

Tensión en la dinámica de la contratación estatal

Trabajo de Grado para optar por el título de Magister en Derecho Público para la Gestión
Administrativa

Ivon Andrea Torres Caballero
Abogada

Lector
Paula Ximena Gallo Velásquez
Abogada

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa
Bogotá D.C.
23/Noviembre/2016

Tabla de Contenido

Resumen.....	1
Introducción	2
Justificación	3
Objetivos	4
Marco Teórico.....	5
Capítulo I: Recuento Histórico	
1.1. Recuento histórico normativo.....	6
1.2. Recuento Historico Jurisprudencia.....	16
1.3. Circulares Agencia nacional de Contratación Pública.....	19
Capitulo II: Análisis Teorías Consejo de Estado	
2.1. Análisis Sentencia Primera.....	21
2.2. Análisis Sentencia Segunda.....	29
Capítulo III: Casos Prácticos.....	39
Capítulo IV: Test de Proporcionalidad.....	46
Conclusiones.....	51
Referencias.....	52

Resumen

La contratación estatal ha sido el instrumento a través del cual el Estado ha buscado la realización de dos fines estatales: la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y la participación de los actores económicos, quienes colaboran con este en la consecución de los fines estatales. En esa práctica de la contratación estatal, en la que juega un papel protagónico la selección objetiva por ser la que garantiza la escogencia del mejor contratista, se generan conflictos que han propiciado el despliegue de regulaciones tendientes a proteger los derechos de los individuos ubicados en uno u otro lado. El objetivo del presente trabajo de grado es hallar una fórmula que permita el equilibrio entre la satisfacción del interés general mediante la prestación del servicio público y el derecho de los actores económicos a participar de la *cosa pública*, a través de la aplicación armónica de las reglas de subsanabilidad en el proceso de selección. Para ello se efectuará un recuento histórico-normativo sobre la aplicación de las reglas de subsanabilidad, luego un análisis de los pro y contras de las teorías que se han desarrollado sobre su aplicación que nos permitirá evidenciar y concluir que es necesario dotar al operador administrativo de una herramienta que le permita objetivamente dirimir el conflicto de intereses que se presenta, cuando la subsanabilidad irrestricta torpedea la satisfacción del servicio público o viceversa, pudiendo ser dicha herramienta un test de proporcionalidad.

Palabras Clave: Contratación estatal, Fines estatales, Interés general, Participación en la *cosa pública*, Subsanabilidad, Tensión, Selección objetiva del contratista.

Introducción

A través del presente escrito se pretende dar una alternativa de solución a la incógnita de ¿cómo lograr que el operador administrativo garantice de forma ecuánime el desarrollo de los dos fines estatales de la contratación pública a través de las reglas de subsanación en la licitación pública?

Resolver este interrogante reviste gran importancia dado que contiene un tema de controversia actual entre los operadores administrativos a cuyo cargo ha quedado la responsabilidad de garantizar, a través de la contratación estatal, de forma simultánea, la satisfacción del interés general con la prestación del servicio público objeto de la contratación por un lado y la garantía de participación en la *cosa pública* de los actores económicos que colaboran con el Estado por el otro, sin mayores herramientas que la jurisprudencia cambiante de la Sección Tercera del Consejo de Estado, las circulares de Colombia Compra Eficiente que sin análisis adicionales replican el contenido de dichas sentencias, los postulados de la *Constitución política*, los principios desarrollados en la *Ley 80* de 1993 y 1150 de 2007 y una regla contenida en el párrafo primero del artículo 5 de la *Ley 1150* de 2007 que interpretada exegéticamente sin consideración integral al resto del ordenamiento jurídico colombiano podría llegar a consolidar situaciones de evidente desequilibrio entre postulados constitucionales de igual valor. Esta situación de inestabilidad jurídica genera un riesgo constante para el operador administrativo en el ejercicio de la función administrativa contractual, que obliga a dotarlo de herramientas que fortalezcan sus decisiones frente a los intereses en tensión y que a su vez sean útiles como instrumentos de prevención de daño antijurídico en el ejercicio de la actividad contractual.

Justificación

Actualmente no existe una posición pacífica en torno a la aplicación de las reglas de subsanabilidad, pues aunque por años se reconoció de manera tranquila y generalizada en la jurisprudencia, en la doctrina y en la administración pública la posición sentada por la Sección Tercera del Consejo de Estado según la cual era subsanable cualquier requisito habilitante siempre que este hubiera existido de forma previa a la fecha de cierre del proceso, a partir de la controversial *Sentencia* del 26 de febrero de 2014 se desencadenó la discusión actual en torno a las reglas de subsanación con ocasión de la nueva posición adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual todo requisito habilitante es subsanable sin consideración de que el mismo existiera antes o después de la fecha de cierre del proceso. Esta situación objeto de actuales controversias generó no solo incertidumbre en el operador administrativo en relación a cuál regla de subsanabilidad debe aplicar en el curso de un proceso de selección objetiva con pluralidad de oferentes, sino que también propició el surgimiento de tensiones entre dos intereses, el de la ciudadanía de beneficiarse pronta y oportunamente con la prestación del servicio público objeto de la contratación, frente al de los proponentes de convertirse en los adjudicatarios del proceso. Las tensiones se evidenciarán en casos prácticos en los que la audiencia de adjudicación del proceso contractual ha debido aplazarse no una, ni dos, sino hasta tres veces en el ejercicio irrestricto de los proponentes al derecho de presentar subsanables en cualquier momento antes de la adjudicación y ahora sin consideración a que el requisito subsanado exista de forma posterior o anterior a la fecha de cierre del proceso contractual, todo esto en perjuicio de la satisfacción oportuna del interés general que se pretende cumplir con la contratación estatal.

La intención del presente trabajo de grado es dotar al operador administrativo de una herramienta que le permita dirimir de manera objetiva y proporcional la tensión entre los dos intereses en conflicto, un test de proporcionalidad que limite el ejercicio irrestricto de los proponentes a subsanar los requisitos habilitantes bajo el argumento de estar ejerciendo su derecho fundamental al debido proceso, pero que a su vez también imponga un límite al ejercicio ilimitado del operador administrativo de rechazar las ofertas por meros vicios formales, en beneficio del derecho fundamental a la igualdad; en otras palabras, trasladando la presente herramienta al terreno de los derechos fundamentales podríamos decir que los derechos de esta categoría que se encuentran en tensión en el transcurso de un proceso de selección con pluralidad de oferentes son el derecho fundamental al debido proceso frente al derecho fundamental a la igualdad del que gozan cada uno de los participantes, pues en determinadas circunstancias el operador administrativo se encontrará en la disyuntiva de tener que hacer prevalecer uno de estos derechos sobre el otro cuando la necesidad del servicio así lo requiera.

Objetivos

La intención del presente trabajo de grado es dotar al operador administrativo de una herramienta que le permita dirimir de manera objetiva y proporcional, la tensión entre los dos intereses en conflicto, mediante un test de proporcionalidad que limite el ejercicio irrestricto de los proponentes a subsanar los requisitos habilitantes y que a su vez ponga límite al ejercicio ilimitado del operador administrativo de rechazar las ofertas por meros vicios formales y de esta manera desarrollar los siguientes propósitos:

General

Tensión en la dinámica de la contratación estatal

5

Definir a la luz de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, los criterios de subsanabilidad de las propuestas presentadas por los oferentes dentro de las distintas modalidades de selección, con arreglo a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, y a los principios reguladores de la actividad contractual.

