



Revista Digital de Derecho Administrativo  
ISSN: 2145-2946  
Universidad Externado de Colombia

López Rodríguez, Ana Cristina  
Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas  
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 21, 2019, pp. 263-310  
Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n21.12

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503859254012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

# Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas

ANA CRISTINA LÓPEZ RODRÍGUEZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

Esta investigación examina las disposiciones y los principios contenidos en el estatuto de contratación estatal y en la normatividad complementaria que permiten modular la aplicación de la regla de subsanación de los requisitos habilitantes de los proponentes contenida en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. Se constata cómo, a partir de un entendimiento exegético de esta norma, se generan efectos adversos sobre la práctica contractual. Mediante la identificación de reglas contenidas en la abundante, pero a veces contradictoria, jurisprudencia del Consejo de Estado, se busca determinar el correcto alcance de la regla de subsanabilidad, de cara a principios como el de la primacía de lo sustancial sobre lo formal y de una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: subsanabilidad, contratación pública, rechazo de ofertas, selección objetiva, requisitos habilitantes, jurisprudencia del Consejo de Estado.

1 Abogada litigante y consultora independiente, Bogotá, Colombia. Abogada de la Universidad Mariana, San Juan de Pasto, Colombia. Maestra en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: cris901@hotmail.com. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0461-2269>. Fecha de recepción: 10 de agosto de 2018. Fecha de modificación: 30 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2018. Para citar el artículo: LÓPEZ RODRÍGUEZ, ANA CRISTINA. "Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2019, pp. 263-310. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.12>

# Modulated Applicability of the Legal Regime of Tender Correction in Public Procurement

## ABSTRACT

This paper examines the provisions in Public Procurement Law that modulate the purpose of the rule that allows participants in a public tender procedure to meet the terms pertaining to their experience, and financial, legal and organizational capacities after the closing date (article 5, act 1882 of 2018). The research reveals how an exegetical interpretation of the rule is having an adverse effect on the public procurement practice. In order to uncover the accurate extent of the rule allowing bidders to amend supporting documents required to participate in a public tender procedure, this work contrasts the holdings in the abundant, but conflicting jurisprudence of the Colombian Council of State, with principles imposing the primacy of the substance over the formal and a teleological interpretation of the law.

**Keywords:** Rule of Amendment, Public Procurement, Rejection of an Offer, Objective Selection, Conditions to Participate in a Public Procurement Tender Procedure, Council of State Jurisprudence.

## INTRODUCCIÓN

Desde la expedición de la Ley 80 de 1993, ha variado de manera ostensible la regulación legal, reglamentaria y jurisprudencial del rechazo de las ofertas por la hipótesis de incumplimiento de requisitos, incumplimiento que bajo tal normatividad no resultaba posible castigar con la descalificación de la propuesta cuando los requisitos o documentos ausentes no eran necesarios para la comparación de ofertas de la futura contratación, lo cual se traducía en un amplio margen de discrecionalidad para que la administración pública verificara, en cada caso concreto, si los requisitos faltantes eran necesarios o no para la comparación de las ofertas.

Así entonces, el artículo 25 ibidem, en desarrollo del principio de economía, establecía que las entidades no podían exigir formalidades ni ritualidades que no estuviesen expresamente prescritas por leyes especiales; es decir, que se cambió la lógica jurídica del excesivo ritualismo que operaba con anterioridad por la prevalencia de lo sustancial sobre lo meramente formal.

Con posterioridad, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, en la que preservó el artículo 25 ibidem y lo incluyó dentro del principio de selección objetiva contemplado en parágrafo 1 de su artículo 5, estableciendo, de igual manera, que no es posible rechazar una oferta por la ausencia de requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas, pero con la particularidad

de que introdujo la regla de subsanabilidad, con el vocablo en consecuencia, para referirse a que, en adelante, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afectaren la asignación de puntaje serían susceptibles de ser saneados hasta el momento de la adjudicación.

En la actualidad, con la Ley 1882 de 2018, por medio de la cual se adiciona, modifica y se dictan disposiciones para fortalecer la contratación pública, se modificó el precitado artículo en el sentido de que los documentos o información susceptible de ser saneada debe, en adelante, ser entregada por los oferentes "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", estableciendo como consecuencia al incumplimiento del plazo establecido el rechazo de las ofertas.

Se observa que la regla de subsanabilidad establece de manera clara y precisa que el parámetro de diferenciación entre lo subsanable o no subsanable lo constituye la asignación de puntaje, resultando saneable todo aquel documento o requisito ausente que no afecte aquella.

En este sentido, el problema que subyace y que se intentará resolver en el presente texto, es el siguiente: ¿cómo se debe armonizar la aplicación de la regla de subsanabilidad de las ofertas contenida en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, con otras reglas y principios contenidos en las normas contractuales y en otras disposiciones aplicables a la contratación estatal?

El mencionado interrogante surge por cuanto genera efectos adversos sobre el ordenamiento jurídico y la práctica contractual el ceñirse, de manera tajante y exegética, a la mencionada regla de derecho; se vislumbra, por ejemplo, que sin un mayor análisis, la Administración puede permitir el saneamiento de un requisito habilitante por ser de aquellos que no otorgan puntaje cuando en realidad este resulta ser sustancial o, por el contrario, también podría negar la posibilidad de sanear un requisito ponderable cuando aquel es meramente formal y en nada incide en la esencia misma del ofrecimiento.

O cuando se trate de formalidades que aparentemente posibilitarían el saneamiento, pero que estudiadas en concordancia con otras normas que integran el ordenamiento jurídico resultan necesarias para revestir de validez determinado acto, y, por tanto, se constituyen en formalidades sustanciales que no podrían ser saneadas.

En este tipo de eventos se buscará modular la aplicación de la regla de subsanabilidad a partir del análisis del principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal, y de una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento jurídico.

Se pondrá, de presente, por otra parte, la evolución normativa y jurisprudencial que ha tenido la figura estudiada, cómo inciden en esta las cláusulas de los pliegos de condiciones, algunos vacíos normativos que dificultan su aplicación y crean escenarios de inseguridad jurídica y, en relación con ello,

lo que realmente es susceptible de ser saneado, bajo otros preceptos contenidos en el mismo Estatuto de Contratación Estatal, como la imposibilidad de modificar, adicionar o mejorar la oferta.

