RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	Kleider Johan Inocencio Caicedo con Código: 241086
FACULTAD	**Facultad de educación, artes y humanidades**
PLAN DE ESTUDIOS	**Derecho**
DIRECTOR	Beatriz Eugenia Pacheco Arévalo
TÍTULO DE LA TESIS	**Anomia del principio de subsanabilidad concebido en el estatuto de contratación estatal en Colombia**
TITULO EN INGLES	Anomie of the principle of rectification conceived in the state contracting statute in Colombia

RESUMEN
(70 palabras)

La investigación conlleva al desarrollo de tres objetivos como son examinar el régimen jurídico en relación a los principios y el proceso de la Contratación Estatal en Colombia; posteriormente se analizará el principio de subsidiaridad y finalmente estudiar el alcance de las garantías sustanciales de cara a las garantías trazadas para los oferentes a partir del traslado del informe de evaluación.

RESUMEN EN INGLES

The research leads to the development of three objectives such as examining the legal regime in relation to the principles and the process of State Contracting in Colombia; Subsequently, the principle of subsidiarity will be analyzed and finally the scope of the substantial guarantees will be studied in view of the guarantees outlined for the bidders from the transfer of the evaluation report.

PALABRAS CLAVES	. Principio de subsanabilidad, contratación estatal, garantías sustanciales
PALABRAS CLAVES EN INGLES	Principle of rectification, state contracting, substantial guarantees

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 36	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

Anomia del principio de subsanabilidad concebido en el estatuto de contratación estatal en Colombia

Kleider Johan Inocencio Caicedo con Código: 241086

Facultad de educación, artes y humanidades, Universidad Francisco de Paula Santander

Ocaña

Programa de derecho

Beatriz Eugenia Pacheco Arévalo

Magister

18 de julio de 2022

Índice

Capítulo 1. Los principios y procesos de contratación estatal en Colombia 6

1.1 Principios de la contratación estatal en Colombia 6

1.2 Modalidades de la contratación pública en Colombia 10

1.3 Cambios introducidos con la Ley 1150 de 2007 13

1.4 Cambios introducidos con la Ley 1882 de 2018 15

Capítulo 2. El principio de subsanabilidad 17

2.1 Algunas predicciones dogmático-jurídicas sobre el principio de subsanabilidad 17

2.2 El principio de subsanabilidad en la regulación normativa colombiana 20

2.3 El principio de subsanabilidad desde la jurisprudencia colombiana 22

Capítulo 3. Alcance de la regla de subsanabilidad, de cara a las garantías trazadas para los oferentes a partir del traslado del informe de evaluación. .. 25

Conclusiones 31

Referencias 33

Introducción

En la Constitución Política de 1991 el Constituyente estableció el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal en disposición del artículo 228, extendido a toda clase de actuación, lo que incluye el panorama de la contratación pública. En el marco de las disposiciones legales que ensamblan el piso jurídico de la Contratación Pública se estableció el principio de subsanabilidad a través del cual los oferentes podrán realizar enmiendas o entregar documentos que no estaban en la propuesta.

Doctrinalmente, este principio es definido por Rodríguez, 2016 como:

> Aquella acción que emprende un proponente, ante la entidad estatal, para completar o satisfacer un requisito, no sujeto a calificación, que le falta a su propuesta para que pueda ser evaluada y por lo tanto, para que la misma cumpla con las exigencias del pliego de condiciones. (Rodríguez, 2016)

En el régimen normativo, el principio de subsanabilidad fue concebido bajo la Ley 80 de 1993 t la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, con la expedición de la Ley 1882 de 2018, se dieron nuevas concepciones buscando aclarar las falencias de la norma del 2007, de la siguiente forma:

> Parágrafo 1. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia,

> todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. (...) (Congreso de la República de Colombia, Ley 1882 del 2018)

De dicha modificación se extrae que una vez se realiza el traslado del informe de evaluación, los interesados podrán presentar observaciones en las que se evidencien condiciones inadvertidas por los comités evaluadores, quienes entonces establecerán la continuidad o la inhabilidad de alguna de las ofertas, generándose un escenario de dudas sobre la viabilidad de la subsanación sobre dichas observaciones en el caso de la oferta inhabilitada y sobre la cual ya transcurrió el plazo legal para la presentación de subsanaciones.

Bajo lo expuesto, el panorama vislumbra un problema jurídico enmarcado en las garantías que pueden ser soslayadas para los proponentes, razón por la cual se busca con la monografía, constatar mediante la aplicación de un entendimiento exegético de esta norma en relación al alcance de la regla de subsanabilidad de cara a las garantías trazadas para los oferentes a partir del traslado del informe de evaluación.