Específicos

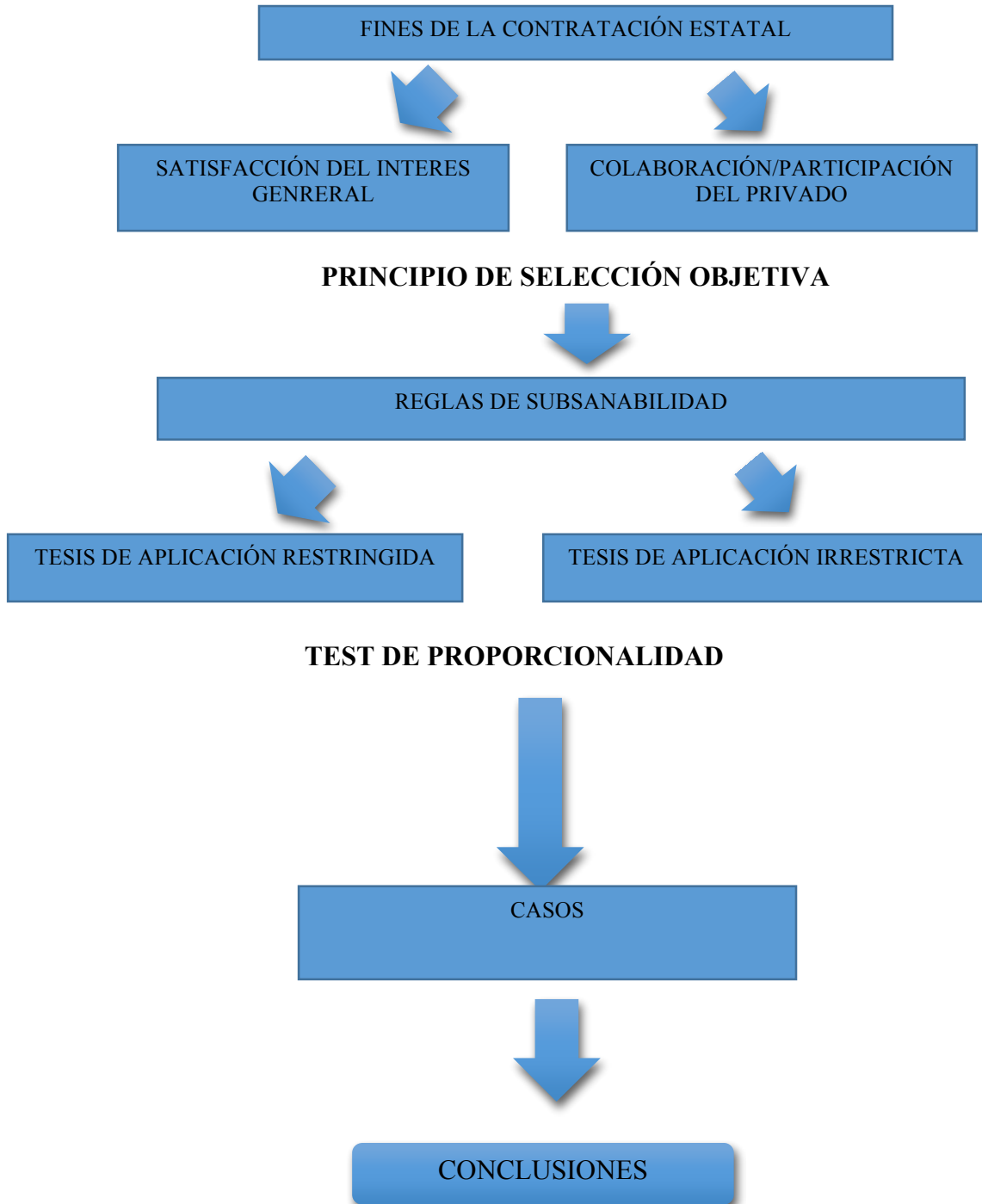
- Proponer una herramienta que le permita al funcionario interesado, definir hasta que momento dentro de un proceso de selección se puede requerir a los oferentes, cuando la entidad necesita aclarar asuntos relacionados con los requisitos de verificación no susceptibles de ponderación o calificación.
- Prevenir el daño antijurídico que se pueda ocasionar a las entidades por el rechazo de propuestas atendiendo criterios meramente formales.
- Garantizar con la debida aplicación de las causales de subsanación, el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y selección objetiva.
- Comprender que la oportunidad de subsanar es un deber de la administración y un derecho de los particulares que participan en los procesos contractuales.

Marco Teórico

Ilustración 1 Mapa conceptual Tensión en la dinámica de la contratación estatal

CONTRATACIÓN ESTATAL





1.1. Recuento Histórico Normativo

Parte el siguiente trabajo con la intención de definir de manera clara e inequívoca el significado de la palabra subsanar, con la implicación que la misma adquiere para el derecho colombiano.

El *Diccionario de la Real Academia Española* contiene tres definiciones de la palabra subsanar, a saber:

1. Disculpar o excusar un desacierto o delito.
2. Reparar o remediar un defecto
3. Resarcir un daño.

Las tres acepciones incorporadas en el diccionario son perfectamente adaptables en la normatividad positiva, especialmente la de carácter procedimental y procesal.

Con la expedición de la *Constitución* del año 91, la ritualidad de los procesos y la rigidez de los procedimientos adquieren un carácter de segundo orden, destacándose de manera principal la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal. Tal afirmación ha sido objeto de numerosos pronunciamientos tanto de las altas Cortes como de parte de la doctrina, por lo cual, bástenos señalar lo dispuesto en el artículo 209, según el cual la administración pública debe estar al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por su parte el artículo 228 dispone que la Administración de Justicia es una función pública y sus actuaciones deberán ser públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley, y en ellas debe prevalecer el derecho sustancial.

Tensión en la dinámica de la contratación estatal

Con la expedición de la *ley* 80 de 1993, el legislador buscó unificar en un solo estatuto la cantidad de disposiciones que en materia contractual se hallaban dispersas en la normatividad jurídica anterior a su promulgación, (*Ley 110 de 1912, Ley 61 de 1921, Ley 167 de 1941 Decreto Ley 528 de 1964, Decreto Ley 3130 de 1968, Decreto 1670 de 1975, Decreto Ley 150 de 1976 y Decreto 222 de 1983*), en la que se evidencia una clara tendencia a la rigurosidad del formalismo y al especial acatamiento a las reglas procedimentales, las cuales trababan y limitaban de manera crítica la participación del sector privado en los distintos procesos contractuales que se adelantaban, en detrimento del interés general, convirtiéndose en caldo de cultivo de malversación de recursos públicos y prácticas fraudulentas por parte de no pocos operadores jurídicos, en beneficio de contratistas específicos.

Se advierte en la *Ley* 80 una clara disposición a cambiar la concepción formalista de la normatividad anterior, por un modelo coherente con los postulados de la nueva constitución, en donde se propende por garantizar los cometidos del estado en estricto cumplimiento y acatamiento de principios reguladores de la administración pública.

Los principios reguladores de la actividad contractual incorporados en la *Ley* 80 de 1993, que dan cuenta del cambio introducido por el legislador al espíritu de los procesos contractuales, se encuentran incorporados en la norma, sobre los cuales a continuación se presenta una breve reseña.

Señala el artículo 3° de la *Ley* 80, que la actividad contractual tiene por objeto el cumplimiento de los fines estatales, los cuales se entienden asociados al interés general, por lo que corresponde a los servidores públicos alejados de motivaciones de índole subjetiva, en

colaboración con los particulares, procurar mediante el contrato estatal por la eficiente prestación de los servicios y el cumplimiento de los intereses de los administrados.

A su vez, el artículo 23 del estatuto determina que la base sobre la cual se erige la actividad contractual están los principios de transparencia, economía y responsabilidad; Principios que deben ser acatados por los servidores públicos en conjunto con las reglas que gobiernan la función administrativa, los principios generales del derecho y los principios particulares del derecho administrativo.

De manera imperativa, el *Estatuto Contractual* en su artículo 30 numeral 7, estableció que con ocasión de los procesos contractuales, corresponde a las entidades definir etapas procedimentales que permitan a los interesados tener la oportunidad de conocer y controvertir los documentos generados en tales actuaciones (informes, conceptos, observaciones, dictámenes, etc.). En el mismo sentido, dispone que las actuaciones adelantadas para la selección de los contratistas deben ser públicas y los expedientes que se generen en virtud de tales actuaciones, estarán abiertos al público. La disposición en comento permite de una parte el oportuno ejercicio del derecho de contradicción por parte interesados, y por la otra, involucra otros principios propios de la actuación administrativa, como son: La moralidad administrativa la selección objetiva y el principio de publicidad.

El principio de economía comporta la obligación que tienen las entidades públicas de establecer en sus pliegos de condiciones, requisitos y especificaciones claras, con el fin de evitar en lo mínimo posible cualquier interpretación por parte de los interesados, así como la definición de las etapas y recursos necesarios, en procura del ahorro en tiempos, recursos y medios. Estas consideraciones evitan perjuicios a los intereses de la entidad convocante y a los distintos

oferentes. Es importante destacar que en desarrollo del principio de economía, el legislador estipuló que las reglas y los procedimientos constituyen meros instrumentos de la actividad contractual, toda vez que la finalidad que se busca es la consecución de los fines del estado y la correcta prestación del servicio.

En virtud del principio de responsabilidad, los funcionarios públicos que intervienen en los procesos de selección, tienen la obligación de verificar que los mismos se adelanten conforme las exigencias de tipo técnico, presupuestal y jurídico a que haya lugar.

El equilibrio económico del contrato fue incorporado como principio de la contratación estatal, con el objeto de promover la igualdad entre la obligación del contratista y la contraprestación por el cumplimiento de la misma. Señala el artículo 27 de la *Ley 80 de 1993*, que si el equilibrio se rompe por causas no imputables a la parte que resulte afectada, se tomarán las medidas a que haya lugar para alcanzar su restablecimiento.

Respecto de la interpretación de las normas contractuales, dispone la ley que en virtud de los fines que persigue la misma, deberán tenerse en cuenta los mandatos de la buena fe, la igualdad y el equilibrio, en la relación trabada como resultado de la celebración del contrato, propia de los contratos conmutativos.