Y, finalmente se abordarán aspectos de índole procesal como el plazo que existe para el saneamiento de la oferta, frente al cual, con anterioridad a la expedición de la Ley 1882 de 2018 no existía total certeza en su aplicación.

## 1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS

De antaño, en vigencia del Decreto 222 de 1983, por medio del cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas, no le era posible a un proponente corregir su oferta, pues del contenido mismo del artículo 33 ibídem se desprendía que las propuestas debían ser evaluadas de *forma rigurosa*, de conformidad con el contenido de los pliegos de condiciones.

Es así como un excesivo formalismo gobernaba los procesos contractuales, visible no solo con las disposiciones reglamentarias, sino también con el análisis de los casos demandados en la época, que permiten entrever, por un lado, cómo la Administración desechaba propuestas por el incumplimiento de requisitos netamente formales e insustanciales y, por otro, cómo los mismos participantes se valían de dichos defectos como fundamentos fácticos y jurídicos para intentar invalidar, ante el juez del contrato, los procesos de selección.

Como ejemplo ilustrativo del respeto a la forma es posible mencionar la presentación de una demanda en contra del acto de adjudicación de un contrato, por cuanto el adjudicatario omitió presentar copia del recibo de caja expedido por la tesorería por concepto de compra del pliego en su propuesta original, como así lo exigía el mismo pliego, lo que dio lugar a la existencia de diferencia entre la propuesta original y la copia de la misma<sup>2</sup>.

No obstante lo anterior, el juez de lo contencioso administrativo ya empezaba a realizar un esfuerzo por morigerar el formidable ritualismo y el caso mencionado, pese a que fue fallado con aplicación del Decreto 222 de 1983, fue objeto de unos razonamientos que ya contemplaban la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, principio bajo el cual se concluyó que tal falencia de la propuesta no resultaba de mayor trascendencia y se recordó que la Administración debía tener un manejo flexible de las propuestas que se aparten de alguna de las exigencias del pliego de condiciones, cuando se

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10.217.

trate de requisitos insustanciales y no determinantes de las condiciones de la contratación<sup>3</sup>.

No es posible perder de vista que en el citado pronunciamiento ya había una irradiación de la norma constitucional de 1991, empero, con anterioridad, en el año 1987, el Consejo de Estado ya había efectuado análogas reflexiones, manifestando que "no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida"<sup>4</sup>.

Similares razonamientos se efectuaron en la Sentencia de 12 de abril de 1999, en la cual se mencionó que en los pliegos de condiciones se establecen los parámetros generales y especiales bajo los cuales se deben estructurar las propuestas, dentro de los que se encuentran algunos de carácter esencial y otros netamente adjetivos o accesorios, criterio bajo el cual se anuló el acto de adjudicación de un contrato que no fue adjudicado al oferente mejor calificado por cuanto el equipo que este había ofrecido para la licitación era el mismo que había ofertado para otro contrato, requisito que, según lo probado en el proceso judicial y en concepto del juez del contrato, solo adquirió relevancia para la Administración con el fin de soslayar la ley contractual, partiendo únicamente de la suposición de un eventual incumplimiento de obligaciones menores, sin que se haya probado que aquel hubiere sido un requisito que afectare la esencia del negocio jurídico<sup>5</sup>.

Se observa, entonces, cómo ya se había ido elaborando una doctrina de primacía de lo sustancial y de la preponderancia del contenido esencial de las propuestas, misma que con el tiempo llegaría a tener sustento legal.

En el año 1991, el constituyente introdujo los principios que, en adelante, regirían la función administrativa y estipuló, entre otros, la igualdad y la economía como rectores de aquella<sup>6</sup> y, al mismo tiempo, en el artículo 228 consagró la prevalencia del derecho sustancial en el ejercicio de la administración de justicia, principio que se extendería al procedimiento administrativo, por lo que indefectiblemente modularía los procesos de contratación estatal.

En el año 1993, el legislador expidió la Ley 80, contentiva del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como fruto de un intento por sobreponerse a los efectos adversos que estaba generando en la Administración pública la exegética interpretación de la norma contractual

3 Ibíd.

4 MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, "Diferenciación entre requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones", en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 149-161.

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11.344.

6 FRANCISCO GÓMEZ SIERRA, *Constitución Política de Colombia anotada*, Bogotá: Leyer, 2010, artículo 209.

expedida desde 1982, en un contexto en el que el modelo de Estado naciente requería de una relectura del concepto de administración y con la finalidad de lograr una mayor eficiencia en la contratación pública, eliminando el excesivo ritualismo que se venía manejando, para así adaptar la legislación contractual a los postulados de la nueva carta política, entre otros, a los principios de economía, transparencia y celeridad, como nuevos parámetros rectores de la función pública<sup>7</sup>.

Se hizo entonces un importante intento de simplificar trámites y procedimientos, con etapas *estrictamente necesarias* que permitieran una selección objetiva, pero con márgenes de flexibilidad, con el propósito, por una parte, de que la nueva legislación se pueda adaptar a los diversos procesos de selección y, por otra, de consolidar los principios que en adelante irradiarían el proceso contractual<sup>8</sup>.

De esta manera, el nuevo estatuto, en su artículo 23, acogió los ya mencionados postulados constitucionales y estableció que las actuaciones realizadas en el marco de la contratación estatal se desarrollarían con observancia, entre otros, de los principios de transparencia y economía y, de igual manera, tendrían en cuenta los que rigen la función administrativa y los particulares del derecho administrativo.

De igual manera, en el artículo 24, numeral 5, literal a y b ibídem se incorporó el principio de transparencia, advirtiendo que los pliegos de condiciones deben contener los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección, y deben definir reglas justas, claras y completas que permitan la confección de los ofrecimientos y aseguren una selección objetiva.

Lo anterior significa que al tener la ley de contratación estatal un carácter marco<sup>9</sup>, otorgó a las autoridades administrativas un amplio margen de discrecionalidad para definir o indicar los requisitos que deberían cumplir quienes aspiren a contratar con el Estado, pues los ítems relacionados en el artículo 24 del Estatuto General de Contratación son meramente enunciativos<sup>10</sup>, circunstancia que, dentro de la razonabilidad que debía tener dicha autonomía, hacía necesaria una preponderancia de lo sustancial sobre lo formal y un estricto apego a la Constitución y la ley.

