos de todos los proponentes al interior de los procesos de selección, en los cuales se encuentra incluido la subsanabilidad ya que, de acuerdo con el Consejo de Estado es un derecho excepcional del oferente respecto de los aspectos de su oferta susceptibles de corrección y su vez implica un deber para las entidades, a fin de que “los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general”.(Consejo de Estado, 2014).

De otra mano, se encuentra el principio de selección objetiva, el cual alude a que, una selección será objetiva siempre que la escogencia recaiga sobre el ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ésta persigue (satisfacción de las necesidades encaminándose al cumplimiento de los fines del Estado) sin que sean tenidos en consideración otros aspectos de motivación subjetiva que inclinen la balanza de manera favorable para alguno de los oferentes, es decir una selección que se ajuste a los criterios objetivos que señala la ley, los cuales serán establecidos en los pliegos de condiciones. (Ley 1150 de 2007).

Al respecto, de acuerdo con Sarmiento (2022) con este principio se persigue que en los procesos se de aplicación correcta de las reglas claramente señaladas en el pliego y en los casos o asuntos no previstos en éste, se recurra a la normatividad vigente. (p. 9).

Ahora bien, ha sido la ley 1150 de 2007 que fue modificada por la ley 1882 de 2018 a través de su artículo, han desarrollado de forma más concreta el principio de selección objetiva, no solamente para indicar los parámetros que deben tener en cuenta las entidades para fijar las reglas y condiciones aplicables dentro del proceso sin importar su modalidad, sino para fijar de forma legal algunas de las reglas aplicables en materia de subsanabilidad, respecto de lo que es subsanable y lo que no es subsanable, en efecto, resulta el punto de partida más concreto para este examen, especialmente por lo establecido en los párrafos primero, tercero y cuarto.

Por otra parte, es pertinente agregar el principio de transparencia que, aunque no haya sido determinante para el surgimiento de esta figura en nuestro ordenamiento, tiene aplicabilidad transversal las actuaciones de las distintas etapas del proceso de contratación el cual, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, impone a las autoridades el deber de no actuar con abuso o desviación de poder, ciñendo el ejercicio de su competencia a las normas y prohibiéndoles eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos establecidos en el Estatuto General de Contratación pública. Señala González (2018) que durante la etapa de evaluación de las propuestas es que la entidad en el ejercicio principio de transparencia solicita a los proponentes que sean entregadas las subsanaciones y realizadas las aclaraciones dentro del término

establecido en el cronograma, no siendo aceptable que la entidad no requiera al proponente si de acuerdo con la ley hay lugar a ello (p. 36).

Importancia de la aplicación de los principios en materia de subsanabilidad de ofertas.

En materia de subsanabilidad de ofertas, concretamente para el examen de lo que es subsanable y lo que no es subsanable, la jurisprudencia, la doctrina e inclusive las normas (ley 1150 de 2007 y ley 1882 de 2018) se han remitido al análisis y aplicación de los principios generales del derecho y de la contratación pública.

De acuerdo con Dworkin (1967), los principios pueden ser entendidos de manera general como un conjunto completo de estándares distintos de las reglas, considerados como normas que deben ser observadas, no porque promuevan o aseguren una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque atienden a elementos como la justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad (p. 23).

Señalando la importancia de los principios en la actividad contractual del Estado, Lucas (2017) sostiene que, tanto en materia contractual, como en el derecho en general, éstos tienen una vocación normativa dándoles la naturaleza de verdaderos mandatos, prohibiciones o permisiones a través de las cuales se exige un determinado comportamiento (p. 220).