Frente al principio de la selección objetiva, disponía la ley el claro deber de la administración pública de adelantar sus procesos de selección con estricto apego a criterios objetivos, los cuales permitirían la escogencia del oferente más idóneo para la ejecución de las obligaciones contratadas. Básicamente la selección objetiva era la obligación impuesta a la administración de escoger el ofrecimiento más favorable para la satisfacción la necesidad definida en los estudios previos. Para el logro del principio, le correspondía a la entidad señalar

de manera clara y detallada los criterios de selección y ponderación, de tal forma, que los oferentes prepararan de igual manera sus ofertas, para acto seguido hacer un ejercicio de comparación que diera como resultado la adjudicación a la oferta más favorable, en términos de valor, plazo, o calidad. Es importante recordar que el artículo 29 de la *Ley 80* fue derogado por el artículo 32 de la *Ley 1150* de 2007.

El artículo 30 de la *Ley 80*, se ocupó de lo referente a la estructuración de los procesos de selección. Para tal efecto, definió de manera detallada las condiciones de tiempo, modo y lugar a tener en cuenta por la administración, al momento de iniciar, adelantar y culminar mediante el acto de adjudicación un proceso contractual. Para el estudio que nos ocupa vale la pena reseñar lo dispuesto en el numeral 7 del artículo citado, según el cual, en el pliego de condiciones la entidad está obligada a establecer tiempos proporcionales y justos, tanto para la evaluación de las propuestas, como para que los proponentes presenten las aclaraciones a las inquietudes que se les formulen y que se consideren de vital importancia para la correcta y adecuada evaluación de sus propuestas.

En cumplimiento de lo ordenado en el párrafo 2° del artículo 24 de la *ley 80*, el gobierno nacional se dio a la tarea de reglamentar el estatuto contractual, con el propósito de desarrollar los principios de economía, transparencia y selección objetiva, para lo cual, se expidieron decretos que por su trascendencia para el presente estudio, se relacionan algunos a continuación:

Decreto 679 de 1994. Se ocupó de reglamentar entre otros temas, los relacionados con Consorcios y Uniones temporales, la desconcentración de los actos y trámites contractuales, normatividad aplicable a los contratos estatales, reglas de reciprocidad, bienes de interés nacional, silencio administrativo positivo y suficiencia de las garantías.

Tensión en la dinámica de la contratación estatal

12

Decreto 855 de 1994. Reglamenta la *Ley* 80 de 1993 en materia de contratación directa.

Decreto 856 de 1994. Reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio.

Decreto 1985 de 1994. Reglamenta la facultad de los jefes y representantes legales de delegar la celebración de contratos que no excedan la menor cuantía.

Decreto 2326 de 1995. Reglamenta la *Ley* 80 de 1993 en cuanto a los Concursos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos.

Decreto 287 de 1996. Reglamenta los artículos 24, 25, 29 y 30 de la *Ley* 80. Se destaca de este decreto lo dispuesto en su artículo 5° el cual señala, que la decisión de adjudicación de una licitación o concurso, podrá ser ordenada por el Contralor General de la República en audiencia pública, en los términos previstos en el artículo 273 de la *Constitución Política*, o de oficio por la entidad estatal, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia.

Decreto 2170 de 2002. Modifica el *Decreto* 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la *Ley* 527 de 1999 a saber: Publicación del pliego de condiciones, Audiencia de adjudicación, y el deber de la selección objetiva.

Dispone el párrafo del artículo cuarto del *Decreto* 2170 de 2002, que con ocasión de lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la *Ley* 80 de 1993, los documentos y requisitos relacionados con sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, o cualquier otra clase de formalidades o exigencias, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.

Decreto 2178 de 2006. Reglamenta el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) como instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales.

De la revisión de la normatividad expedida por el gobierno nacional con el propósito de reglamentar la *Ley 80* de 1993, fueron pocas las referencias encontradas, en el sentido de reglamentar el principio de selección objetiva en lo relacionado con la oportunidad que tienen los proponentes para aclarar el contenido de sus ofertas. Solo hasta la expedición de la *Ley 1150* de 2007, se incorpora al ordenamiento positivo una disposición específica y definitoria de los momentos en los que los oferentes dentro de un proceso de selección, pueden subsanar sus propuestas.

En efecto, con la expedición de la *Ley 1150* de 2007, se presentan cambios importantes en la estructuración de los procesos de selección en general y del principio de selección objetiva en particular.

Con la *Ley 1150* de 2007, la evaluación de las ofertas se centra en la valoración y evaluación de aspectos técnicos y económicos. Los criterios de experiencia, administrativos, financieros, operacionales y de organización, no son objeto de puntaje, son requisitos de habilitación y verificación (pasa/ no pasa), constituyéndose el Registro Único de Proponentes (RUP), en una herramienta indispensable para la confirmación de los principios de transparencia, economía y selección objetiva.

La *Ley 1150* define los requisitos y criterios de habilitación y los separa de los requisitos y criterios objeto de ponderación y evaluación. El párrafo primero del artículo 5º, dispone que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación, o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no serán suficientes para el

rechazo de las mismas, y que como resultado de lo anterior, aquellos requisitos que no afecten la asignación de puntaje, en cualquier momento podrán ser solicitados por las entidades, hasta la adjudicación.

La reglamentación de la *Ley 1150* de 2007, no ha sido del todo pacífica, como se verá a continuación. Desde su entrada en vigencia, se han expedido cinco decretos derogados de manera sistemática uno por el otro, sin ser ajena a las modificaciones, la oportunidad que tienen los oferentes de subsanar sus propuestas.

El 16 de enero de 2008, el gobierno nacional expidió el *Decreto* No. 066, mediante el cual, se reglamentan las modalidades de selección definidas en la *Ley 1150*, el principio de publicidad y la selección objetiva.

Frente a la posibilidad de subsanar las propuestas el artículo 10° disponía, que las entidades no podían rechazar propuestas por la simple ausencia de requisitos formales, o de documentos de verificación de las condiciones del oferente ó del contenido de su oferta, que no representaran los factores de evaluación definidos en el pliego de condiciones, facultando a la entidad para requerirlos en igualdad de condiciones para todos los oferentes.

De la lectura del artículo 10° del *Decreto* No. 066 de 2008, podemos destacar:

1. Reglamenta el párrafo 1° del artículo 5° de la *Ley 1150* de 2007.
2. Faculta a las entidades para que cuando lo consideren necesario, requieran requisitos o documentos en igualdad de condiciones para todos los oferentes.
3. Se establecen dos momentos para que los oferentes respondan a los requerimientos. A. Hasta la adjudicación del proceso y B. o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones.

4. Prohíbe a las entidades señalar en el pliego de condiciones, aquellos requisitos subsanables o no subsanables.

5. Prohíbe subsanar aquellos temas relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta.

6. No permite que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

De otra parte, en lo relacionado con la modalidad de selección abreviada, específicamente en lo atinente a los procesos de selección mediante subasta inversa, establece el artículo 21 que una vez la entidad adelante la verificación de los requisitos habilitantes, publicará el respectivo informe concediendo un plazo de cinco días a los oferentes no habilitados, para que subsanen la ausencia de requisitos so pena del rechazo definitivo de las propuestas.

El 07 de julio de 2008, el gobierno nacional expide el *Decreto* 2474, mediante el cual se reglamentan parcialmente la *Ley* 80 de 1993, y la *Ley* 1150 de 2007, sobre las modalidades de selección, el principio de publicidad y la selección objetiva, y se deroga en su integridad el *Decreto* No. 066 de 2008.

En materia de criterios de subsanación, el artículo 10° del *Decreto* recoge la misma disposición contenida en el *Decreto* 066 de 2008, posteriormente suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante auto del 27 de mayo de 2009, confirmado mediante providencia del 6 de agosto de 2009, en el aparte que señalaba: “...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones”

Con la expedición del *Decreto* No. 734 de 2012, el Gobierno nacional recoge en un solo cuerpo normativo, las reglas de los procesos selección, de los contratos y otros asuntos relacionados con la contratación estatal, existentes al momento de su expedición.

El artículo 2.2.8 del decreto, dispone que en los procesos de selección, primará lo formal sobre lo sustancial; Las propuestas no deben ser rechazadas por la simple ausencia de requisitos o documentos de verificación del oferente o de su oferta, siempre que no constituyan factores de escogencia de conformidad con lo previsto en el artículo 5° de la *Ley* No. 1150 de 2007. En lo relacionado con el plazo otorgado para requerir a los oferentes, señalaba que se podrían aportar los documentos o las aclaraciones de las ofertas, hasta la adjudicación del proceso.

Establece el artículo 3.2.1.1.5, que en los procesos de selección mediante subasta inversa, una vez la entidad adelante la verificación de los requisitos habilitantes, publicará el respectivo informe, concediendo un plazo a los oferentes no habilitados para que subsanen la ausencia de requisitos, so pena del rechazo definitivo de las propuestas.

Por medio del *Decreto* No. 1510 de 2013, se reglamenta el Sistema de Compras y Contratación Pública, y se deroga el *Decreto* No. 734 de 2012.

El *Decreto* No. 1082 del 26 de mayo de 2015, por medio del cual se reglamenta el Sector Administrativo de Planeación Nacional, en el Título Primero de la Parte 2, desarrolla los asuntos relacionados con la actividad contractual y deroga todas las disposiciones de carácter reglamentario, por entenderse incorporadas al citado decreto.