La investigación conlleva al desarrollo de tres objetivos como son examinar el régimen jurídico en relación a los principios y el proceso de la Contratación Estatal en Colombia; posteriormente se analizará el principio de subsidiaridad y finalmente estudiar el alcance de las garantías sustanciales de cara a las garantías trazadas para los oferentes a partir del traslado del informe de evaluación.

Capítulo 1. Los principios y procesos de contratación estatal en Colombia

1.1 Principios de la contratación estatal en Colombia

Dentro del marco jurídico que regula la contratación pública en Colombia, existe un compendio de normas integradas por la Constitución Política de 1991, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, el Decreto 1510 de 2013, el Decreto 1082 de 2015 y las demás disposiciones legales en la jurisdicción civil y comercial pertinente a este escenario.

La figura del contrato estatal, se rige además, bajo un marco de principios vinculantes, que estructuran el cumplimiento de los fines estatales, la eficacia y la eficiencia en los mismos. Algunos de ellos se enmarcan dentro de la Ley 80 de 1993, como son la transparencia, la economía, la responsabilidad, el deber de elección objetiva, entre otros.

Conforme lo afirma el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo…". (Congreso de Repúbica de Colombia, Ley 80 de 1993, Art. 23)

Para contextualizar los principios que integran la contratación estatal en Colombia, es preciso dar comienzo hablando de la licitación pública como regla general, y que tiene como

objetivo la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines del interés público. Conforme a la disposición del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, las entidades interesadas en contratar deberán realizar los estudios pertinentes que permitan establecer la viabilidad y las condiciones de la contratación a celebrar.

Continuando con esta avocación de principios, se encontró el principio de transparencia intrínsecamente ligado a los factores que determinan la escogencia y el modelo de selección. A través de este principio se busca garantizar que en la conformación del contrato, se realice públicamente, basándose en un proceso de selección e igualdad de oportunidades para quienes participan, y se escoja la oferta más favorable conforme a la eficiencia de la gestión fiscal; así mismo, se persigue la imparcialidad dentro del proceso, alejando la contratación pública de cualquier tipo de favoritismo.

El siguiente principio que enmarca la contratación estatal, es el de legalidad, fundamentado en el artículo cuarto de la Constitución Política, y es el eje trasversal de los modos de selección de la contratación estatal. En contexto de lo anterior y por mandato normativo se ha decretado que es obligación acatar la constitución y las normas, por lo que "Así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado y la contratación se rige por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley".

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha manifestado que el principio de legalidad promueve la defensa de los ciudadanos del poder del Estado para ofrecer condiciones igualitarias en materia contractual. Así mismo, se impone una garantía para que todos los trámites

contractuales se realicen con la plena convicción de que lo que se produzca a futuro, estará sujeto a las normas constitucionales y legales. (Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 3 de Diciembre de 2007)

Otro principio integrador de la contratación estatal es el principio de igualdad que reconoce el derecho que tiene el particular en la participación de los procesos de selección con igualdad de oportunidades, a la oportunidad de recibir un mismo trato, garantizar que los oferentes pueden contar con imparcialidad al momento de la adjudicación de cualquier contrato, entendiendo de toda la etapa contractual.

Adicionalmente, se encuentra consagrado como un principio de la contratación estatal la libre concurrencia, que tiene una relación directa con el principio de igualdad, y que tiene como fin ofrecer la oportunidad de acceso en un proceso de selección libre de cualquier ciudadano. Así las cosas, se puede apreciar que la norma no prohíbe ni restringe la participación de nadie en la contratación pública, pero se indica en qué casos es necesario cumplir con algunos requisitos para su participación.

La buena fe también hace parte de las disposiciones normativas en materia de principios regentes de la contratación estatal. Bajo este mandato, se ha establecido que el Estado deberá sustentar sus actuaciones bajo dicho principio, máxime cuando se trata de un modelo de Estado Social de Derecho, donde la protección de los derechos individuales y colectivos permite la participación de los ciudadanos. Por su parte, dicho principio fue introducido en el marco del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

La moralidad y la publicidad también integran este gran conjunto de principios. El primero consagra que la actuación de la función administrativa deberá contener una moralidad que satisfaga un tinte común. El segundo se materializa poniendo en conocimiento las necesidades o requerimientos que necesita la administración para llevar a cabo sus fines, la publicidad trae consigo la posibilidad que los particulares se enteren de las necesidades del estado y tengan la oportunidad de participar de acuerdo a las normas establecidas en ley

El principio de economía se encuentra contenido en el artículo 25 de la Ley 80, y tiene como finalidad materializar la eficiencia en la administración pública, más específicamente en la actividad contractual, donde se busca precisar resultados en menor tiempo, menos recursos y menos costos para el presupuesto estatal. El objetivo trazado por el legislador, es que durante las etapas de la contratación estatal, no se presenten situaciones que dilaten o retarden los resultados, pues se pone en riesgo el presupuesto del Estado. Es decir, que exista austeridad en los procesos de contratación en cuanto al tiempo, medios y gasto, es decir que se debe realizando un estudio minucioso en la entidad para ver si se cuenta con el recurso económico suficiente para llevar a cabo las obras y que por la falta de éste no se incurra en sobregastos.