De igual forma, es de tener presente que el procedimiento de selección deben ser vistos como actuaciones administrativas puesto que involucran actos administrativos, además dichas actuaciones se encuentran encaminadas a la satisfacción de necesidades en cumplimiento de los fines del Estado, por lo que a diferencia de lo que acontece en el derecho privado en el cual prima la autonomía de la voluntad, la libertad de formas y de negociación, la administración para seleccionar la oferta más favorable debe seguir el procedimiento fijado por el orden jurídico, pero también observando todos aquellos principios que permite que los procesos se contractuales se conviertan en verdaderos escenarios en los cuales se garantiza el derecho a la igualdad, la libre concurrencia, permitiendo que nazca a la vida jurídica el contrato con cuya ejecución se propenderá por los fines del Estado. Consejo de Estado (2010).

En ese sentido, debido a esos “estándares” que deben ser observados se ha desarrollado la figura de subsanabilidad en nuestro ordenamiento que debe ser aplicada en aras de evitar que por exceso de rigor formalista se desechen ofrecimientos favorables inobservando las garantías procesales y derechos de los proponentes, además de que su consideración evidencia que las actuaciones administrativas que se despliegan al interior de los procesos se ajustan a derecho.

2. Caracterización de los criterios de la jurisprudencia frente a la subsanabilidad de las ofertas.

Antecedentes jurisprudenciales previos a la Ley 1882 de 2018, sobre las reglas y subreglas de subsanabilidad de ofertas

Previo a la expedición de la Ley 1882 de 2018, correspondió a la sección tercera del Consejo de Estado realizar interpretación de la normatividad vigente y establecer reglas y subreglas en materia de subsanabilidad de ofertas, las cuales han ido evolucionando e inclusive cambiando. El año de 2014 fue uno de los años de mayor desarrollo jurisprudencial en torno a esta temática a cargo del consejero ponente Enrique Gil Botero, entre las cuales se destacan las siguientes sentencias:

A través de la Sentencia 25804 de 26 de abril de 2014, se decidió sobre el recurso de apelación interpuesto contra sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, respecto de los hechos ocurridos en el proceso de licitación pública adelantado por la Secretaría de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de Magangué (Bolívar), en el cual fue descartada la oferta del recurrente puesto que aportó estados financieros que no contaban con la firma de contador público sino que se encontraban suscritos por un economista, incumpliendo lo dispuesto en la Ley 143 de 1990, artículos 11 y 13 literal e. Mediante esta sentencia se precisaron las siguientes reglas:

Regla: la entidad tiene el deber de buscar la claridad a los aspectos que generen dudas durante la etapa de evaluación. Entonces la oportunidad de aclarar y corregir la oferta es un derecho del contratista, lo anterior con base en la interpretación de la Ley 80 de 1993, artículo 30.7.

Regla de acuerdo con la ley: se recuerda el criterio objetivo establecido en la Ley 1150 de 2007 según el cual no es subsanable lo que otorgue puntaje. En ese sentido, el Consejo de Estado interpreta este criterio concretando su contenido al señalar como subregla: a) la firma de los estados financieros es un requisito elemental, no sustancial, además que estos documentos sirven para la acreditación de requisitos habilitantes financieros, no puntuables en los procesos de licitación pública.

Estas reglas y subreglas se caracterizan por comprender que la falla en las formalidades de la oferta no representa alteración en la sustancia de los ofrecimientos.

Seguidamente, mediante sentencia 21324 del 12 de junio de 2014, se procede a modificar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de la resolución de adjudicación del

contrato y en consecuencia modificar la liquidación de perjuicios a favor del demandante quien presentó la oferta en el proceso de licitación y fue descalificada ya que este presentó un paz y salvo provisional acreditando el pago de los impuestos territoriales y se generó la controversia sobre si era o no un documento subsanable teniendo en cuenta que era “provisional” y no definitivo tal y como se requería en el pliego de condiciones, por lo que no se permitió subsanar y en efecto, fue rechazada la propuesta. Por tal razón, habría lugar a una violación al derecho a participar en el proceso de selección, también al derecho a que el requisito sea subsanado y que la oferta sea evaluada y por último al derecho a ser candidato para la adjudicación del contrato. Por lo tanto, mediante esta sentencia se señaló la siguiente regla y subregla:

Regla: de acuerdo con el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de ofertas pueden ser requeridos las entidades en subsanación en cualquier momento hasta la adjudicación, puesto que su falencia no afecta la puntuación. En ese sentido, el Consejo de Estado interpreta este criterio y señala como subregla: a) el paz y salvo provisional con relación al pago de impuestos territoriales no constituye un elemento sustancial para la comparación de ofertas, por lo tanto, es un requisito no puntuable y subsanable dentro de la oportunidad fijada por la entidad y hasta la adjudicación. Estas reglas y subreglas se caracterizan por enfatizar que lo no puntuable es subsanable.

Finalizando el año 2014, mediante Sentencia 27986 de 12 de noviembre de 2014., el Consejo de Estado decidió recurso de apelación interpuesto contra sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con relación al proceso de licitación pública adelantado por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, en el cual una de las ofertas presentadas fue rechazada debido a que el proponente modificó la descripción de un ítem del documento que contenía las cantidades de obra, de manera que, la entidad señaló el incumplimiento de las condiciones técnicas del pliego. No obstante, en otro documento la descripción se encontraba correctamente. De esta sentencia se desprende lo siguiente:

Regla: en interpretación de la Ley 80 de 1993, artículo 30.6, y con base en jurisprudencia anterior, se pueden subsanar aquellos requisitos que, aunque no afectan la comparación de ofrecimientos, son necesarios para la participación del proceso. En ese momento el Consejo de Estado señaló como subregla que resultan subsanables: a) la autorización del representante legal por parte de la junta directiva para contratar; b) la firma de la oferta; c) certificaciones de experiencia; d) la ausencia del certificado de existencia y representación legal; e) ausencia del RUP; f) ausencia de la garantía de seriedad de la oferta o

sus errores. Esta regla se caracteriza por su flexibilidad frente a la ausencia de documentos sumamente importantes para la presentación de ofertas.

Regla: es importante tener presente que aclarar y subsanar la oferta son dos conceptos diferentes, ya que el primero hace referencia a explicar algo que no está claro, lo cual se permite inclusive frente a requisitos relacionados con la comparación de ofertas sin modificarla, mientras que el segundo concepto hace referencia a reparar aquellos defectos de la propuesta que se desprenden de la omisión de requisitos. con base en lo anterior señaló la subregla: a) frente a apartamiento del pliego fue puramente formal (no sustancial) y no tratándose de ausencia de requisito o documento no es dable recurrir a la figura de subsanabilidad sino a la solicitud de aclaración. Esta regla se caracteriza por establecer un límite en el uso de la figura de subsanabilidad y recordar que en nuestro ordenamiento existen otras como la de aclaración.

Regla: de la interpretación de la normativa vigente hasta la fecha, el Consejo de Estado señala que el oferente no puede subsanar la propuesta en cualquier momento, sino dentro de la oportunidad fijada por la entidad, a partir del momento en que empieza la evaluación y hasta la adjudicación. Esta regla se caracteriza por establecer un límite temporal para desplegar actuaciones con base en esta figura.

Por otra parte, a través de Sentencia 40.660 de 29 de julio de 2015, a cargo del consejero ponente Jaime Santofimio Gamboa se decide un recurso de apelación contra sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, relacionado con el proceso de licitación pública adelantado por la Beneficencia de Cundinamarca. En esta oportunidad, el Consejo de Estado con base en el precedente jurisprudencial y con la normativa vigente a la fecha, señaló las siguientes reglas y subreglas:

Regla: la subsanabilidad, aunque es una regla excepcional, es de obligatorio cumplimiento para la entidad y su desconocimiento abre la posibilidad para que el oferente acuda a jurisdicción. Es tanta la importancia de este derecho que se deriva la siguiente subregla: a) ante el silencio de la administración requiriendo la subsanación de un requisito se entenderá que queda subsanado. Esta regla y subregla se caracterizan por señalar el carácter perenne de la figura de subsanabilidad en nuestro ordenamiento y la consecuencia que genera su inobservancia.