Continuando con el esquema propuesto para el desarrollo del trabajo, se procederá a presentar el recuento jurisprudencial sobre la aplicación de las reglas de subsanabilidad emitida de manera especial por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

1.2. Recuento Histórico Jurisprudencial

Es importante señalar que el recuento jurisprudencial se realizará a partir de la expedición de la *Ley* 1150 de 2007, pues como quedó referido en el análisis normativo expuesto, en la actualidad, el párrafo 1° del artículo 5° constituye el fundamento normativo y reglamentario con que cuentan las entidades públicas al momento de considerar cuando un oferente debe subsanar su propuesta.

Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 36.408

La demanda presentada por el actor tiene por objeto que se decrete la nulidad de la expresión “... *permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta...*”, del inciso final del artículo 10° del *Decreto* 2474 de 2008, porque en su entender tal disposición desbordó las facultades de reglamentación a la *Ley* 1150 de 2007 por parte del gobierno nacional. El actor manifiesta que las condiciones de verificación de la capacidad jurídica de los oferentes no otorgan puntaje, y que por lo tanto pueden ser subsanadas en cualquier momento del proceso hasta la adjudicación del mismo.

Al respecto, el Consejo de Estado resolvió negar la solicitud de nulidad, definiendo que la falta de capacidad para contratar no es subsanable, pero si son subsanables las limitaciones a las facultades del representante legal del oferente.

Sentencia 26 de febrero de 2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 25.804

Se busca con la demanda, se declare la nulidad de la *Resolución* No. 4232 del 24 de diciembre de 1998, por medio de la cual se declaró desierta la Licitación Pública No. GP-001-98', expedida la Secretaría de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de Magangué (Bolívar). Argumentó el actor entre otras razones, que la firma del contador en los estados financieros no constituye un elemento para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 25 de la *Ley* 80 de 1993, y que por lo tanto tal omisión no constituye una causal de rechazo de la propuesta.

Se destaca de esta sentencia las consideraciones presentadas por el magistrado a efectos de dilucidar que elementos de la propuesta son susceptibles de subsanar y cuáles no, tal como se resume a continuación.

a. Las entidades tienen el deber de solicitar a los oferentes aclaración sobre sus propuestas, cuando se trate de requisitos de verificación habilitantes y no otorguen puntaje.

b. Los oferentes tienen el derecho a aclarar y corregir sus propuestas, cuando se trate de requisitos de verificación habilitantes y no otorguen puntaje.

c. Los documentos pueden ser solicitados en cualquier momento y deben ser aportados hasta la adjudicación.

d. Plantea la siguiente fórmula: La aclaración otorga puntaje. Si lo hace no es subsanable.

Sentencia del 12 de noviembre de 2014. M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp: 29.855.

Mediante demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca se busca se declare la nulidad de la

Resolución 0774 del 20 de junio de 2002, por la cual se declaró desierta la licitación pública 02 de 2002.

En la sentencia, el *Consejo* de estado formula precisiones respecto de los requisitos que se pueden subsanar, conforme lo dispuesto en el Estatuto Contractual, de la exposición destacamos las siguientes consideraciones:

- a. Los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación, por lo que no otorgan puntaje.
- b. los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar. Recuerda que los requisitos habilitantes son la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes.
- c. Anota que a la luz de lo dispuesto en la *Ley 80* de 1993, el pliego de condiciones debe observar cuáles de los requisitos son necesarios para la comparación de las ofertas, mientras que el artículo 5° de la *Ley 1150* de 2007, precisó cuáles son los requisitos y documentos habilitantes y cuáles son los criterios o factores de evaluación.
- d. Concluye que aquellos documentos que no afectan la asignación de puntaje son subsanables.
- e. Lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

1.3. Circulares Agencia Nacional de Contratación Pública

Mediante el *Decreto* No. 4170 de 2011, el gobierno nacional creó la Agencia Nacional de Contratación Pública, como el ente rector que tiene por objeto generar e impulsar políticas públicas en materia de contratación cuyas funciones son entre otras las de:

- Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública.
- Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado.
- Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.
- Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)

En cumplimiento de sus funciones la Agencia Nacional de Contratación, se ha ocupado de señalar los criterios a tener en cuenta por las entidades de carácter estatal, en la verificación de los requisitos habilitantes y de ponderación de las propuestas presentadas dentro de los procesos que se adelantan, en el marco de lo dispuesto en estatuto contractual. Así, en lo relacionado con los documentos y requisitos susceptibles de ser subsanados, mediante las Circulares Externas No. 13 del 13 de junio de 2013 y No. 16 del 1 de septiembre de 2014 se ha determinado que:

1. Los requisitos habilitantes son aquellos que se refieren a las condiciones de los proponentes más no de la oferta.
2. Los requisitos habilitantes son subsanables hasta el momento de la adjudicación

3. Las entidades deben rechazar las ofertas que no sean aclaradas para acreditar los requisitos habilitantes hasta la adjudicación.

4. Mientras la inscripción en el RUP no se encuentre en firme, las entidades se deben abstener de habilitar al proponente y evaluar la propuesta.

Capítulo II. Análisis teorías Consejo de Estado

Hasta aquí el recuento histórico-normativo y jurisprudencial propuesto sobre la aplicación de las reglas de subsanabilidad, por lo que acto seguido, se abordarán las dos últimas teorías adoptadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se desarrollarán los fundamentos jurídicos de cada una de estas dos teorías, sus ventajas y desventajas y la forma en la que cada una aclara en mayor o menor medida los intereses en tensión en la dinámica de la contratación estatal.

2.1. Análisis primera Sentencia

Identificación

Radicación No. 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804)

Demandante: Germán Eduardo Zea Gómez

Demandado: Municipio de Magangué

Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero

Aclaración de voto: No se presentaron aclaraciones de voto

Salvamento de Voto: No se presentaron salvamentos de voto

Problema jurídico enunciado por el consejo de estado

El punto más sensible para las entidades dentro de los procesos de selección que adelanta, es el relacionado con la evaluación de las ofertas, entendida esta etapa como la verificación del cumplimiento de los requisitos contenidos en el pliego de condiciones, por parte de los oferentes.

Normas jurídicas relevantes

Constitución Política de Colombia

- art. 209
- art. 228

Ley 80 de 1993

- art. 25 numeral 15
- art. 30 numeral 7
- art. 30 numeral 8

Ley 1150 de 2007

- art. 5

Argumentos de la demanda

La parte actora- en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda, el 19 de abril de 1999, contra el Municipio de Magangué con el fin de declarar la nulidad de la *Resolución* No. 4232 del 24 de diciembre de 1998 por medio de la cual se declaró desierta la Licitación Pública No. GP-001-98, sustentado su solicitud en los siguientes argumentos.

- No se realizaron los estudios técnicos ni económicos de la oferta del demandante, porque la propuesta se calificó como “incompleta”, al no presentar los estados financieros

debidamente suscritos por un contador público, conforme a lo dispuesto en la Ley 43 de 1990.

- Que según lo dispuesto en el numeral 15 del art. 25 de la *Ley* 80/93, las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan las leyes especiales y la ausencia de ellos no servirá de título suficiente para el rechazo de la oferta.

- Señaló que para que la firma del contador fuera obligatoria, debió exigirse en el pliego de condiciones tal disposición, y que no obstante haber presentado las aclaraciones del caso, la entidad declaró desierta la licitación mediante la *Resolución* No. 4232 del 24 de diciembre de 1998, pese a que era el único oferente que cumplió las especificaciones técnicas exigidas.

- Que la resolución por la cual se declaró desierta la Licitación Pública, no le fue notificada y no contempló la procedencia de los recursos, por lo que se le vulneró el derecho a agotar la vía gubernativa.

- Alegó falta de motivación en el acto administrativo que declaró desierta la licitación, incurriendo en desviación del poder porque su propuesta cumplía con todas las exigencias del pliego de condiciones, siendo rechazada por la ausencia de un requisito innecesario para evaluarla.

- Manifestó, que la entidad también violó el principio de selección objetiva, porque declaró desierta la licitación con base en criterios subjetivos, y rechazó la propuesta más

favorable para la administración so pretexto de exigir requisitos no contemplados en el pliego de condiciones.

Contestación de la demanda

- El municipio de Magangue Propuso la excepción de caducidad de la acción, al considerar que el término para interponer la acción es de 30 días y no de cuatro meses.
- Señaló, entre otras cosas, que la propuesta del demandante no se desestimó únicamente por estar incompleta. Además, aclaró que la comisión nunca consideró que la oferta de la parte actora era la única que cumplió las especificaciones exigidas.

Concepto del ministerio público

Se opuso a las pretensiones de la demanda por las razones que se exponen a continuación:

- Contrario a lo señalado por el demandante, la entidad si evaluó los criterios técnicos y económicos de la propuesta.
- Señaló que la inobservancia de las normas, no puede ser utilizada por el oferente para excusar su obligación de presentar sus estados financieros debidamente suscritos por un contador público.
- Advirtió que la falta de notificación de la resolución no afectó la esencia del acto administrativo de declaratoria de desierta.