En relación con el principio de responsabilidad, este se encuentra contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que se encuentra en armonía con las disposiciones de la Constitución Política, en cuanto a la responsabilidad patrimonial que le asiste al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En materia contractual, el principio de responsabilidad se consagra asignándole a los servidores públicos el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, como son vigilar la ejecución del objeto contratado, salvaguardar los derechos de la entidad para la cual prestan sus

servicios, así como los del contratista y los terceros involucrados en la ejecución del contrato, la responsabilidad jurídica por las actuaciones y omisiones como el deber de reparar el daño que se cause en razón de ellas.

Finalmente se encuentra el principio de economía, a partir del cual se deberá gestionar eficientemente los procesos de selección contractual, adelantar los procedimientos en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos. El mismo se encuentra contenido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y busca lograr los fines de la contratación, así como maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos dentro de un marco de actuaciones administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y de requisitos innecesarios. (Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 3 de Diciembre de 2007)

1.2 Modalidades de la contratación pública en Colombia

Por su parte la contratación pública en Colombia, conforme a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, se puede realizar bajo las siguientes modalidades:

La licitación pública, donde se busca subsanar o someter a un concurso público los contratos de obras, compras, adquisiciones, entre otros, en pro de obtener la mejor oferta en calidad y precio por parte de los proveedores o contratistas. Las licitaciones públicas pueden ser de orden nacional o internacional.

La selección abreviada es una modalidad de selección objetiva para casos en que por algunas especificaciones del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

La selección abreviada se establece bajo las siguientes modalidades:

"a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

b) La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierta del proceso inicial;

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección a personas en situación de vulnerabilidad.

i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional". (Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993)

El concurso de méritos, permite la selección de consultores o proyectos, donde se requiere un sistema de concurso abierto o de precalificación.

La contratación directa que permite la selección cuando se trata de los siguientes casos:

"a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

estatales;

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando

inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles". (Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993)

1.3 Cambios introducidos con la Ley 1150 de 2007

La Ley 80 de 1993 consagro el Estatuto de Contratación Estatal, encargándose de regular la actividad contractual de las entidades estatales. Sin embargo, dentro una vez en la práctica, se pudo evidenciar que la norma presentaba algunas falencias que permitieron grandes hechos de corrupción en todo el país y mala asignación de los recursos públicos.

Conforme a ello, fueron presentados más de cinco proyectos de ley, hasta la promulgación de la Ley 1150 de 2007, que introdujo algunos cambios respecto a la contratación estatal, enfocándose hacia la gestión optima, eficiente y transparente de los recursos públicos. En el marco de dichos cambios, se implementaron mecanismos que permiten a las entidades estatales tener mejores elementos para la evaluación al momento de escoger a los proponentes. Por su parte a los contratistas se les garantiza mejores condiciones y mayor equidad al momento de participar en la contratación pública.

Dentro de las principales modificaciones, se encuentra la ampliación de las modalidades de selección, la creación de un acuerdo marco de precios para los bienes y servicios con características uniformes que se obtienen a través de selección abreviada, y como principal bandera la sistematización de la información de los proponentes mediante la creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) y el Registro Único de Proponentes (RUP) donde se publica la clasificación y calificación de los proponentes permitiendo que las entidades conozcan la capacidad máxima de contratación de cada uno de ellos, a partir de las condiciones técnicas y económicas. De otra parte, también se introdujo cambios en el que tienen que ver con las concesiones, eliminándose la figura de las prórrogas automáticas.

En materia de eficiencia y transparencia, se estableció en el marco de las modificaciones introducidas con la Ley 1150 de 2007, que la contratación publica se hará fundamentada en el principio de selección objetiva, mediante el cual se escogerá la oferta que más favorezca a la entidad, sin tener en consideración factores de afecto o interés. Al ponerse en marcha la modificación, se contemplaron como modalidades de selección para los contratistas la licitación publica, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.

Referente a la licitación pública, se establece como la regla general, y solo se aplicaran las demás modalidades en los casos excepcionales. Así mismo la oferta en estos procesos podrá ser presentadas mediante la modalidad de subasta inversa total o parcialmente, cuando la entidad así lo requiera y fijándose las reglas para ello.