Por su parte, en virtud del principio de economía en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 se estipuló que los procedimientos contractuales contendrían etapas preclusivas y perentorias, que la interpretación de las normas contractuales

7 Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Disponible en línea: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148> [consultado el 25 de septiembre de 2016].

8 Ibíd.

9 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2001, radicado 1373.

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 15.188.

se realizaría de tal forma que no se soliciten trámites adicionales a los previstos en la ley, y 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".

Con el precitado texto se concretó una fehaciente oposición al exceso de formalidades y ritualidades, aceptando solo aquellas previstas de manera expresa en leyes especiales. Positivizada entonces la preeminencia del derecho sustancial, el juez del contrato podía con una mayor vehemencia castigar el rechazo injustificado e indiscriminado de las ofertas, por criterios que en nada afectaban el cumplimiento y posterior ejecución del contrato y que, por el contrario, lograban que la Administración desaprovechara aquellas cuyo contenido resultaba favorable e idóneo para lograr las finalidades de la contratación.

En la Sentencia del 18 de octubre de 2000, a modo de ejemplo, se adujo que la Administración al momento de evaluar y efectuar el análisis comparativo de las propuestas, con fundamento en los pliegos de condiciones, había realizado una serie de irregularidades, las cuales se clasifican en formales y sustanciales, con la finalidad de que se permita corregir las primeras. Se explica entonces que no es posible rechazar una oferta por la omisión en la cotización de un componente de un ítem, cuando el mismo se relaciona en otros ítems, por no presentar recibo de pago de la garantía de seriedad de la oferta, cuando en la póliza de la misma se puede verificar su cancelación, o por no allegar el recibo de pago de los pliegos de condiciones, entre otros supuestos<sup>11</sup>.

Se observa que en este pronunciamiento la máxima corporación adicionó una facultad a la Administración pública, pues la regla del inciso 2 del artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 se limitaba a establecer la prohibición de rechazar la oferta por la ausencia de documentos no necesarios para la comparación de las ofertas, sin establecer, de manera expresa, la posibilidad de corrección del requisito, lo que significa que en su momento el Consejo de Estado auspició el complemento que tiempo después introduciría la Ley 1150 de 2007.

Por su parte y, en concordancia con lo anterior, el legislador estableció el deber de selección objetiva, el cual "se concreta mediante la realización de procedimientos que permitan la libre concurrencia de los particulares y garanticen la elección justa e imparcial de la mejor propuesta para los intereses de la entidad, todo con la finalidad de satisfacer el interés general"<sup>12</sup> y, que "exige el respeto de ciertas medidas previas y las garantías de imparcialidad.

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 2000, expediente 12.663.

12 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, *Forma y contenido del contrato estatal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 60.

Primero una buena formulación de las necesidades de la entidad contratante (1), y luego, el refuerzo de la transparencia (2)<sup>13</sup>.

Por otro lado, frente a la licitación pública, en el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se estableció la posibilidad de aclarar y explicar las ofertas, cuando ello se estime necesario, dentro del plazo razonable que señale la entidad, en el cual también se evaluará las ofertas.

Por último, en lo que ataña a los informes de evaluación, en el numeral 8 del artículo 30 ibídem se estipuló que estos tendrían que permanecer en la secretaría de la entidad para que los proponentes, en un término de cinco días, pudiesen presentar las observaciones a que haya lugar, con la expresa prohibición de completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas.

El 30 de septiembre de 2002 se expidió el Decreto 2170, por medio del cual se reglamentó la Ley 80 de 1993, y, frente a la selección objetiva prevista en el artículo 29 ibídem, con relación a los factores de escogencia y calificación, en el artículo 4 se estableció que la capacidad jurídica, administrativa, operacional y financiera, y las condiciones de experiencia solo serían objeto de verificación, no así de calificación.

Se observa, entonces, cómo se dio un cambio de concepción entre el reglamento y la norma que le sirve de fundamento, pues la ley, como ya se dijo, otorgaba a la Administración una amplia facultad para determinar los factores de escogencia, con el único límite de que no existan de por medio motivaciones subjetivas, sin distinción alguna de las calidades de los proponentes y las condiciones calificables de sus ofertas.

El 3 de diciembre de 2007, el precitado artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado, por cuanto consideró que el Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria al agrupar los factores de escogencia que traía la Ley 80 de 1993 en unos de escogencia y otros de calificación, determinando cuáles serían únicamente objeto de verificación de cumplimiento (*capacidad jurídica, administrativa, operacional y financiera de oferente, y condiciones de experiencia*); y cuáles de calificación (*técnicos y económicos*); es decir, se consideró que tal regulación contravenía la norma que le servía de fundamento, por cuanto bajo la regulación del artículo 29 de la Ley 80 de 1993 eran las entidades públicas quienes tenían la facultad de determinar, de conformidad con el objeto contractual y las particularidades de cada proceso en concreto, cuáles serían los factores de escogencia y cuáles los criterios de calificación.

Entonces, si bien se aceptó, tal como la jurisprudencia ya lo había reconocido de forma precedente, que existen unos requisitos de participación relativos al proponente, los cuales lo habilitan jurídica, financiera o técnicamente, y otros, de calificación de sus ofertas, bajo los cuales es posible otorgarle un

13 JOSÉ LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 288.

puntaje a la misma, se consideró que el poder ejecutivo no podía agruparlos, con carácter vinculante, en factores de escogencia y de calificación, so pena de violar la norma legal que le servía de fundamento y, en consecuencia, de menoscabar la autonomía que, en el tema, le había sido otorgada a las entidades contratantes<sup>14</sup>.

Se observa, entonces, cómo el poder ejecutivo, desde el año 2002, ya había empezado a insertar la concepción de la subsanabilidad de las ofertas, en un contexto normativo en el que habilitar tal figura por vía reglamentaria se tornaba ilegal, pero la cual, más adelante, sería concretada por el legislador.