En cuanto a aspectos formales, reitera como regla que debe primar lo sustancial sobre lo formal señala las siguientes las siguientes subreglas de aspectos que pueden ser subsanados: a) la tabla de contenido que deba aportarse con la oferta, a) el cumplimiento de aportar los documentos en un orden específico y el foliado es subsanable. Esta regla y subreglas se

caracterizan por proteger a los oferentes frente al rechazo automático de sus ofertas por incumplimiento de requisitos que solo son necesarios para facilitar la actividad evaluadora de las entidades.

Regla: la falta de capacidad jurídica de un proponente no es subsanable, puesto que se debe contar con esta al momento de ofertar. Sin embargo, como subregla: a) las limitaciones a las facultades del representante legal resultan subsanables e indica que se subsanan con el acta del órgano directivo autorizando para actuar; b) es posible subsanar en este evento siempre que el proponente hubiere contado con la capacidad jurídica al momento de presentación de la oferta. Esta regla se caracteriza por enfatizar que no es posible subsanar algo con lo que no se contaba al momento de ofertar.

Regla: no se podrá subsanar en los siguientes eventos: a) si el proponente se encuentra incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad; b) si el proponente incumple uno o varios de los requisitos habilitantes establecidos en el pliego y la ley; c) la ausencia de documentos ineludibles para la comparación de ofertas; d) si la conducta del proponente o su oferta son contrarias a los principios y normas constitucionales relacionadas con prohibiciones o sanciones. Esta regla se caracteriza por blindar a las entidades compradoras al no permitir que a la larga se suscriba el contrato estatal que las coloque en riesgo jurídico por inobservancia de otras normas de orden superior en nuestro ordenamiento o cuya celebración haga incurrir en tipos penales, como lo es el de celebrar contratos sin el lleno de requisitos.

Retomando la regla de que son subsanables los requisitos que no otorgan puntaje, es decir, añade como subreglas que no serán subsanables los siguientes aspectos: a) la falta de precio en algún ítem; b) de igual forma, si el ofrecimiento de plazo es criterio evaluable, su omisión en la oferta no será subsanable; c) la falta de acreditación de un factor técnico evaluable; d) la falta de acreditación de condiciones técnicas del bien ofertado.

Regla: durante el término para subsanar no se pueden aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta que inicialmente se presentó. Esta regla se caracteriza por procurar que los ofrecimientos se mantengan tal y como se presentaron, regla aplicable para todos los oferentes por igual, garantizando la concreción del principio de igualdad.

Finalmente, mediante sentencia 45607 del 24 de octubre de 2016, la sección tercera del Consejo de Estado conoce del recurso de apelación y revoca la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, motivo por el cual se anula la resolución de adjudicación del contrato al proponente ganador puesto que, el apelante señala que el trámite de la invitación pública, el adjudicante incurrió en conductas sospechosas que dejaron la intención de direccionar y

favorecer el proceso de selección al adjudicatario, por lo cual se estaría en el evento de violación de normas superiores, debido proceso, imparcialidad y concreción del principio de selección objetiva. Por lo anterior, el Consejo de Estado señala las siguientes reglas y subreglas.

Regla: En los procesos no se pueden rechazar ni discriminar a los proponentes por requisitos meramente formales, lo esencial para determinar la posibilidad de presentar nuevos documentos o aclarar los ya existentes depende del contenido sustancial que no incida en mejorar aspectos que otorguen puntaje de lo presentado en el proceso de selección, en relación con los requisitos del pliego de condiciones, y no de la forma. En ese sentido, se señala la siguiente subregla: a) La entidad convocante no puede modificar las condiciones del pliego para favorecer a un solo proponente, ni permitir que uno de los participantes tenga una ventaja para mejorar su oferta con el fin de obtener el contrato, ya que se deben respetar los derechos de todos los competidores. b) La oferta puede ser subsanada siempre que en el proceso no se afecten elementos sustanciales que incidan en la mejora de la calificación de la propuesta y esto es posible dentro del término de oportunidad que establezca la entidad o hasta antes de la adjudicación, garantizando así el debido proceso y principios fundamentales en la contratación estatal, como la igualdad de oportunidades, la sana competencia económica entre otros. Esta regla y subreglas se caracterizan por velar por la garantía que tienen los proponentes de participar en igualdad de condiciones y a la transparencia dentro de los procesos de selección de la contratación estatal.