Respecto a la selección abreviada, esta se pondrá en marcha cuando las características del contrato así lo requieran y se hará en pro de garantizar la gestión contractual. Son causales de la

selección abreviada las siguientes: la adquisición o suministro de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización; la contratación de menor cuantía; la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud; entre otros.

Por su parte el concurso de méritos se aplicara para la selección de consultores o propuestos, y se utilización a través de concurso abierto o precalificación. Las propuesta se podrán presentan de manera anónima, ante jurados plurales impares y calificados.

Y finalmente la contratación directa, se aplicara solo para los siguientes casos: urgencia manifestá; contratación de empréstitos; contratos interadministrativos; entre otros que determina de forma taxativa la norma.

1.4 Cambios introducidos con la Ley 1882 de 2018

Otra importante reforma a la Ley 80 de 1993, fueron los cambios que introdujo la Ley 1882 de 2018, en materia del procedimiento de licitación para obra pública, que ya se encontraban descritos en el Estatuto de Contratación Publica y en la Ley 1150 de 2007, buscando fortalecer el principio de transparencia en este ámbito. Los principales cambios se realizaron en materia de la presentación de la oferta y el término para subsanar, implementa el pliego tipo, permite expresamente la experiencia entre privados y delimita la responsabilidad del interventor, entre otros.

Así las cosas, con la promulgación de esta nueva disposición, se establecen lo que se denomina el proceso de selección de oferentes, buscando que los mismos puedan participar de forma concurrente, transparente y competitiva. Con la nueva disposición, se implementa la obligación del pliego de tipo para los contratos de obra pública, consultoría e interventoría de obra pública y le otorga la posibilidad al Gobierno de extenderlo a otro tipo de contratos o procesos.

Otras modificaciones importantes fueron la estipulación de la presentacion de la oferta a través de dos sobres separados, donde se deberá cumplir con los requisitos habilitantes y (con la oferta económica. Así mismo, también se estableció, que falta en la entrega de la garantía de seriedad de la oferta no es subsanable y dispuso que la entidad debe aceptar como experiencia de los oferentes la adquirida en contratos suscritos con particulares.

Capítulo 2. El principio de subsanabilidad

2.1 Algunas predicciones dogmático-jurídicas sobre el principio de subsanabilidad

Adicional a los principios consagrados en el primer capítulo, y que buscan contextualizar las reglas sobre las cuales se sustenta la contratación estatal en Colombia, en este segundo capítulo se abordara con mayor profundidad el principio o regla de la subsanabilidad en materia contractual estatal.

Para dar comienzo a la contextualización del tema a tratar, es preciso cita la Ley 1150 de 2007, a partir del artículo 5, que define en los siguientes términos la selección objetiva:

> "Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (…) "
>
> "Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante, lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo

de subasta, deberá ser solicitado hasta el momento previo a su realización.” (Congreso de Colombia, Ley 1150 de 2007, Art. 5)

A partir de las disposiciones de este artículo, se puede evidencia que al definirse la figura de la selección objetiva, también se define que la actuación de la entidad deberá estar libre de toda subjetividad y decreta la prohibición de rechazar las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documento, siempre y cuando estos no sean objeto de ponderación o comparación de ofertas se podrán allegar hasta la audiencia de adjudicación.

Dicha disposición se encuentra amparada en un mandato constitucional, bajo el cual todas las actuaciones judiciales, deberán someterse a la subsanabilidad. Para el caso de la jurisdicción contenciosa administrativa, se ha establecido que los documentos que son objeto de ponderación o comparación de propuestas, no se amparan bajo dicho principio, pues se estaría ante una situación de desventaja e inequidad, pues se podría complementar o adicionar información a la que se presentó inicialmente.

En este escenario ha precisado el Consejo de Estado que el principio de subsanabilidad contenido en el artículo 25.15 reiterado en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, implica la reparación de un defecto contenido en la propuesta, y dar una mayor precisión en la omisión de algún requisito, toda vez que la norma consagra la ausencia de requisitos o la falta de documentos que afecten el futuro del contrato o las calidades del proponente. Cuando se trate de información que incida en la comparación de ofertas, no se podrá adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene. Aclarar o explicar es diferente. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Administrativo, Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia 27986 del 14 de noviembre de 2014)

Adicionalmente ha señalado el Consejo de Estado, que:

> El supuesto de partida no presume agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia 27986 del 14 de noviembre de 2014)

Referente a la oportunidad que se le otorga al proponente para aplicar el principio de subsanabilidad, ha indicado el Consejo de Estado, que el defecto subsanable busca la corrección dentro del plazo establecido por la entidad estatal para emendar el mismo, durante la evaluación de las propuestas establecido en el pliego de condiciones, sin exceder el día de la adjudicación. (Consejo de Estado, 25.804, 2014). (Consejo de Estado, Sentencia 25.804 del 26 de febrero de 2014)