Con posterioridad, mediante la Ley 1150 de 2007, se introdujeron *medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993* y se preservaron las disposiciones contenidas en el mencionado numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual se incluyó dentro del principio de selección objetiva contemplado en la nueva normatividad en el artículo 5, y fue adicionado, con una consecuencia jurídica, a saber: serían subsanables, hasta el momento de la adjudicación, todos aquellos requisitos de la oferta que no afecten la asignación de puntaje.

La mencionada norma fue modificada y adicionada por la Ley 1882 de enero de 2018, por medio de la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública, en el sentido del plazo para subsanar, como se estudiará más adelante.

Se observa entonces que desde la expedición de la Ley 1150 de 2007 se rompió con la lógica anterior de simple prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, introduciendo, de manera clara, el vocablo "en consecuencia" para establecer que todos los requisitos de la oferta que no asignen puntaje podrán, en adelante, ser solicitados por la entidad, es decir, ser subsanados.

Es posible catalogar como perversa la acepción "en consecuencia", considerando que la misma no desarrolla de manera alguna el sentido teleológico que el legislador buscó introducir en el año 1993 con la expedición del estatuto de contratación estatal, pues, como ya se explicó, era la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal el parámetro conductor al momento de estudiar el rechazo de las ofertas.

Bajo dicha lógica, no resultaba posible que la Administración, por una parte, descartara una oferta por aspectos que no comprendían o afectaban su contenido sustancial y, por otro, que ponderara y calificara tales aspectos. El contenido sustancial del que se habla se encontraba concretado en la norma bajo la acepción de requisitos no necesarios para la futura comparación de las ofertas, noción que fue explicada por la jurisprudencia en el entendido de que no era susceptible de rechazo una oferta por la ausencia de aquellos documentos

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, radicado 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447, acumulados.

que no aportaban un valor agregado al objeto contractual o que no permitían medir el mérito de la misma frente a las particulares necesidades de la administración, y que, por el contrario, asignarles una relevante importancia potencializaba el riesgo de desechar una propuesta idónea para materializar los fines de la contratación<sup>15</sup>.

Entonces, no resultaba admisible que la Administración consagrara, ya sea como requisitos habilitantes o criterios ponderables, aspectos puramente formales. No era posible que en un pliego de condiciones se establezca, a modo de ejemplo, que el orden de la presentación de la propuesta sería calificable, tal como se estudió en la Sentencia del 26 de abril de 2006, en la que se observa que la entidad demandada penalizó con una disminución de puntaje el no respetar el orden de los documentos de la oferta.

Así pues, se pasó de un criterio bajo el cual prevalecía el derecho sustancial sobre el formal, con una consecuencia precisa en el resultado de la decisión, es decir, con la prohibición de descalificar una propuesta por el incumplimiento de requisitos meramente accesorios, sin que ello implicare la posibilidad de corregir una oferta, a la viabilidad de corregir o subsanar los requisitos que no otorguen puntaje.

Bajo este último entendido, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, entre otras, en la Sentencia del 26 de febrero de 2014, aplicó de manera literal la nueva disposición y manifestó que, en adelante, el criterio que iba a diferenciar lo subsanable o no subsanable ya no era el concepto indeterminado que traía la anterior regulación referente a lo "no necesario para la comparación de las ofertas", pues tal abstracción se concretaría en que todos los requisitos que no asignen puntaje son los que son susceptibles de ser subsanados en cualquier momento hasta la adjudicación<sup>16</sup>.

Adicionalmente, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, a diferencia de la regulación que traía la Ley 80 de 1993 en el artículo 29 referente a la selección objetiva, estableció que la capacidad jurídica, financiera y de organización, y las condiciones de experiencia de los oferentes serán objeto de verificación de cumple o no cumple como requisitos habilitantes y no otorgarán puntaje, salvo para el concurso de méritos.

Se vislumbra cómo en este periodo el legislador reprodujo el contenido del ya estudiado Decreto 2170 de 2002, con relación a los factores de escogencia y calificación, por medio del cual, el Gobierno Nacional, excediendo sus potestades reglamentarias, también limitaba la autonomía que la Ley 80 de 1993 le había otorgado a la Administración al momento de determinar el alcance de dichos factores.

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, radicado 16.041.

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de febrero de 2014, radicado 25.804.

Al respecto, se ha manifestado que de los requisitos habilitantes solo se constituye en obligatorios para todos los procesos de selección la capacidad jurídica, pues los demás se requerirán en la medida en que la entidad los considere como necesarios para lograr una contratación *idónea y oportuna*<sup>17</sup>.

La disposición contenida el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 fue demandada por cuanto se consideraba que la prohibición de otorgar puntaje a las condiciones relativas al proponente (capacidad jurídica, financiera y de organización, y condiciones de experiencia) no le permitía a la Administración adjudicar el contrato al mejor oferente, cuando las mismas resultaban esenciales en la posterior ejecución del contrato y, adicionalmente, violaba el derecho a la libre competencia, pues esta solo podría determinarse con fundamento en las condiciones de la oferta y no así de los oferentes.

Para estudiar la exequibilidad del mencionado precepto, la Corte Constitucional dio aplicación al derecho a la igualdad de oportunidades en el ámbito de la contratación estatal, fundamentándose en el derecho a la libre concurrencia, conforme al cual, las entidades públicas no pueden limitar el acceso a los procesos de selección con el establecimiento de cláusulas discriminatorias que no se ajusten a la Constitución y la ley<sup>18</sup>.

De este modo, la máxima corporación adujo que la disposición que introdujo el legislador respecto a que las condiciones relativas al oferente no puedan ser calificadas, no es óbice para que se pueda elegir a un contratista idóneo, pues bajo dicho postulado la Administración no se exime del deber de establecer las condiciones que debe cumplir quien aspira a contratar con ella, sino que una vez las mismas sean verificadas, ya se torna viable estudiar la mejor oferta<sup>19</sup>.

Se observa, entonces, cómo la autonomía que, en el estudiado aspecto, la Ley 80 (1993) le había brindado a la Administración –la cual se constituyó en uno de los fundamentos para que el Consejo de Estado declarara la nulidad del artículo 4 del Decreto 2170 de 2002–, ahora era morderizada por el legislador, en uso razonable de su libertad de configuración legislativa en asuntos de contratación pública y aceptado por la Corte Constitucional, bajo el prisma del derecho a la libre concurrencia limitado por el interés general, según el cual, se ajusta a derecho que únicamente sean calificadas las ofertas de aquellos proponentes que realmente tengan las calidades de cumplir con el objeto contractual, justificándose así la clasificación de los factores de selección.