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, negó las pretensiones de la demanda advirtiendo que no operó la caducidad de la acción. Respecto de los estados financieros señaló que el accionante debió presentarlos conforme lo dispuesto en la ley, es decir, debidamente suscritos por un contador público, y que si bien es cierto el artículo 25 de la *Ley 80* prohíbe la exigencia de formalidades, éstas se deben exigir cuando en normas perentoria y expresamente lo exijan leyes especiales.

Finalmente señaló que el municipio obró bien al declarar desierto el proceso de selección ya que ningún oferente cumplió con las condiciones del pliego de condiciones.

Apelación

El demandante apeló la decisión argumentando que la firma del contador público en los estados financieros es un requisito formal, por lo que la decisión tomada por el municipio contradice los principios que gobiernan la contratación estatal contenidos en la *Ley 80* de 1993.

Decisión

El Consejo de Estado resolvió la solicitud de apelación de la siguiente manera.

- Revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar
- Declaró la nulidad de la *Resolución* No. 4232 de 1998, por la cual se declaró desierta la licitación pública No. GP-001-98.
- Negó las demás pretensiones de la demanda.

Razones de la decisión

- El Consejo de Estado encuentra fundadas las razones del municipio para no aceptar los estados financieros presentados por el demandante sin la firma de contador

público, pues al ser un requisito exigido por la ley, mal habría hecho la entidad en haberlos aceptado.

- Que a pesar de lo anterior el municipio no podía rechazar de plano la propuesta del demandante por que la carencia del requisito es considerada como subsanable a la luz de lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 25 de la *Ley 80* de 1993, el 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 propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos...”*

- No entiende la corporación por qué la entidad no permitió que el demandante subsanara su oferta, cuando el requisito faltante no era objeto de evaluación, por lo que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el numeral séptimo del artículo 30 de la *Ley 80*, según el cual: *“...De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato... señalar(á) el plazo razonable dentro del cual... deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables...”*

- Se encuentra probado, que la propuesta del demandante fue rechazada por dos razones, a saber: Por no presentar los estados financieros debidamente suscritos por un contador público, y por no cumplir con las exigencias técnicas definidas en el pliego de condiciones del proceso de selección.

Problema jurídico resuelto

- La posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista.

- las ofertas se pueden corregir conforme lo dispuesto en el numeral 7° de artículo 30 de la *Ley* 80 de 1993.
- La posibilidad de aclarar y/o corregir la propuesta es un deber de las entidades, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en pro del interés general.
- Si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende vulneran el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

Argumentos de la decisión

Todo conduciría a confirmar que fue correcta la decisión del municipio de rechazar la oferta del demandante, sino fuera porque la omisión que se echó de menos era de aquella considerada como subsanable, porque en la época en que se realizó la licitación pública – septiembre de 1998- la regla de subsanabilidad vigente era el numeral 15 del artículo 25 de la *Ley* 80 de 1993.

El municipio no podía rechazar la oferta por aspectos puramente formales, o por la ausencia de requisitos no necesarios para la comparación de propuestas. Según la Sala, al negarse la oportunidad de corrección, el proponente no tuvo oportunidad de corregir el requisito echado de menos por la administración.

Argumentos esenciales

- El Consejo de Estado sostiene, que antes de la *Ley* 80 de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrían,

para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones.

- Con posterioridad a la *Ley 80*, las ofertas no pueden rechazarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos de forma, en relación con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones para cada proceso de contratación.

- De conformidad con lo dispuesto numeral 15 del artículo 25 de la *Ley 80* las entidades públicas no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, por lo tanto, le corresponde a las entidades confrontar si el requisito faltante es necesario para la comparación objetiva de las propuestas, y si no lo es, debe otorgarle al oferente la posibilidad de subsanar su propuesta.

- En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7° del artículo 30 de la *Ley 80*, las entidades deben señalar plazos razonables para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los oferentes las explicaciones que consideren procedentes respecto de sus propuestas.

- A las entidades estatales les corresponde el deber de aclarar las ofertas mediante requerimientos a los oferentes sobre los aspectos dudosos que aparezcan en la etapa de evaluación de sus propuestas, por lo que no se puede rechazar una propuesta sin haberse aclarado previamente, las razones que la sustentan.

- El párrafo 1° de la *Ley 1150* de 2007, derogó el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la *Ley 80* de 1993 señalando que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “...*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...”.

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

- Defecto subsanable es el que no asigne puntaje, 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, hasta el día de la adjudicación.

Comentario

En nuestro entender, la sentencia analizada cobra especial importancia, porque de una parte refleja el caos que el gobierno generó en el operador administrativo con la expedición de los decretos reglamentarios de la *Ley 1150* de 2007, en los que de manera indistinta, se trató de regular los criterios de subsanabilidad de las ofertas, conforme a los dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 5° de la citada ley; y por la otra, la Sala se ocupa de definir de manera precisa, que

requisitos de las propuestas pueden ser objeto de subsanación, y en qué momento dentro del proceso de selección se puede permitir tal situación.

Es clara la intención del Consejo de Estado, en diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, y para el efecto detalla en la diferencia de los requisitos meramente formales, (entendidos como aquellos que no son objeto ponderación y calificación, como en el caso que se estudió, en el que debió requerirse al oferente para que presentará los estados financieros debidamente suscritos por un contador público), frente a los requisitos determinados por la entidad para la selección objetiva de sus contratistas (elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas o ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.)

2.2. Análisis Segunda Sentencia

Identificación

Radicación No. 25000 23 31 000 2005 01178 01 (40.660)

Demandante: Congregación de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen.

Demandado: Beneficencia de Cundinamarca-Servicios Psiquiatricos S.A.- SERVIPSA.

Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Aclaración de voto: No se presentaron aclaraciones de voto.

Salvamento de Voto: No se presentaron salvamentos de voto.

Problema jurídico enunciado por el consejo de estado

La subsanación de vicios y falencias en las propuestas contractuales ante las entidades estatales.

Normas jurídicas relevantes

Constitución Política de Colombia

- art. 209
- art. 228

Convención Americana Sobre Derechos Humanos

- art. 8
- 25

Ley 80 de 1993

- art. 23
- art. 25 numeral 3
- art. 25 numeral 15
- art. 30 numeral 7
- art. 30 numeral 8

Ley 1150 de 2007

- art. 5

Ley 1437 de 2011

- art. 1
- art. 3

Argumentos de la demanda

- La parte actora en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda, el 11 de mayo de 2005, contra la Beneficencia de Cundinamarca, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de declarar la nulidad de la *Resolución* No. 0177 del 11 de abril de 2005 por medio de la cual se adjudicó a la firma SERVIPSA la Licitación Pública No. 002 de 2005, sustentado su solicitud en los siguientes argumentos:

- Mediante la *Resolución* No. 89 del 16 de febrero de 2005, la Beneficencia de Cundinamarca, abrió la Licitación Pública No. 02 de ese mismo año, con el objeto de seleccionar al contratista encargado de prestar los servicios de protección social y de salud mental encaminados a mejorar la calidad de vida de los usuarios con discapacidad mental que se atienden en el Centro Femenino Especial José Joaquín Vargas, de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, situado en el municipio de Sibaté, Cundinamarca.

- Dentro del proceso de selección se presentaron dos oferentes: la Congregación de Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen- Provincia Bogotá, y la sociedad Servicios Psiquiátricos S.A.- SERVIPSA-.

- La Beneficencia de Cundinamarca puso a disposición de los oferentes el informe de evaluación de las ofertas presentadas, para que estos realizaran las observaciones que estimaran convenientes conforme el cronograma del proceso.

- El demandante en calidad de proponente, realizó observaciones al informe de evaluación en dos escritos, argumentando que la Sociedad Servicios Psiquiátricos S.A., no se había ajustado al pliego de condiciones.

- La entidad desestimó las observaciones presentadas por el demandante adjudicando el proceso a la firma SERVIPSA, en clara violación a los principios de la contratación administrativa especialmente el de la transparencia y selección objetiva.

Contestación de la demanda

Mediante escrito del 22 de noviembre de 2006, la entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas y excepcionando “Imposibilidad Jurídica de Nulidad Absoluta del Contrato”, “Inexistencia de Elementos Fácticos”, y “Ausencia del concepto de violación”.

Concepto del ministerio público

El Ministerio Público no se pronunció ni en primera ni en segunda instancia.

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda, y declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

A continuación se describen los fundamentos del Tribunal para sustentar su decisión con fundamento en lo fundamentado por el demandante:

- *“No haberse tenido en cuenta el concepto técnico- jurídico rendido por un abogado con relación a la evaluación de las propuestas, a pesar de haber sido solicitado por la parte contratante.”*

La Sala logró determinar que el concepto citado por el actor no fue solicitado por la entidad contratante.

- *“Presentar la propuesta con tachones y enmendaduras, como causal de rechazo de la propuesta de conformidad con el numeral 1.9 del pliego.”*

Señaló el Tribunal que el demandante no argumentó el cargo, y que una vez revisada la propuesta, no se evidenció la existencia de vicio alguno al respecto.