Retomando lo establecido en la Sentencia No 27986 se ha indicado que el proponente deberá subsanar en el término que se definió por la entidad, plazo que además es preclusivo, y no se corrige, la administración conserva la posibilidad de ampliarlo o de admitir la entrega tardía, pero llegado el caso precluye para el oferente la oportunidad para hacerlo, así que la administración puede evaluar esa oferta concreta conforme a la información –o desinformación-

que consta en el expediente del proceso de contratación, pudiendo rechazarla por no ajustarse al pliego de condiciones, e inadmitiendo la información entregada tarde – aportación de póliza fuera del término, corrección tardía de la experiencia adicional. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia 27986 del 14 de noviembre de 2014)

2.2 El principio de subsanabilidad en la regulación normativa colombiana

Ahora bien como se ha expresado, el principio de subsanabilidad encontró una evolución respecto a lo concebido en la Ley 80 de 1993, gracias a las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007 y a los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado, que han impartido lineamientos acerca de esta norma, concientizando de la prevalencia de lo sustancia sobre lo forma. El principio de subsanabilidad conforme lo dispuso la reforma del segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, subrogado mediante el parágrafo primero del artículo 5 de la ley 1157, dispone que las circunstancias de subsanabildiad 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).

Sin embargo, a pesar de estas circunstancias y disposiciones de la norma, algunas entidades son bastante rígidas al momento de rechazar ofertar porque no se presentaron simultáneamente las certificaciones de experiencia, entre otros. En el mismo sentido, algunos requisitos que otorgaban puntaje no eran subsanables por virtud del reglamento, como una ausencia de garantía de seriedad del ofrecimiento simultáneamente con la oferta, debido a que el Gobierno había recogido los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre este tema.

Sin embargo, de forma reciente el Consejo de Estado a través del pronunciamiento del 26 de febrero del 2014, afirmo que este principio rector en materia contractual debe aplicarse hoy ante la ausencia reglamentaria sobre el tema. Bajo el marco de esta jurisprudencia, se concluyó 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 el defecto observado durante la evaluación de las ofertas 'usualmente indicado en los pliegos de condiciones', sin exceder del día de la adjudicación".

Bajo la visión del Consejo de Estado se pudo establecer una nueva visión sobre el principio de subsanabilidad como una faculta de la administración. La nueva concepción, establece que el principio de subsanabilidad es un derecho del proponente, que en condiciones de igualdad, se le permita subsanar los requisitos que no otorgan puntajes, así como aportar documentos que no se aportaron con la oferta o de corregir el contenido de ellos, incluso de remplazarlos 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.

En lo referente a los términos, este se encuentra establecido bajo la determinación de la entidad, por lo cual no se impide prorrogar el término a solicitud del proponente o de dar otra oportunidad de subsanar adicional a la evaluación, como lo sería en la etapa de observaciones al informe de evaluación.

Finalmente, se encuentro que según lo dispuesto en la normatividad y la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado, son insubsanables aquellos requisitos que otorgan puntaje, es decir, que sustentan la ponderación de la oferta.

2.3 El principio de subsanabilidad desde la jurisprudencia colombiana

De conformidad con el estudio que ha realizado la jurisprudencia colombiana, referente al principio de subsanabilidad, y para efectos de la presente investigación se citan las siguientes sentencias y sus respectivos aportes:

La primera de ella, se encuentra descrita mediante el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad 818 de 2005 donde se afirmó que la subsanabilidad más de su aspecto como regla, debe interpretarse como un punto axiológico y coexistir con el concepto de principio. Es decir, que cuando se habla del mismo, no basta con solo conocer el alcance de su aplicación, sino que es necesario hacerlo de obligatorio cumplimiento. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-818 de 2005)

En el mismo contexto, se afirmó a través de Sentencia C- 713 de 2009 que la contratación estatal tiene estrecha relación con los principios constitucionales, toda vez que su ejecución va de la mano de un interés público y general. Al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-713 de 2009)

Desde la posición del Consejo de Estado, también se han implantado algunos criterios en lo que hace referencia al principio de subsanabilidad. De esta forma se ha dicho que las entidades estatales tienen la facultad de solicitar a los oferentes la subsanación de los errores o inconsistencias que se presenten en los documentos. De esta manera, los oferentes se encuentran facultados para realizar la subsanación hasta el momento de la adjudicación, a excepción de:

> (i) los procesos de selección con subasta en los cuales los oferentes deben haber acreditado los requisitos habilitantes antes de iniciar la subasta; y
> (ii) el concurso de méritos con precalificación donde es posible subsanar los errores o inconsistencias de los requisitos habilitantes hasta la fecha de conformación de la lista de precalificados. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicacion 1927 de 2008)