Ahora bien, en el año 2008, mediante Decreto 066, artículo 10, se reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007 en lo atinente a las modalidades de selección, y como regla de subsanabilidad, el Gobierno Nacional prescribió que en los procesos de selección prevalecerá lo sustancial, por lo que no es

17 GONZALO SUAREZ BELTRÁN, *Estudios de derecho contractual público*, Bogotá: Legis, 2014, pp. 51-55.

18 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-713, del 7 de octubre de 2009, expediente D-7663.

19 Ibíd.

posible rechazar una oferta por la ausencia de requisitos relacionados con las condiciones del oferente o que soporten el contenido mismo de la propuesta, y que en tal caso, dichos documentos pueden ser requeridos por la entidad hasta la adjudicación o hasta que se establezca en los pliegos de condiciones. A continuación, manifestó que en ningún caso la Administración podrá "permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso".

Se observa cómo el ejecutivo quiso ser explícito en establecer que lo que debe primar en todo proceso contractual es lo sustancial sobre lo formal, e intentó efectuar una regulación más extensa y, al mismo tiempo, más limitada de la subsanabilidad, modulando el plazo para corregir las ofertas, exceptuando de su aplicación la falta de capacidad (pese a ser un requisito que no otorga puntaje) y limitándola a las circunstancias ocurridas antes del cierre del proceso.

Meses después, el Decreto 2474 del 7 de julio 2008, por medio del cual se reglamentó disposiciones de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre modalidades de selección, en el artículo 10 reprodujo el contenido del artículo 10 del Decreto 066 de 2008 y adicionó que en los casos en que el proponente, dentro del término previsto, no subsane la propuesta, la misma tendría que ser rechazada.

Empero, el Consejo de Estado, en el año 2011, estudió la legalidad del inciso final del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, en el que se estipulaba que no era posible subsanar la falta de capacidad para presentar la oferta y, contrario a lo que se hubiere podido anticipar, por la línea jurisprudencial que había abocado al estudiar la legalidad de otras disposiciones ya mencionadas, en las que se hacía una lectura desde la óptica de la razonabilidad o exceso en el uso de las facultades reglamentarias del Gobierno Nacional. En este momento la corporación concluyó que tal disposición no contravenía lo preceptuado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, sino que lo desarrollaba, toda vez que al ser la capacidad jurídica un requisito habilitante debe tenerse y acreditarse al momento de presentar la oferta y, por lo tanto, no es susceptible de ser saneada posteriormente<sup>20</sup>.

A nuestro juicio, en el análisis anterior, el órgano de cierre se enfocó más en el momento en que deben cumplirse y acreditarse los requisitos, que en el hecho relativo a que la capacidad jurídica al ser habilitante no es susceptible de ser puntuada, lo que permitiría, de conformidad con el contenido mismo del artículo 5 ibídem, ser subsanada, razonamiento que, *prima facie*, hubiere anticipado una declaratoria de nulidad del decreto en mención por desbordamiento de la facultad reglamentaria del poder ejecutivo.

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de enero de 2011, expediente 36.408.

Años más tarde, el Decreto 2474 de 2008 fue derogado por el Decreto 734 de 2012, por medio del cual se reglamentó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuyo contenido volvió a reproducir la disposición del artículo 10 del reglamento que derogó y, posteriormente, mediante Decreto 1510 de 2013, por medio del cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, se derogó la disposición aludida en el párrafo precedente y, contrario a lo que históricamente había venido sucediendo, ya no reprodujo las reglas de subsanabilidad de las ofertas.

El 26 de mayo de 2016 se expidió el Decreto 1082, el cual tampoco reprodujo la regla de subsanabilidad contenida en reglamentos anteriores, por lo que, en la actualidad, se aplica directamente el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007<sup>[21]</sup>.

Y, en cuanto a la determinación de los requisitos habilitantes el artículo 2.2.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, adujo que las entidades estatales deberían tener en cuenta al momento de establecer este tipo de condiciones los siguientes criterios: factores de riesgo, valor del contrato, análisis del sector económico y conocimiento de los posibles oferentes desde perspectivas comerciales; es de resaltar que tales circunstancias no las incluía la reglamentación anterior.

## 2. TRATAMIENTO DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

El 13 de junio de 2014, Colombia Compra Eficiente profirió la Circular Externa n.º 13, referente a la subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje, en la cual analizó de manera puntual las consecuencias de no acreditar con la presentación de la oferta los requisitos referentes a la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP) y la garantía de seriedad de la oferta.

Frente al primer aspecto, se adujo que, en los procesos de selección, los oferentes deben acreditar que se encuentran inscritos en el Registro Único de Proponentes, con la posibilidad de presentar su oferta antes de que tal documento adquiera firmeza, aduciendo que no es factible evaluar una oferta hasta que dicha inscripción se encuentre en firme. Por su parte, en lo que respecta a la presentación de la garantía de seriedad de la oferta, se estableció que la misma "puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación".

Adicional a lo anterior, frente a la subsanabilidad y los informes de evaluación, se expresó que si no se acreditó al momento de presentar la propuesta el cumplimiento de requisitos que no otorgan puntaje, es posible que el proponente

21 IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE, *El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al Decreto 1082 de 2015*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Legis, 2016, p. 18.

los subsane en cualquier momento, hasta antes de la adjudicación, caso en el cual se debe actualizar el informe de evaluación, que se puede dar a conocer en la audiencia de adjudicación.

Se añadió que, en observancia del principio de economía, la Administración debe decidir si otorga o no un término para la presentación de observaciones sobre el nuevo informe de evaluación, circunstancia que, vale resaltar, no se encuentra contemplada en la ley ni en los decretos reglamentarios.