Jurisprudencia entre 2018 y 2022 que ha abordado la subsanación de los requisitos a la luz de los principios de contratación.

Teniendo en cuenta que fue hasta enero de 2018 el Congreso expide la Ley 1882, norma más reciente que trata de incluir disposiciones legales acerca del alcance de las reglas de subsanabilidad de ofertas, resulta pertinente realizar el análisis de algunas sentencias de la sección tercera del Consejo de Estado en torno a esta figura en aras de identificar las reglas y subreglas que han surgido a partir de la fecha, o si las anteriores han sido reinterpretadas, sin dejar de lado revisión del papel y la participación de los principios de contratación en esta tarea.

Esta norma, entre otros aspectos fue enfática en establecer que la ausencia de la garantía de seriedad de la oferta no es subsanable, lo que sí era permitido de acuerdo con una de las subreglas precedentes establecidas por la jurisprudencia. No obstante, a través de la Sentencia 39066 de 10 de diciembre de 2018, a cargo del consejero ponente Carlos Zambrano Barrera, se decide recurso de apelación contra sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del

Valle del Cauca relacionado con proceso de licitación pública adelantado por METROCALI S.A., toda vez que se adjudicó el contrato a un proponente cuya garantía de seriedad se encontraba vencida al momento de la adjudicación, aunque esta fue constituida acorde con lo exigido en los pliegos. En esta oportunidad, se estableció como subregla que es viable la prórroga de la garantía de seriedad de la oferta a manera de subsanación, toda vez que se trata de requisito habilitante que no tiene aptitud para mejorar la oferta de un proponente frente a otro, sino que se establece en virtud del principio de economía para que los oferentes no se retracten de sus ofrecimientos.

Por lo anterior, de admitirse la subsanación en estos eventos no se contraría el principio de igualdad con aquellos proponentes cuyas garantías se encontraban vigentes. Esta subregla se estableció, a pesar de que no fue requerida la subsanación por parte de la entidad en el caso objeto de estudio. Esta regla y la subregla que se deriva se caracterizan por la protección del oferente frente a circunstancias que se concretan ajenas a su voluntad, pero sin contrariar el principio de igualdad.

Seguidamente, mediante sentencia 00677 de 25 de octubre de 2019, a cargo de la consejera ponente María Adriana Marín, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, relacionado con el proceso de licitación adelantado por el Ministerio de Protección Social quien adjudicó a un consorcio por obtener el más alto puntaje en la evaluación de las ofertas. No obstante, dicha calificación la obtuvo luego de que la entidad le permitiera esclarecer la oferta económica, puesto que el adjudicatario no lo había presentado en la forma indicada por el pliego de condiciones. Cabe señalar, que se trata de un factor de calificación de las ofertas, lo cual se le permitió subsanar incurriendo en una posible mejora en el puntaje, mediante la cual se declaró la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato al consorcio.