En la misma línea, a través de un Concepto emitido por el Consejo de Estado, se pudo determinar que

> Lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta. Ello es plenamente concordante con las normas en estudio, ya que no de otra forma puede entenderse la posibilidad de subsanar requisitos o falta de documentos que i) verifiquen las condiciones del proponente (requisitos habilitantes), o ii) soporten el contenido de la oferta. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 11001-03-06-000-2010-00034-00)

De manera más reciente, el Consejo de Estado se ha pronunciado en materia del principio de subsanabilidad, afirmando, que en vigencia de la Ley 1150 de 2007, las entidades públicas y los oferentes se encuentra en la obligación de hacer uno directo de esta regla, la cual consagra específicamente cuales requisitos son objeto de subsanabilidad y cuáles no. De esta forma, son subsanables aquellos defectos que no asignen puntaje al proponete, por lo tanto, es insubsanable todo aquel que si lo haga. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia 27986 del 14 de noviembre de 2014)

> Adicionalmente, ha dicho el Consejo de Estado que dentro de esta definición entraría a ser subsanable requisitos como la capacidad jurídica, financiera, la experiencia o cualquier otro requisito técnico que haga parte de las exigencias que hacen presencia en el pliego de condiciones; en el caso de que el defecto se pueda subsanar, la administración requerirá al oferente para que haga uso de este principio y enmiende de manera eficiente el defecto, de este modo su oferta será evaluada en igualdad de condiciones respecto a los demás proponentes teniendo en cuenta siempre que todo esto se debe realizar antes de la adjudicación del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia 27986 del 14 de noviembre de 2014)

Capítulo 3. Alcance de la regla de subsanabilidad, de cara a las garantías trazadas para los oferentes a partir del traslado del informe de evaluación.

En el marco de la Constitución Política de 1991 y el modelo estatal social de derecho, consagro en materia procedimental, la garantía de la prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal, bajo la predicción del artículo 228, que preceptúa lo siguiente:

> La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Así las cosas, como lo indica el artículo superior, en todas las actuaciones judiciales deberá primar lo sustancial sobre lo forma, por lo que dicha disposición también trasciende a la jurisdicción de la contratación estatal, pues se busca el cumplimiento de los fines estatales.

En atención a la Ley 80 de 1993, el artículo 30, numeral 6 planteo que los proponentes en la etapa de presentación de la propuesta deberán sujetarse a todos y cada uno de los puntos que se refiere el pliego de condiciones. Sin embargo, en pro de garantizar el principio constitucional de lo sustancial sobre lo formal, se permite que los proponentes puedan subsanar los requisitos que no se cumplieron en el marco de la propuesta presentada. (Congreso de Colombia, Ley 80, 1993, art. 30)

Atendiendo a lo anterior, deberá prevalecer lo sustancial por lo formal, y en materia de contratación pública, también es preciso dar cumplimiento al mismo, a través de la aplicación del principio de subsanabilidad, donde continuamente han surgido polémicas frente a la regla por parte de los partícipes que hacen parte de los diferentes procesos de selección.

Sin embargo, para hablar de este principio, es importante inicialmente atender al concepto dado por la doctrina. Desde la Academia de la Lengua Española, se entiende la subsanabilidad, como la acción de disculpar o excusar un desacierto o delito. Por su parte, Fernando, (2016) define subsanación como aquella acción que emprende un proponente, ante la entidad estatal, para completar o satisfacer un requisito, no sujeto a calificación, que le falta a su propuesta para que pueda ser evaluada y por lo tanto, para que la misma cumpla con las exigencias del pliego de condiciones. (Pág. 20)

No obstante, dicha precisión doctrinal, no es completamente asertiva en la Ley 80 de 1993, pues dicha regla, no permite completar ni mejorar la propuesta, sino que permite es subsanar la prueba o el documento aportado en la propuesta, que no traiga consigo el acreditar circunstancias nuevas. (Congreso de Colombia, Ley 80 de 1993, Art 30 numeral 8).

Como se ha venido anunciando, a través de la Ley 1150 de 2007, y de forma más precisa el artículo 5 parágrafo primero, establece que ante la ausencia de requisitos o la fatal de documentos referentes a la futura contratación o al proponente no servirán de título suficiente para el rechazo de la propuesta. Sin embargo, esta regla parece no estar tan clara en materia de los operadores jurídicos, pues constantemente se presentan interpretaciones respecto a la misma, aplicándose el régimen de responsabilidad del Estado.

Como respuesta a esta situación, se reglamentó en la Ley 1150 de 2007 medidas legislativas para generar confianza del ciudadano, proponente y operador jurídico frente a la aplicación de la regla de subsanabilidad y demás actuaciones que se derivan del proceso. Sin embargo, algunas de estas disposiciones fueron derogadas por criterios del Consejo de Estado y normas como el decreto 066 de 2008, el Decreto 2474 de 2008 y cuatro años después el decreto 734 de 2012, este último fue derogado por el Decreto 1510 de 2013.