Y en relación con la garantía de seriedad de la oferta, se advirtió que aquella puede acreditarse después de presentada la oferta y es subsanable hasta antes de la adjudicación, postura que resulta antagónica con lo manifestado por el Consejo de Estado en el Concepto del 6 de noviembre de 2008, en el que adujo que la garantía de seriedad es consustancial a la oferta y, pese a no tener relación con los factores de escogencia, es un requisito sustancial y obligatorio que debe tenerse y acreditarse al momento de presentar la oferta<sup>22</sup>.

La mencionada contradicción quedó zanjada con la expedición de la Ley 1882 de 2015, cuyo parágrafo 3 del artículo 5 prescribió que la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no es subsanable y será causal de rechazo de la misma.

Lo anterior admite entender que la Agencia Nacional de Contratación Pública, dentro de sus funciones de implementar y difundir instrumentos y herramientas para facilitar la contratación estatal y promover la transparencia, eficiencia, competitividad y mejores prácticas en la administración, entre otras, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4170 de 2011, se ha permitido plantear, por medio de circulares, regulaciones y restricciones más detalladas que las, que por medio del reglamento, se han introducido en el tema de subsanabilidad, situación que requiere una especial atención si se tiene en cuenta que, en varias oportunidades, como ya ha quedado de presente, el Consejo de Estado ha anulado disposiciones reglamentarias por exceder la ley que les sirve de fundamento.

### 3. REGLAS DE MODULACIÓN SUSTANCIAL DEL RÉGIMEN DE SUBSABILIDAD

Como quedó manifestado en el aparte precedente, la regla de subsanabilidad contenida en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 resulta de tan clara aplicación, por lo que en este acápite se buscará modularla a partir de uno de los principios que primigeniamente el legislador buscó desarrollar desde la expedición de la Ley 80 de 1993, esto es, la prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal. En este caso, como criterio que realmente permite determinar

22 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de noviembre de 2008, radicado 1927.

qué requisitos o documentos son susceptibles de ser saneados al interior del proceso de selección contractual y, que, para el efecto, desplaza el parámetro de la asignación de puntaje.

En el artículo 228 de la Carta Política de 1991, el constituyente prescribió que en las actuaciones de la Administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”, disposición que no agota su aplicación en sede judicial, sino que se ha extendido a las actuaciones surtidas ante la administración pública.

La Ley 1564 de 2012, en su artículo 11, continúo con la lógica de que el fin último de las formas y los procedimientos es la materialización del derecho sustancial y que, en todo caso, el administrador de justicia no debe exigir ni cumplir con formalidades innecesarias.

Por su parte, la Corte Constitucional ha explicado que si bien es cierto que el legislador tiene la competencia para definir las formas que en cada juicio, el ejercicio de la misma encuentra un claro límite en el respeto que debe observar por los fines y principios del Estado, la vigencia del principio de primacía de la realidad sobre las formas, la efectividad de los derechos fundamentales y de los valores fundantes de nuestra organización política y jurídica, tales como la igualdad, la justicia y el debido proceso, entre otros<sup>23</sup>.

Bajo estas disposiciones generales, no le está permitido a la Administración, al interior de los procesos de selección contractual, menoscabar los derechos de los oferentes y poner en riesgo el interés general rechazando las ofertas por excesivos formalismos que en nada aportan a la selección objetiva de la mejor propuesta, y transgreden entre otros el principio de economía, pues entre las manifestaciones de este se encuentra una gestión contractual orientada al logro efectivo de sus fines, lo cual requiere *no detenerse en aspectos formales*<sup>24</sup>.

En este sentido, a continuación se presentarán los razonamientos que el Consejo de Estado y algunos doctrinantes han utilizado al momento de estudiar el rechazo de las ofertas por el incumplimiento de requisitos: eminentemente formales (3.1); requisitos aparentemente formales que afectan la oferta (3.2); de otras formalidades que, al tenor de otras normas, resultan sustanciales para la validez de ciertos actos jurídicos (3.3); y de los que sin duda alguna son sustanciales (3.4).

### 3.1. REQUISITOS EMINENTEMENTE FORMALES

Cuando nos encontramos frente a un ofrecimiento que presenta falencias en requisitos o documentos meramente formales, se vislumbra que la regla de subsanabilidad de las ofertas contenida en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 no

23 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-496, del 5 de agosto de 2015, expediente D-10451.

24 JOSÉ LUIS BENAVIDES, *Contratos públicos. Estudios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 216.

desarrolla fehacientemente el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, pues los razonamientos que permiten aplicar dicho principio no se subsumen bajo el criterio de otorga o no puntaje, sino que requiere ser desplazado con el análisis relativo a si el permitir la corrección requisito ausente afecta o no el contenido sustancial de las ofertas.

En este evento, la aplicación del mencionado principio genera menos dificultades, claro está, si se atiende el sentido teleológico que el legislador quiso introducir con la expedición de la Ley 80 de 1993 y que fue adicionado con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, hoy modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, y no a la aplicación exegética y clara de esta norma jurídica.

La doctrina ha entendido que la Administración, frente a los defectos formales, puede, sin "terminar arreglando la propuesta presentada si es del caso y fundamentalmente si con ello no se termina arreglando una propuesta de un proponente descuidado o carente de requisitos, solicitar los documentos o información faltante"<sup>25</sup>.

En concordancia con lo anterior, dentro de la clasificación que la jurisprudencia ha realizado respecto de los requisitos relativos tanto a la oferta como a los proponentes, ha caracterizado los requisitos formales como aquellos que "atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal", cuya ausencia o falencia puede ser subsanada; en contraposición a los llamados subjetivos, referidos a las calidades, capacidades y condiciones de los proponentes y a los objetivos, relativos a los "aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión"<sup>26</sup>.

Se observa que en esta clasificación la subsanación no se predica de los requisitos subjetivos, que sería lo correcto si se atiende al tenor literal del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, por ser estos los llamados habilitantes, relacionados con los proponentes y no así con la oferta. Bajo esta óptica, la regla estudiada recaería, por el contrario, sobre los requisitos formales, lo que resulta, a nuestro parecer, una interpretación más acorde a la finalidad última del régimen de subsanabilidad, es decir, la prevalencia de lo sustancial. Tales formalidades, empero, necesitarán de algunos matices que se verán más adelante, relacionados con los casos en que las mismas terminan siendo sustanciales para la validez de ciertos actos jurídicos.