- *“Falta de capacidad del Representante Legal de la firma SERVIPSA para comprometer a la empresa.”*

Sostuvo el Tribunal que la autorización que le había otorgado la Junta Directiva de SERVIPSA, a su representante legal para suscribir contratos de cuantía ilimitada con cualquier entidad pública o privada, era suficiente según se observó en las normas del estatuto comercial.

- *De los requisitos financieros.*

Advirtió el Tribunal que la empresa adjudicataria, aunque con menor capacidad económica, acreditó el cumplimiento de los requisitos financieros mínimos para acceder al contrato de prestación de servicios aludido.

Apelación

El demandante apeló la decisión argumentando que:

- El representante legal de la firma SERVIPSA carecía de la facultad para celebrar contratos en la cuantía requerida por la licitación, argumentando que la empresa no aportó el documento que así lo demostrara.
- En relación a los requisitos financieros, sostuvo el recurrente que la empresa SERVIPSA no podría cumplir con la ejecución del contrato.
- Solicitó se decretaran en segunda instancia pruebas con el objetivo de demostrar “HECHOS SOBREVINIENTES” en la ejecución del contrato adjudicado como resultado de la licitación pública No.02 de 2005.

Decisión

El Consejo de Estado confirmó en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de octubre de 2010 que negó las súplicas de la demanda, por las razones que se describen a continuación.

- Frente a la falta de capacidad jurídica del representante legal de la firma SERVIPSA, el Consejo de Estado define que una cosa es la falta de capacidad del representante legal para presentar una propuesta, caso en el cual no hay lugar a subsanación alguna, por cuanto tal requisito constituye un requisito habilitante del oferente, y otra cosa, es que el representante legal se encuentre ejecutando un mandato legal con limitación en la cuantía que puede obligar, evento en el cual la autorización expedida por el órgano social competente bastará para obligar a la firma con la propuesta presentada.

- La sala encontró plenamente probado en el expediente, que el representante legal de la empresa adjudicataria actuaba como mandatario con representación, tal y como consta, en el certificado de existencia y representación aportado al proceso de selección.

- Para Sala el dictamen presentado por el perito contador sobre los estados financieros de SERVIPSA S.A., debió ocuparse de verificar si la sociedad adjudicataria del proceso de selección cumplía con los requisitos mínimos financieros exigidos en el pliego de condiciones, y por el contrario, lo que se observó es que en sus apreciaciones se alejó completamente del criterio técnico – objetivo que debió inspirar su concepto, emitiendo juicios de valor que no le eran dables efectuar, circunstancia que le restó credibilidad y objetividad a la experticia.

- Se encontró probado que SERVIPSA aportó con su propuesta los documentos necesarios para demostrar que cumplía con los requisitos mínimos financieros exigidos por la entidad contratante, como requisito habilitante del proceso de selección.

Problema jurídico resuelto

- Las entidades sometidas al Estatuto de Contratación al elaborar sus pliegos de condiciones deben establecer reglas claras, objetivas y justas bajo el amparo de lo dispuesto en la Constitución Política, la ley y los principios que gobiernan la contratación estatal. Unos buenos pliegos generan buenas propuestas.

- La elaboración de los pliegos de condiciones no es una potestad absoluta de las entidades. Su estructuración está limitada por la Constitución y la ley.

- Le corresponde a los oferentes durante la etapa de la estructuración de sus propuestas, ajustarse a lo definido en el pliego de condiciones entendido este como un todo sistemático. El hecho de no elaborar las propuestas de acuerdo a lo señalado en el pliego de condiciones dará lugar a requerimientos por parte de las Entidades y a posibles rechazos.

- La subsanabilidad de las ofertas no debe ser una regla general, de ahí la importancia en la definición de los criterios de selección precisos y objetivos, que permitan la comparación objetiva de las propuestas.

- La subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y siendo un derecho del proponente.

Argumentos de la decisión

A continuación se describen las razones del Consejo de Estado para sustentar su decisión con fundamento en lo argumentado por el demandante:

- *“No haberse tenido en cuenta su observación según la cual el gerente de la firma adjudicataria no contaba con la facultad para contratar ni para obligarla por la cuantía del proceso.”*

La Sala logró determinar que una cosa es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, y otra cosa, es que el representante legal, que se encuentra en ejecución de un contrato de mandato. En el caso en estudio, el representante legal de la firma SERVIPSA, tenía limitada su facultad para contratar, situación que en criterio de la Sala es correctamente subsanable.

- *“En primera Instancia no se tuvo en cuenta el dictamen pericial realizado sobre la capacidad financiera de SERVIPSA S.A., el cual concluyó que la capacidad de pago de la empresa era insuficiente para ejecutar el valor del contrato.”*

La Corporación desestimó el cargo, por encontrar que el informe técnico tenía un alto porcentaje de subjetividad, no obstante al revisar la evaluación financiera evidencia que el informe de evaluación habilita la propuesta de SERVIPSA por cumplir con los requisitos mínimos contenidos en el pliego de condiciones.

- *“Aduce el recurrente que no fue valorada dentro de la sentencia la “omisión séptima” planteada por parte del actor en su demanda, que corresponde al ítem denominado “actividad extra para la institución” del pliego de condiciones, que consistía en*

que el proponente que hiciera una propuesta de actividad adicional a las 5 exigidas en el pliego de condiciones, obtendría 10 puntos más.”

Al revisar el argumento propuesto por el demandante, el Consejo de Estado encontró, que los ofrecimientos adicionales, en realidad eran de obligatorio cumplimiento dentro de lo previsto en el pliego de condiciones, por lo que resolvió no continuar con la revisión del argumento.

Argumentos esenciales

El Consejo de Estado sostiene que la estructuración de las ofertas, es una tarea que le corresponde exclusivamente al proponente interesado, quien basado es los criterios establecidos por la entidad, demuestra su idoneidad técnica, jurídica y financiera para desarrollar el objeto contractual. Advierte en este sentido, que el pliego de condiciones tiene doble naturaleza, ya que en principio es el vehículo mediante el cual la administración establece las reglas de selección del contratista, y una vez adjudicado el proceso de selección, el pliego se convierte en el documento en el cual se contienen las condiciones, del contrato a ejecutar.

Para el Consejo de Estado, una buena estructuración en los pliegos de condiciones, permite que los oferentes presenten ofertas idóneas para la satisfacción de las necesidades de la comunidad. No obstante, se presentan eventos en los que las propuestas contienen errores, inconsistencias o vacíos que pueden ser subsanados por el oferente evitando que su propuesta sea rechazada. La subsanabilidad es una obligación de la entidad dentro de su deber de verificación del cumplimiento de los requisitos definidos en el pliego de condiciones. Sin embargo, se recalca que la subsanación no se puede convertir en una regla general, sino excepcional de la contratación pública.

Comentario

La Sentencia analizada cobra especial importancia en el objeto del trabajo que se está desarrollando, ya que si bien el caso estudiado no representó mayor ejercicio en la interpretación sistemática de la normatividad contractual, para su efectiva resolución, fue aprovechado por el Consejo de Estado para emitir conceptos clarificadores en lo que a las reglas de subsanación se refiere. Importante señalar el llamado de atención que le hace al operador del derecho contractual, al recordarle que una buena estructuración de los pliegos de condiciones, fundada en el respeto y acatamiento del ordenamiento jurídico y de los principios de la contratación estatal, garantiza en gran medida la correcta selección del oferente.

Se destaca de esta sentencia, el recuento normativo sobre la verificación de los requisitos habilitantes y de evaluación de las propuestas, sobre el cual no nos referimos en el presente análisis, por haber sido desarrollado en los primeros capítulos del ensayo, sin embargo, se realizó el ejercicio de verificación con lo expuesto por la Sala, concluyendo que nuestra primera intención se encuentra bien encaminada. Finalmente, la sentencia analizada presenta un compendio de los distintos pronunciamientos realizados en la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado en relación con los requisitos habilitantes y no subsanables de la contratación pública, convirtiéndose de esta manera en nuestro entender, en un documento de lectura obligatoria por parte de los funcionarios responsables de la contratación pública en todos los estamentos de la nación.

Capítulo III. Casos Prácticos

Tal como se sugirió en el marco teórico del presente trabajo, es importante evidenciar las dificultades que encuentran las entidades de carácter público sujetas al Estatuto Contractual, al

momento de evaluar propuestas dentro de los distintos procesos de selección adelantados con ocasión de su objeto misional, específicamente en lo relacionado con los criterios de subsanación de las propuestas.

Caso 1.

Selección Pública No. 009 de 2015 objeto: “Realizar la implementación y operación (modalidad software como servicios) del Sistema de Información Core Bancario para la administración y operación de los procesos de Cartera, Crédito, Cobranzas, Fondos y demás procesos y operaciones del ICETEX. La implementación incluye también el ciclo de desarrollo de software para la puesta en producción de las personalizaciones requeridas así como para la integración con otros sistemas de información del ICETEX, migración de datos, pruebas integrales y capacitación.”