Sin embargo, en el marco de la expedición de la Ley 1882 de 2018 se buscó complementar los vacíos que existían en el marco de la aplicación de la regla de subsanabilidad, modificándose el parágrafo 1° y adicionando los parágrafos 3, 4 y 5° del artículo 5° de la ley 1150 de 2007, haciendo énfasis hasta el momento perentorio para subsanar las propuestas, y colocando como causal de rechazo la no presentación de la garantía de seriedad, documento que era subsanable en vigencia de la ley 1150 de 2007.

En el marco de esta noma, se limitó el tiempo para la subsanación, hasta el traslado de la evaluación, y no hasta la adjudicación como se hacía anterior, buscando la celeridad en el proceso. Sin embargo, la Ley 1882 de 2018, generó efectos adversos sobre las condiciones objeto de subsanación que no fueron identificadas por la entidad estatal originalmente en el informe de evaluación.

Dicha afirmación, se sustenta en que una vez se realiza el traslado del informe de evaluación, los interesados podrán presentar observaciones en las que se evidencien condiciones inadvertidas por los comités evaluadores, quienes entonces establecerán la continuidad o la inhabilidad de alguna de las ofertas, generándose un escenario de dudas sobre la viabilidad de la

subsanación sobre dichas observaciones en el caso de la oferta inhabilitada y sobre la cual ya transcurrió el plazo legal para la presentación de subsanaciones.

La anterior situación conlleva a que los comités evaluadores se enfrenten a dos escenarios diferentes, que pueden generar falta de garantías para los oferentes; el primero sería la solicitud de la corrección de la propuesta durante el termino de traslado de las observaciones soslayando las disposiciones legales en materia del termino para la subsanación; y segundo declarar como inhabilitada la propuesta sin que se permita materializar el principio de subsanabilidad.

En consecuencia de lo anteriormente planteado, la pregunta problema ¿De qué manera resulta insuficiente el desarrollo del principio de subsanabilidad en el Estatuto de Contratación Estatal y las normas complementarias frente a las garantías trazadas para los oferentes a partir del traslado del informe de evaluación?

Es importante aclarar que bajo la promulgación de la Ley 1882 de 2015, se enmarco en la reglamentación del principio de subsanabilidad atendiendo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad rectores de la contratación Estatal, de cara a la discrecionalidad administrativa.

Bajo lo expuesto, se estableció la modificación al parágrafo 1 del artículo 5, y se incluyeron parágrafos 3, 4 y 5 al artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, instituyéndose la posibilidad de subsanar todos aquellos requisitos de la propuesta que no afectan la asignación de puntaje, poniendo como fecha límite para su entrega por los proponentes hasta el término de traslado del

informe de evaluación en cualquiera de las modalidades de selección de contratistas salvo en los de Mínima cuantía y los de selección a través del sistema de subasta.

En el marco de estas disposiciones, se pudo establecer que la no entrega de los documentos solicitados por la entidad pública, genera el rechazo de la oferta. Así las cosas, conforme al principio de transparencia, se pueden generar un criterio legal para ordenar la actuación del proponente y limitar el principio y derecho a la subsanación, en aras de disciplinar el proceso de selección y restablecer el carácter reglado del mismo.

Así las cosas, con las nuevas disposiciones se elimina la posibilidad de que se traslade por segunda ver él informa de evaluación cuando los proponentes podían habilitarse en la audiencia de adjudicación, siendo trasgredidos los principios de economía en materia de contratación estatal, y alterando la planeación de la entidad en materia de la adquisición de bienes y servicios al ampliar los términos establecidos en principio en el cronograma del pliego de condiciones.

En el marco de lo expuesto, se puede afirmar que resulta insuficiente el desarrollo del principio de subsanabilidad en el Estatuto de Contratación Estatal y las normas complementarias frente a las garantías trazadas para los oferentes a partir del traslado del informe de evaluación, pues si bien criterio objetivo, las vicisitudes de la norma permiten que se sigan aplicando subjetividades en el proceso de selección y deja bajo la voluntad de las entidades el uso de la discrecionalidad administraba para implementar los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, lo cual pone en riesgo el principio de transparencia y responsabilidad ya que los funcionarios evaluadores de los procesos de selección en aras de favorecer a uno u otro oferente pueden acomodar los requisitos no subsanables generando hechos de corrupción, lo cual desborda

la discrecionalidad administrativa otorgada por la Ley y concluye en responsabilidad para el Estado, por cuanto sus agentes se apartan de la ley bajo el supuesto del vacío existente y la facultad que esto les atribuye para establecer los requisitos necesarios para comparar las ofertas, los cuales finalmente deben fijarse para la selección de la oferta más favorable.