Se ha entendido entonces que la subsanabilidad de las ofertas se justifica en la medida en que es una regla dispuesta para garantizar la efectividad del principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal y la eficacia de los procesos

25 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p.212.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de junio de 2014, expediente 21.324.

contractuales, cuya finalidad es la de "asegurar el derecho a participar en el acceso a los contratos del Estado"<sup>27</sup>.

De igual manera, la regla de subsanabilidad, bajo el prisma de esta modulación, además de desarrollar el principio de prevalencia de lo sustancial, garantiza, entre otros, la materialización del principio de economía, el cual "busca fundamentalmente imprimir agilidad al proceso de contratación pública, para lo cual, se suprime trámites, requisitos y autorizaciones innecesarios que entraban, encarecen y dilatan dicho proceso"<sup>28</sup> y se constituye en una forma con la que cuenta la Administración para "salvar" el proceso de selección contractual cuando en su interior se presenten vicios meramente formales, pues únicamente aquellos que son de la esencia de la oferta puede conducir al fracaso de los mismos.

En este sentido, Dávila Vinueza ha entendido que existen dos posibilidades bajo las cuales es posible sacar avante el proceso contractual: por una parte, cuando sean los oferentes los que incurran en errores, caso en el cual será lo esencial de la omisión lo que determinará el rechazo o no del ofrecimiento, en concordancia con la teoría de la subsanabilidad de las ofertas y, por otra, cuando sea la administración la que incurrió en algún vicio, caso en el cual, de ser formales y siempre que no menoscaben el principio de igualdad, podrán ser saneados por medio de un acto administrativo motivado<sup>29</sup>.

Se comparte que es lo sustancial lo que debe determinar el rechazo o no de la oferta y, al mismo tiempo, la posibilidad de corregirla o no, pues el problema que subyace con la aplicación exegética de la regla contenida en artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 se refleja en el evento en que haya un error en un requisito meramente formal, pero no concerniente a los llamados habilitantes sino a los ponderables. Caso en el cual, *prima facie*, debería entenderse como no susceptible de subsanación, pero si se acude a la aplicación del principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal si resultaría serlo, quedando modulada tal regla.

En este sentido, Dávila Vinueza ha manifestado: "a nuestro juicio, incluso defectos formales sobre factores que generen puntaje, se pueden subsanar si con la documentación arrimada a la propuesta se puede perfectamente calificar y evaluar la oferta"<sup>30</sup>.

Por otra parte, de manera similar, al comentar el hoy modificado artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y, en ese entonces, el vigente artículo 10 del Decreto

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente 21.324.

28 LIBARDO RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 19.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Temis, 2015, p. 571.

29 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Legis, 2016, pp. 257-259.

30 Ibíd.

2474 de 2008, Suárez Beltrán manifestó que las reglas en ellos contenidas desarrollan el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal, bajo el cual, en caso de advertir alguna falla en las ofertas, se torna posible hacer el ejercicio comparativo de las mismas siempre que tal falencia no altere el contenido de lo que se compara.

De esta manera y de conformidad con la fuente legal, el doctrinante dividió lo "subsanable" en dos categorías:

a. Requisitos habilitantes, referentes a las condiciones de los proponentes, que permiten la comparación de las ofertas y no así su puntuación, los cuales, de acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, no alteran los factores de calificación, punto en el cual, el fin de la subsanación es de permitir que un oferente pueda pasar a la etapa de calificación.

b. Los documentos que soportan el contenido mismo del ofrecimiento, es decir, aquellos que no otorgan puntaje directamente pero que soportan el contenido de la propuesta; se cita, a modo de ejemplo, un manual que permite estudiar las características de un equipo, cuya ausencia puede subsanarse, lo que significa que la subsanabilidad recae en los soportes de la oferta<sup>31</sup>.

El Consejo de Estado, por su parte, ha entendido que la primacía del derecho sustancial, en vigencia de la Ley 80 de 1993, se aplicaba al momento en que, al evaluar las ofertas, se encontraban errores de carácter técnico, económico o jurídico, caso en el cual, la entidad contratante debía evaluar si tales irregularidades eran o no sustanciales, quedando facultada para corregir los que no ostentaban dicha calidad, a fin de no eliminar propuestas que pueden ser favorables.

Entonces, si bien la ley contractual prescribe que las ofertas deben ceñirse al contenido de los pliegos, no elimina la posibilidad de que la Administración solicite su corrección, cuando ello sea posible verbigracia, por no cotizar el componente de un ítem cuando en otros ítems si se ha cotizado o por no presentar recibo de pago de los pliegos de condiciones cuando dicha información reposa en la entidad<sup>32</sup>.

Así, se falló un caso en el que se presentó una oferta cuyo cotejo entre el formulario de precios no coincidía con el análisis de precios unitarios, ante lo cual, la administración corrigió el precio unitario consignado en el formulario, tomando como base el mencionado análisis.

El juez del contrato mencionó que el pliego de condiciones elaborado por la entidad pública había prohibido la corrección del dato del precio unitario y no así la falta de anotación de dichos precios, aceptando implícitamente que la Administración podía subsanar la falta de anotación de precios unitarios,

31 GONZALO SUÁREZ BELTRÁN, *La nueva contratación pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*, Bogotá: Legis, 2009, pp. 223-224.

32 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 2000, expediente 12.663.

acudiendo a otro dato suministrado por el oferente contenido en el análisis de precios, es decir, que se puede corregir el dato que resulta de la operación matemática pero no las bases de los precios.

En relación con el precio unitario-cantidades, concluyó que cuando tal aspecto no se ajusta exactamente al contenido del pliego, el contratante "debe" efectuar correctamente la operación matemática con los datos dados por el oferente y corregir el resultado<sup>33</sup>.

También se ha reprochado las exigencias puramente formales que en los pliegos de condiciones ha realizado la Administración, verbigracia, cuando se rechaza una oferta por adjuntar un pazo y salvo provisional del pago de impuestos territoriales expedido por la tesorería de la entidad contratante, frente a lo cual, se ha afirmado que tal aspecto es meramente formal, y por tanto, no genera como consecuencia el rechazo de una oferta, so pena de vulnerar el derecho que tienen los oferentes a que sus propuestas sean evaluadas, el principio de economía, eficiencia y eficacia, además del derecho a subsanar el incumplimiento de requisitos que no afectan la calificación de las ofertas y menos aún la selección objetiva<sup>34</sup>.