Por lo anterior, se observa que la entidad procedió a permitir subsanar la propuesta económica sin tener en cuenta la siguiente regla que versa el numeral 6 del artículo 30 de la ley 80 de 1993 que indica que, el pliego de condiciones es vinculante tanto para la entidad que lo redactó como para los participantes en el proceso de selección, quienes deben cumplir estrictamente con las exigencias establecidas en éste al presentar sus ofertas. En ese sentido, la misma ley permite que se requieran aclaraciones dentro del término permitido por la entidad en la etapa de evaluación y esto es sobre la propuesta en aspectos formales más no

modificaciones de elementos sustanciales que inciden en la comparación objetiva de las ofertas, garantizando así, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Además, en consonancia con lo anterior, se desprende la siguiente subregla: a petición de la entidad se podrá únicamente aclarar dudas en la presentación de la propuesta económica, y no de modificar o subsanar aspectos sustanciales de la propuesta y mucho menos, aquellos que otorguen calificación concretamente en este caso el factor económico. Así las cosas, esta regla y subregla se caracterizan por reforzar que, todos los proponentes tienen derecho al debido proceso y al cumplimiento de las reglas del pliego de condiciones, al respeto a la preclusividad de los plazos y a la garantía de la concreción de los principios de igualdad y selección objetiva en materia de subsanabilidad.

Por otra parte, mediante Sentencia 49221 de 3 de agosto de 2020, a cargo del consejero ponente Alberto Montaña Plata, se decide acción de controversias contractuales relacionada con el enjuiciamiento de los actos previos de la licitación pública adelantada por INVIAS de la que derivó el contrato, proceso en el cual se rechazó una oferta puesto que el proponente no se encontraba al día con el pago de la seguridad social al momento de presentar su oferta, tal como se había establecido en el pliego, pues tenía pendiente el pago de intereses moratorios. Una vez analizado el caso, el Consejo de Estado establece la siguiente:

Regla: con base en la normatividad vigente y jurisprudencia precedente, no es subsanable el cumplimiento del requisito habilitante en sí, sino la prueba del cumplimiento de éste, es decir, el requisito debe estar cumplido al momento de presentar oferta, de lo contrario se estaría en contravía de la figura de subsanabilidad. Subregla: No se puede subsanar si el proponente no está al día con el pago de aportes a seguridad social al momento de ofertar, solo se admite la subsanación de la prueba de estar al día hasta ese momento. Esta regla se caracteriza por limitar el derecho de subsanabilidad de los proponentes y circunscribirlo al respeto de la naturaleza misma de esta figura, armonizada con los principios de selección objetiva e igualdad que señala este órgano en esta oportunidad.

No obstante, el salvamento de voto en esta sentencia no estuvo de acuerdo con lo decidido puesto que el proponente sí estaba al día con el pago de aportes, con lo que no estaba al día era con los intereses, lo cual no era exigible por lo que no debió rechazarse su oferta. En ese sentido es posible observar una falta de unidad y completitud jurisprudencial en esta regla, puesto que en la realidad pueden presentarse situaciones parecidas con hechos variados, relacionados con el cumplimiento o no de este requisito, en ese sentido, es dable sugerir que se

da paso para que sean los principios relacionados con la subsanabilidad y análisis de esta regla en los hechos de los casos concretos, los que den luces para decidir si se rechaza la oferta o no.

Asimismo, mediante sentencia 33080 de 10 de marzo de 2021, a cargo del consejero ponente Guillermo Sánchez Luque, en la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual el Departamento de Boyacá en proceso de licitación, adjudicó un contrato para la edificación de un laboratorio. En este caso, el demandante sostiene que presentó la mejor propuesta y que, por lo tanto, debió ser adjudicatario del contrato. Consecuentemente, afirmó que el requisito del pliego relacionado con el aval de un arquitecto, el cual no presentó, provocó el rechazo de su propuesta, considerando esta actuación ilegal. Ahora bien, según el tribunal, el aval del arquitecto era una exigencia vinculada a la idoneidad y capacidad profesional del proponente, es decir, obedece a un aspecto no puntuable, el cual no se permitió subsanar dentro del plazo establecido en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado establece la siguiente:

Regla: los oferentes podrán sanear o esclarecer los requisitos no esenciales de las propuestas que no incidan en elementos de calificación o puntaje hasta el término del traslado del informe de evaluación de acuerdo con la modalidad de selección escogida. En suma, durante este tiempo los proponentes no están facultados para subsanar defectos de la propuesta ocurridos con posterioridad al cierre del proceso. Subregla; la omisión de presentar el aval de un arquitecto no puede generar el rechazo de la oferta, por tratarse de un requisito que no es esencial para la comparación de los ofrecimientos, acorde con el artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, antes de rechazar la propuesta, se debió permitir al oferente que presentara el aval respectivo, conforme lo dispone el artículo 30.7 de la misma ley. Adicionalmente, una vez satisfecho el requisito antes de la adjudicación, debió considerar que esta exigencia formal ya estaba saneada y proceder a revisar nuevamente la propuesta una vez estudiadas las demás observaciones presentadas por los demás participantes.

Así las cosas, esta regla y subregla se caracterizan por recordar el derecho que tienen todos los proponentes a subsanar defectos de la propuesta que no sean esenciales para la calificación de las propuestas, garantizando el principio de selección objetiva.

De otra mano, mediante Sentencia 65134 de 28 de febrero de 2022, a cargo del consejero ponente Nicolás Yépez Corrales, se decide recurso de apelación contra sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda relacionada con proceso de licitación pública adelantado por el Municipio de Pereira, debido a la forma en que se abordó la subsanabilidad, puesto que se

requirió a uno de los proponentes para que en subsanación (luego de la fecha de cierre del proceso) aportara tarjetas de operación de vehículos adicionales a las allegadas con su oferta, en aras de cumplir con el número mínimo de cupos requeridos, puesto que estas habían sido establecidas como requisitos habilitantes dentro del pliego; dicho proponente resultó adjudicatario. En este caso, el proponente recurrente consideró que esta subsanación llevó a una adición y mejora de la oferta, pues, aunque su subsanación solo sería considerada para los aspectos habilitantes, este requisito incidió en la comparación de ofertas. Además, haciendo un análisis del pliego, el Consejo de Estado verificó que este requisito afectaba la asignación de puntaje, porque resultó claro que para evaluar el factor puntuable de calidad debían tenerse en cuenta la presentación de la copia de las tarjetas de los vehículos para ejecutar el objeto establecido en el contrato, en aras de calcular el porcentaje de automóviles modelo 2008 y siguientes ofertados con la propuesta, y con base en ese porcentaje, se asignaría puntaje. Por lo anterior, no le era dable a la entidad modificar los pliegos en la etapa de evaluación admitiendo la subsanabilidad, aunque fuera solo para aspectos de habilitación de la propuesta. En esta oportunidad se estableció la siguiente:

Regla: con base en los principios de igualdad, selección objetiva y la ley misma, no es posible subsanar requisitos habilitantes que también hayan sido fijados como requisitos de acreditación de condiciones o circunstancias que asignen puntaje, es decir, aquellos que puedan afectar la asignación de puntaje. Revisado lo anterior, se desprende que esta regla se caracteriza por señalar como rasgo de la subsanabilidad que esta figura no puede propiciar escenarios en los que se modifiquen las condiciones establecidas en los pliegos durante la etapa en que tiene lugar dentro del proceso, y además, se caracteriza por recordar que lo que esté relacionado con los factores puntuables no es subsanable, aunque con ello se acredite el cumplimiento de requisitos habilitantes, máxime si de las demás reglas del pliego no se extrae que ello está permitido.

CONCLUSIÓN

La contratación estatal en Colombia ha sido durante décadas el principal instrumento para la satisfacción de las necesidades para el logro de los fines del Estado y esto gracias a las diferentes modalidades de selección, entre esas la más importante, la licitación pública. No obstante, en el desarrollo de estos procesos en la etapa de evaluación de ofertas, se presentan situaciones en las que resulta imperativo dar aplicación a figuras como la subsanabilidad, un tema que ha causado controversia en su interpretación debido a la insuficiencia en la regulación

y ha sido el consejo de Estado a través del desarrollo jurisprudencial, un importante participe al momento de fijar las formas en las que deben interpretarse las reglas establecidas en la ley, pero también ha señalado nuevas reglas y subreglas para orientar lo que es subsanable y lo que no lo es dependiendo de la naturaleza de los requisitos, del caso concreto y del contenido de los principios generales del derecho y de la contratación pública que resultan aplicables.