Conclusiones

Dentro del régimen de la Ley 80, se reglamentó el rechazo de las ofertas cuando las mismas incumplieran requisitos, y que como consecuencia llevaba a la descalificación de la propuesta debida la ausencia de requisitos o documentos que no se requerían para la comparación de ofertas en una futura constatación. Es decir, que en el marco del Estatuto de Contratación Estatal, se contaba con un margen más amplio para la verificación de cada caso concreto, y hallar si los requisitos faltantes eran elementales o no para llevar a cabo la comparación de las ofertas.

En desarrollo de la Ley 1150 de 2007, el artículo se mantuvo, adicionándole dentro del parágrafo 1 del artículo 5, la prohibición de rechazar ofertas por ausencia de requisitos no necesarios en la comparación de propuesta y la regla de subsanabilidad, en la que todos aquellos requisitos de la propuesta que no afectaren la asignación de puntaje serían susceptibles de ser saneados hasta el momento de la adjudicación.

Por casi una década la normatividad se mantuvo intacta, hasta la promulgación de la Ley 1882 de 2018, que trae una serie de modificaciones al Estatuto de Contratación Estatal, hasta la promulgación de la Ley 1882 de 2018, donde como novedad se establece la prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades, generándose efectos adversos sobre las condiciones objeto de subsanación que no fueron identificadas por la entidad estatal originalmente en el informe de evaluación.

Dicha afirmación, se sustenta en que una vez se realiza el traslado del informe de evaluación, los interesados podrán presentar observaciones en las que se evidencien condiciones inadvertidas por los comités evaluadores, quienes entonces establecerán la continuidad o la inhabilidad de alguna de las ofertas, generándose un escenario de dudas sobre la viabilidad de la subsanación sobre dichas observaciones en el caso de la oferta inhabilitada y sobre la cual ya transcurrió el plazo legal para la presentación de subsanaciones.

La anterior situación conlleva a que los comités evaluadores se enfrenten a dos escenarios diferentes, que pueden generar falta de garantías para los oferentes; el primero sería la solicitud de la corrección de la propuesta durante el termino de traslado de las observaciones soslayando las disposiciones legales en materia del termino para la subsanación; y segundo declarar como inhabilitada la propuesta sin que se permita materializar el principio de subsanabilidad.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991 (Congreso de Colombia). Recuperado el 2021, de http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica

Congreso de Colombia, Ley 1150 de 2007, Art. 5, Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007 (Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.). Recuperado el 2022, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Recuperado el 2022, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 1882 del 2018, Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.. Recuperado el 2021, de https://www.secretariajuridica.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-1882-2018

Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 3 de Diciembre de 2007 , Rad. 1100-10-326-000-2003-000- 14-01 (24.715) (Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO). Recuperado el 2022, de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=28910

Consejo de Estado, Radicación número: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324) (Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ 2007). Recuperado el 2021

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 11001-03-06-000-2010-00034-00 (CP. Enrique José Arboleda Perdomo).

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicacion 1927 de 2008, Número Unico No 11001-03-06-000-2008-00079-00 (Consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA). Recuperado el 2022, de https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/1.927.pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Expediente 24715 de 2007 (Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA). Recuperado el 2022, de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._24715_de_2007.aspx#/

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C de la Sección Tercera, en sentencia 27986 del 14 de noviembre de 2014 (Consejero Ponente: Enrique Gil Botero). Recuperado el 2022, de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._27986_de_2014.aspx#/

Consejo de Estado, Sentencia 25.804 del 26 de febrero de 2014, Radicación número: 13001-23-31-000-1999-00113-01(25804) (Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO). Recuperado el 2022, de https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/142/S3/13001-23-31-000-1999-00113-01(25804).pdf

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-713 de 2009, Referencia: expediente D-7663 (Magistrada Ponente: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA). Recuperado el 2022, de https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-818 de 2005, Referencia: expediente D-5521. (Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL). Recuperado el 2022, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm#:~:text=%E2%80%9CEl%20derecho%20disciplinario%20valora%20la,particular%20que%20cumple%20funciones%20p%C3%BAblicas.

Gonzalez, H. J. (2018). *LA INESTABILIDAD DE LA REGLA DE SUBSANABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*. UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA. Recuperado el 2021, de https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/20437/Gonz%C3%A1lezHern%C3%A1ndezJuanCarlos2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ley 1150 del 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. (Congreso de la República). Recuperado el 2021, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Rodríguez, T. F. (2016). *Evaluación y Rechazo de Oferta en la Ley 80 de 1993.* Libreria Juridica Sanchez Ltda.