Fundamento fáctico.

El numeral 6 del capítulo tercero de pliego definitivo de condiciones, estableció que dentro del proceso de selección primaria lo sustancial sobre lo formal, por lo que las propuestas no serían objeto de rechazo por la ausencia de requisitos formales o por la falta de documentos de verificación de las condiciones del oferente o que soportaran el contenido de la propuesta. En este caso, se estipuló que se solicitaría aclaración al proponente siempre y cuando no se modificara el contenido o alcance de su ofrecimiento. De igual manera se especificó que la subsanación de los requisitos requeridos por la entidad tendría que hacerse dentro del plazo señalado por la entidad,

contado a partir de la fecha del envío de la comunicación, y finaliza advirtiendo que la no subsanación en el plazo establecido generará el rechazo de la propuesta.

Dentro del término de evaluación de las propuestas, el comité evaluador requirió a los oferentes para que subsanaran sus propuestas. Al oferente No. 1 se le requirió aportar el Registro Único de Proponentes, conforme lo establecido en el pliego de condiciones. Al no presentar el documento solicitado dentro del plazo señalado por la entidad, la oferta fue rechazada en consideración a lo dispuesto en el numeral 10 del capítulo cuarto “causales de rechazo de la oferta”, el cual establece dentro de sus consideraciones que las propuestas serán objeto de rechazo cuando el proponente habiendo sido requerido por la entidad, no allegue dentro del plazo que se le indique, los documentos, información o aclaraciones solicitadas.

El argumento expuesto por la entidad para no aceptar la presentación de RUP, rechazar la oferta y posteriormente declarar desierto el proceso, se basó en lo dispuesto en el numeral primero del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, según el cual, a decir de la entidad: “... los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son preclásicos y perentorios, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno...”.

Caso 2.

Concurso de Méritos No. 005 de 2015 objeto: “Elaborar los estudios geológico-mineros en áreas de reserva especial declaradas.”

Fundamento fáctico.

El proceso de selección se adelantó conforme lo dispuesto en el artículo 32 numeral 2o. de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 2° de la ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que: “Las entidades estatales deben seleccionar sus contratistas a través del concurso de méritos para la prestación de servicios de consultoría de que trata el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.

La Agencia Nacional de Minería adelantó el respectivo proceso de selección. Al momento de realizar la evaluación de los requisitos habilitantes y de ponderación de las propuestas presentadas, requirió a varios oferentes la presentación y aclaración de sus propuestas, por lo que no se evaluaron la totalidad de las ofertas. Durante el traslado de la evaluación algunos oferentes subsanaron sus ofertas siendo habilitados y por consiguiente evaluados, sin embargo, otros oferentes guardaron silencio frente al requerimiento de subsanación realizado por la entidad. En este punto, es preciso recordar que el artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, estableció el procedimiento que se describe a continuación para la selección de oferentes en la modalidad de concurso de méritos: “...1. La entidad estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo. 2. La entidad estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad. 3. La entidad estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato. 4. La entidad estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la

coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la entidad estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo proceso de contratación. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato. 5. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la entidad estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la entidad estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato. 6. Si la entidad estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la entidad estatal debe declarar desierto el proceso de contratación...”.

Como se puede evidenciar, la selección de oferentes en la modalidad de concurso de méritos no contempla una etapa de adjudicación propiamente dicha, por lo que es el acto administrativo de adjudicación con el que se entiende terminado y agotado el proceso.

Se hace referencia al proceso aludido, para exponer que la Agencia Nacional de Minería se vio avocada a suspender en tres ocasiones la revisión de la propuesta económica del oferente ubicado en el primer lugar de elegibilidad, en atención a que en la revisión de la propuesta o de manera previa a la celebración de la misma, los oferentes continuaban radicando ante la entidad documentación que les permitía habilitarse, y por consiguiente evaluarse modificando de este modo el orden de elegibilidad del proceso.

Caso 3.

Proceso de Selección de Aliado Resolución No. 10.15-018- 2013 objeto: “Selección de aliado estratégico para la firma de un vínculo asociativo con la Empresa Municipal de Renovación Urbana de Cali- EMRU E.I.C para el desarrollo de un proyecto inmobiliario con uso comercial y de servicios complementarios, integrados a la sede única de la Fiscalía General de la Nación, en el marco del plan parcial denominado ciudadela de la justicia.”

Fundamento factico.

Como resultado del proceso de selección adelantado por la Empresa Municipal de Renovación Urbana de Cali- EMRU E.I.C, se presenta un único oferente, a quien en la verificación de los requisitos habilitantes, se le observó que la propuesta no contenía la póliza de seriedad de la oferta. En respuesta a la observación el proponente respondió manifestando la imposibilidad de adquisición de la misma, toda vez que las compañías aseguradoras condicionaron su expedición al conocimiento de las condiciones del contrato a suscribir en el futuro, para así estimar los riesgos que se cubrirían en el mismo, las cuales no estaban incorporadas en el pliego de condiciones. En virtud de la respuesta del oferente, el comité evaluador señala que conforme a lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto No. 1510 de 2013, no es admisible la presentación de ofertas sin la póliza que garantice su cumplimiento, “...es regla general que toda oferta que se presente a la Administración para celebrar un contrato con ella, debe estar acompañada, necesariamente, de una póliza que garantice la seriedad de los ofrecimientos hechos por el interesado y constituye un requisito esencial del mismo proceso de selección, siempre que esta haya sido solicitada, sin considerarse como una de las excepciones planteadas por el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, para el caso de documentos subsanables...”.

La no presentación de la garantía de la seriedad de la oferta, constituyó el soporte jurídico para rechazar la oferta, para posteriormente declarar mediante acto administrativo desierto el proceso de selección.

Caso 4.

Proceso de Selección de Mínima Cuantía No. 007- 2012. Objeto: “Contratar la prestación de servicio para la ejecución, juzgamiento y premiación de las Primeras Olimpiadas Deportivas, dirigidas a los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores”

Fundamento fáctico.

El Ministerio de Relaciones Exteriores adelantó el proceso de selección de mínima cuantía, publicando para el efecto los estudios previos y la respectiva invitación en la página oficial de la entidad. Como resultado de la convocatoria se presentaron dos oferentes a quienes el comité evaluador y estructurador rechazó, por no cumplir con los requisitos de habilitación de carácter técnico y jurídico. La causal expuesta por el comité respecto del oferente rechazado por no cumplir con los requisitos de carácter jurídico, se fundamentó en que el representante legal del proponente, no se encontraba facultado para presentar la propuesta a la fecha de la presentación de la misma. Dentro de las consideraciones expuestas por la entidad en la resolución que declaró desierto el proceso, se señaló que el representante legal fue requerido en debida forma y de manera oportuna para que subsanara su propuesta, y que en tal sentido el oferente aportó en tiempo el acta de la junta directiva de la firma, en donde se facultaba al representante legal para suscribir la propuesta y el contrato, pero que no obstante, el documento allegado fue expedido con una fecha posterior al cierre del proceso de selección.

Caso 5.

Proceso de Selección de Mínima Cuantía No. 14000302-OR- 2014. Objeto: “Contratar la realización de vacaciones recreativas para los hijos de los funcionarios del Aeropuerto José María Córdoba de la Regional Antioquia”

Fundamento fáctico.

La Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, adelantó el proceso de selección referido publicando en el SECOP, para el efecto el aviso de convocarla, los estudios previos y la Invitación Pública. En la fecha de cierre de la convocatoria se recibieron tres ofertas, las cuales fueron evaluadas en forma oportuna por el comité evaluador y estructurador designado para tal fin por el ordenador del gasto. Como resultado de la evaluación adelantada el comité rechaza las propuestas presentadas por no cumplir con las especificaciones técnicas definidas en la Invitación. Se destaca de la revisión del presente proceso de selección, que a uno de los oferentes se le rechaza su propuesta, por no haberse firmado el anexo denominado “Compromiso de especificaciones técnicas”.

Capítulo IV. Test de proporcionalidad

Como resultado del trabajo de verificación adelantado, a continuación y con fundamento en lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, las circulares externas No. 13 y 16 emitidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, y los distintos pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado, se presenta un instrumento que permite al operador administrativo dirimir de manera objetiva y proporcional la tensión entre los dos intereses en conflicto, un test de proporcionalidad que limite el ejercicio irrestricto de los proponentes a subsanar los requisitos habilitantes y que a su vez ponga límite al ejercicio ilimitado del operador administrativo de rechazar las ofertas por meros vicios formales.