Sin embargo, tal y como se ha abordado en la presente investigación, se ha evidenciado una falta de unidad jurisprudencial en cuanto a la fijación del alcance de las reglas para la subsanabilidad ya que se han presentado casos en los que los consejeros ponentes han presentado distintas interpretaciones. Adicional a lo anterior, no existe aún una sentencia de unificación que delimite lo que es y no es subsanable de las ofertas, en aras de que se cierre finalmente el margen de interpretación de las entidades compradoras en torno a las reglas existentes y puedan contar con criterios ordenados y uniformes, inclusive listados más completos de requisitos subsanables y no subsanables, que permitan minimizar el riesgo de que en los procesos se lleguen afectar las garantías de los proponentes, evitar revocatorias de actos administrativos de adjudicación y/o desierto de procesos, entre otras situaciones.

Finalmente, el objeto de esta investigación permitió esclarecer el alcance y aplicación de las reglas de subsanabilidad que aún está abierto y por ello, se debe procurar comprender los principios, las reglas y subreglas que deben tener en cuenta los operadores jurídicos en los escenarios de análisis de la procedencia de la subsanabilidad de ofertas.

BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la República de Colombia. (1993, 6 de octubre). Ley 80 de 1993. En: Diario Oficial n.º 41094 (1993, 28 de octubre)
- Congreso de la República de Colombia. (2007, 16 de julio). Ley 1150 de 2007. En: Diario Oficial n.º 46691 (2007, 16 de julio)
- Congreso de la República de Colombia. (2018, 15 de enero). Ley 1882 de 2018. En: Diario Oficial n.º 50477 (2018, 15 de enero)
- Daza Sierra, N.E. (2018) La subsanabilidad de requisitos en la licitación pública y su impacto frente a los principios de la contratación estatal en Colombia. Available at: <http://hdl.handle.net/11634/10547>

- Dworkin, Ronald M. (1967) "The Model of Rules," University of Chicago Law Review: Vol. 35: Iss. 1, Article 3. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3>
- López Rodríguez, A. C. (2018). Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas. *Revista Digital de derecho Administrativo*, (21), 263–310. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.12>.
- Sarmiento Castro, H. (2022). Implicaciones jurídicas de la subsanabilidad de las ofertas en procesos de contratación pública en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Available at: <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.6065>
- Salcedo Castañeda, L.M. (2022). Cumplimiento de los principios de la contratación estatal y de los fines del estado social de derecho a partir de la experiencia exigida en procesos de contratación de obra pública de infraestructura vial en vigencia de la Ley 1882 de 2018. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/10901/24523>.
- González, J. C. (2018). La Inestabilidad de la Regla de Subsancibilidad en la Contratación Pública. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/20437>.
- Lucas Ortigón, C. A. (2021). Actividad contractual de entidades territoriales a la luz de los principios de la contratación estatal. *Advocatus*, (28), 215–239. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.28.899>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014, 26 de abril). Sentencia 25804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014, 12 de junio). Sentencia 21324. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2014, 12 de noviembre). Sentencia 27986. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2015, 29 de julio). Sentencia 40660. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2016, 24 de octubre). Sentencia 45607. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2018, 10 de diciembre). Sentencia 39066. Consejero Ponente: Carlos Zambrano Barrera
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2019, 25 de octubre). Sentencia 00677. Consejero Ponente: María Adriana Marín

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2020, 3 de agosto). Sentencia 49221. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2021, 10 de marzo). Sentencia 49221. Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2022, 28 de febrero). Sentencia 65134. Consejero Ponente: Nicolás Yépez Corrales