REQUISITOS DE LA OFERTA	ENUNCIACIÓN	SUBSANABILIDAD	FUNDAMENTO NORMATIVO Y LEGAL
<p>SUBJETIVOS</p> <p>Atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes.</p>	<p>1. Capacidad Jurídica</p> <p>2. Certificado de existencia y representación legal o certificado de matrícula mercantil.</p> <p>3. Autorizaciones.</p> <p>4. Registro Único de Proponentes.</p> <p>5. Documento de conformación del</p>	<p>1.</p> <p>No es subsanable por constituir un requisito esencial para obligarse. Debe existir al momento de la oferta.</p> <p>2.</p> <p>La falta del certificado del existencia y representación legal es subsanable.</p> <p>La fecha de expedición de certificado de existencia y representación legal es subsanable en cualquier momento hasta la adjudicación.</p> <p>3.</p> <p>Las limitaciones de las facultades del representante legal son subsanables con acta del órgano directivo.</p> <p>4.</p> <p>La falta del Registro único de Proponentes es subsanable.</p> <p>La fecha de expedición del Registro único de Proponentes es subsanable en cualquier momento hasta la adjudicación.</p> <p>5.</p>	<p>1.</p> <p><i>Ley 1150 de 2007 - art. 5</i></p> <p>4.</p> <p><i>Ley 1150 de 2007 - art. 5</i></p> <p>Los oferentes deben estar inscritos en el RUP, mientras la inscripción no esté en firme, no se puede habilitar al oferente ni evaluar la propuesta. (<i>Circular Externa No. 13 Colombia Compra Eficiente</i>)</p>

	<p>Consortio o Unión Temporal.</p> <p>6. Cumplimiento de las obligaciones de seguridad social y pago de aportes parafiscales.</p> <p>7. Registro Único Tributario</p> <p>8. Capacidad Financiera.</p> <p>9. Experiencia mínima del proponente.</p> <p>10. Garantía de seriedad de la oferta</p>	<p>Sujeto de subsanación.</p> <p>6.</p> <p>Sujeto de subsanación.</p> <p>7.</p> <p>Sujeto de subsanación.</p> <p>8.</p> <p>Los estados financieros constituyen un requisito esencial del pliego de condiciones, la no presentación de los estados financieros, no es susceptible de subsanar.</p> <p>9.</p> <p>La experiencia adquirida por el oferente después de presentada la oferta. no se puede aportar al proceso como requisito habilitante no se acepta como requisito subsanable.</p> <p>10.</p> <p>Los errores en la garantía de seriedad de la oferta son subsanables hasta la adjudicación</p>	<p>8.</p> <p><i>Ley 1150 de 2007 - art. 5</i></p> <p>Sentencia del 13 de febrero de 2015. Expediente 30.161, Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa</p> <p>9.</p> <p><i>Ley 1150 de 2007 - art. 5</i></p> <p>Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 29.855. Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.</p> <p>10.</p> <p><i>Ley 1150 de 2007 - art. 5</i></p> <p>Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 29.855. Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera</p>
OBJETIVOS	1. Criterios Técnicos de	1.	1.

Tensión en la dinámica de la contratación estatal

<p>Referido a los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, que permiten ponderar las ofertas.</p>	<p>Evaluación.</p> <p>2. Criterios Económicos de Evaluación</p> <p>3. Industria Nacional.</p>	<p>La omisión del plazo de ejecución no es subsanable, si es objeto de evaluación.</p> <p>La modificación de los bienes, especificaciones técnicas o cantidades de obra conduce al rechazo de una propuesta cuando no se ofrece lo requerido por la entidad, lo que evidentemente representa un incumplimiento sustancial del pliego y no hay lugar a la subsanabilidad.</p> <p>La falta de acreditación técnica de un bien ofrecido no es subsanable.</p> <p>2.</p> <p>La falta de cotización de un ítem no es subsanable.</p> <p>La no presentación de la oferta económica no es subsanable</p> <p>3.</p> <p>La no presentación de la certificación de mano de obra de origen nacional no es subsanable.</p>	<p><i>Ley</i> 1150 de 2007 - art. 5</p> <p>Sentencia de 26 de febrero de 2014. Exp. 25.804. Subsección C. C.P. Enrique Gil Botero.</p> <p>2.</p> <p><i>Ley</i> 1150 de 2007 - art. 5</p> <p>3.</p> <p><i>Ley</i> 1150 de 2007 - art. 5</p>
<p>FORMALES</p> <p>Atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, de</p>	<p>1. Presentación de la oferta.</p>	<p>1.</p> <p>Los formatos requeridos por la entidad para facilitar la propuesta son subsanables.</p>	

<p>la propuesta.</p>	<p>2. Legalización de documentos otorgados en el exterior</p>	<p>La exigencia de entregar la propuesta en original y dos copias es subsanable.</p> <p>Propuestas sin tabla de contenido, sin foliar y en desorden no pueden ser objeto de rechazo.</p> <p>La falta de firma de la oferta es subsanable.</p> <p>2.</p> <p>Sujeto de ser subsanable</p>	<p>2.</p> <p><i>Circular</i> Externa No. 13 Colombia Compra Eficiente)</p>
----------------------	---	---	--

El último pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado relacionado con criterios de subsanabilidad, corresponde a la Sentencia No. 850012331000201100109 01 (51376) con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En la Sentencia se analizó la legalidad de un acto administrativo que había declarado desierta una licitación pública en el año 2011, de la cual se destacan las siguientes consideraciones:

- Por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el

incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas.

- Si las entidades contratantes no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta dudosa o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirían la obligación que les asigna la ley.

- En el marco de los contratos estatales las entidades públicas deberán propender porque todos aquellos que concurran al proceso de selección lo hagan con la garantía de que sus propuestas no serán descalificadas ante la ausencia de requisitos formales tales como la copia de la propuesta, o la falta de foliación de los documentos, entre otros.

Con lo anterior se advierte que la herramienta propuesta en el presente trabajo se encuentra viegente a la fecha, conforme lo que ha regulado la Agencia Nacional de Contratación Pública y frente a la última jurisprudencia que ha emitido el Consejo de Estado.

Conclusiones

El test de proporcionalidad propuesto, no constituye en modo alguno, la solución definitiva a los interrogantes que se generen al interior de las entidades públicas al momento de evaluar propuestas dentro de los procesos de selección que adelanten. La herramienta como se menciona, constituye un elemento de racionalidad a la luz de lo que ha definido el Consejo de

Estado respecto de los criterios de subsanabilidad, desarrollados a través de los distintos pronunciamientos que sobre la materia ha emitido, ejemplarizando aquellas circunstancias y eventos susceptibles de ser corregidas por los proponentes y aceptadas por las entidades.

Lo anterior se confirma entendiendo, que si bien es cierto, la actividad contractual se encuentra medianamente reglada en Colombia, la dinámica misma de la relación entre la administración y los particulares interesados en colaborar en el cumplimiento de los fines estatales, genera distintos escenarios, en los que la administración se verá avocada a definir qué requisitos pueden ser subsanables y cuáles no. Es allí, donde el Test cobra especial importancia, por cuanto su estructuración permite al operador en primera instancia, definir si la inconsistencia o la no conformidad es de carácter subjetivo, objetivo o formal, y a partir de allí, entrar a realizar el juicio valorativo, a la luz de lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 5° de la *Ley* 1150 de 2007, en concordancia con las circulares expedidas por Colombia Compra Eficiente, y los criterios unificadores planteados por el Consejo de Estado.

En el ejercicio diario de la actividad contractual, no faltaran voces que expresen su inconformidad frente a los criterios de subsanación desarrollados en el presente trabajo. Habrá quienes señalarán que admitir la subsanación de las propuestas, en cualquier momento y hasta la adjudicación del proceso, sería ir en contra de los principios que regulan la actividad contractual, especialmente en contra del principio de economía, desarrollado en el numeral 1° del artículo 25 de la *Ley* 80 de 1993. En el mismo sentido, surgirán inquietudes frente a criterios que aún siendo de carácter habilitante, no son susceptibles de subsanación, como la presentación de los estados financieros, sobre los cuales el Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2015, señaló como no subsanables, por tratarse del medio por el cual la administración

califica y evalúa la capacidad financiera de los proponentes debidamente dictaminados y certificados.

En líneas generales, están planteados los supuestos de derecho necesarios para que las entidades públicas diriman de manera objetiva, las dificultades referidas con los criterios de subsanación de las propuestas, a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento positivo, y de manera especial en la Ley 1150 de 2007.

Referencias

Bermúdez Muñoz, M. (2010). Los procesos de selección. *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá: Ediciones Uniandes. P. 75-94.

Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). *Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007). *Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos..* Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). *Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>

Mauricio fajardo Gómez Bogotá, D.C cinco (5) de Junio de dos mil ocho (2008).

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente:

Enrique Gil botero Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010).

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique Jose Arboleda

Perdomo, Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010).

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero Bogotá D.C., Febrero veintiséis (26) de dos mil catorce (2014).

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “a”

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera Bogotá, D.C., doce (12) de Noviembre de dos mil catorce (2014).

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C

Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá, D.C Once (11) de Mayo de dos mil quince (2015).

Congreso de Colombia. (28 de Octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de

Contratación de la Administración Pública. (Ley 80 de 1993).

Congreso de Colombia. (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. (Ley 1150 de 2007). DO. 46691

Tensión en la dinámica de la contratación estatal

55

El Presidente de la república de Colombia. (10 de Enero de 2012) Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. (*Decreto* 19 de 2012).