Iguales razonamientos se reiteraron frente a la falencia que pueda presentar el recibo de pago de los pliegos de condiciones, al analizar un caso en el que se alegó que la Administración no debió aceptar la propuesta de la adjudicataria por cuanto el recibo de compra de los pliegos de condiciones fue expedido a nombre de una sociedad diferente. El representante legal del oferente había explicado que tal circunstancia se debió a que el recibo de pago se expidió a nombre de la denominación social que se tenía prevista en un inicio para la sociedad participante, el cual tuvo que variar por cuanto ya existía otra persona jurídica con el mismo nombre.

Toda vez que en aquella eventualidad se logró demostrar que el adquirente de los pliegos era el mismo proponente y, que el cambio de denominación de la sociedad no implicaba alteración en el objeto ni esencia de la misma, se concluyó que tal circunstancia se encuentra dentro de los requisitos que son subsanables.

Si bien se comparte el argumento general sobre el saneamiento de las ofertas y la prevalencia de lo sustancial que en dicha oportunidad utilizó la máxima corporación, nos parece que tales premisas debieron efectuarse a la luz del régimen de las aclaraciones y explicaciones de la oferta, pues es un caso en el que no se presentaba la necesidad de corregir un requisito sino de explicar la forma en que fue presentado.

33 Ibíd.

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 21.324.

A modo de ejemplo, también puede resultar meramente formal la ausencia de declaración expresa del cumplimiento de una obligación contractual, frente a lo cual, se dio el caso en que la entidad contratante estableció como uno de los requisitos para participar en el proceso de selección que el contratista debía dotar al supervisor del contrato de un equipo de comunicación para estar en contacto con los puestos de vigilancia. A su vez, se dispuso que, en caso de ocurrencia del siniestro de perdida de bienes amparados, el contratista debía reconocer el 100% del deducible facturado a la Administración por la compañía aseguradora. El oferente no hizo una declaración expresa sobre el cumplimiento de dichos requisitos, por ende, su propuesta fue rechazada.

Respecto a tales exigencias, manifestó el Consejo de Estado que las mismas no eran más que un simple formalismo, pues dentro de las obligaciones del contratista, previstas en los pliegos de condiciones, se encontraba la de dotación de equipos y la de asumir el monto de las pérdidas en caso de hurto hasta el valor del deducible facturado a la contratante, por lo cual, así se hubiere exigido la declaración expresa del compromiso de dotar al supervisor de un equipo de comunicación y de asumir el mencionado pago, las mismas se entendían realizadas con la aceptación general del pliego de condiciones y con la minuta de contrato realizada en la propuesta. Adicionalmente, estos no eran aspectos que permitieran comparar las ofertas, por lo cual, la Administración violó el artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993 y el principio de prevalencia del fondo sobre la forma<sup>35</sup>.

De la mencionada providencia se desprende la regla implícita de que únicamente es posible rechazar una propuesta por el incumplimiento de un requisito, el cual, establecido en los pliegos de condiciones, sea sustancial y necesario para la comparación objetiva de los ofrecimientos hechos.

Hay otros supuestos en los que los errores formales, en la práctica, han generado consecuencias distintas a la exclusión del proponente del proceso de selección, como la disminución de puntaje por orden de presentación de ofertas, como sucedió en un caso en el que la entidad contratante, en la calificación de las ofertas y en atención a las cláusulas del pliego de condiciones, penalizó la propuesta de quien después fungiría como demandante, con la disminución de cinco puntos por no haber respetado el orden de presentación de los documentos que conformaban aquella.

Al respecto, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo advirtió que las cláusulas del pliego de condiciones deben sujetarse al objeto contractual y son válidas solo en la medida en que con ellas se pueda satisfacer, de manera real, el interés de la Administración, es decir, que deben ser útiles y necesarias

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 28.041, acumulado 28.598.

para que permitan efectuar una comparación de los aspectos sustanciales de las ofertas presentadas y, así, poder elegir la más favorable.

Y, en este entendido, el orden de presentación de los documentos no es útil al momento de efectuar una comparación objetiva de las propuestas y no tiene relación sustancial con la finalidad de la licitación pública, por lo que resolvió que dicha penalización no se ajustaba a derecho<sup>36</sup>.

Se observa entonces que si bien el imperativo legal es que los oferentes deben presentar sus propuestas de manera clara y completa, en la práctica es muy probable que estas se presenten con falencias y documentos ausentes, los cuales, en nada pueden alterar su contenido sustancial y, que por tanto, de no ser analizados bajo el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal, pueden conducir al rechazo injustificado e inconveniente de propuestas potencialmente favorables para la Administración.

### 3.2. REQUISITOS APARENTEMENTE FORMALES QUE AFECTAN LA OFERTA

Cuando hablamos de este tipo de requisitos nos referimos a aquellos que, en un principio, podrían catalogarse como subsanables por corresponder a los que no otorgan puntaje y no ser de los llamados ponderables, pero que resultan ser una parte sustancial de la oferta o pueden reflejar el alcance específico de la propuesta.

Ha sucedido, por ejemplo, en el caso en que se proporcione una información inexacta sobre la experiencia del proponente. De manera específica, el Consejo de Estado estudió la legalidad del rechazo de un ofrecimiento en el que el proponente incluyó dentro de su experiencia un contrato en el que había sido sancionado pese a que en el pliego de condiciones la entidad pública había establecido que se debía acreditar experiencia exitosa en contratos relacionados con el objeto de la licitación. Entendiendo por exitosa el hecho de que sobre ellos no haya recaído ninguna sanción ni se hubiere hecho efectiva la garantía única, estipulando que serían rechazadas las ofertas que contengan información o declaraciones relevantemente inexactas.

El juez del contrato manifestó que no cualquier *informalidad insustancial* habilita a la Administración para que rechace una propuesta, no obstante, en el caso concreto, se ajustó a derecho la descalificación de la oferta por cuanto la misma debía ceñirse de manera estricta al contenido de los pliegos de condiciones. Sin embargo, al relacionar una información imprecisa respecto a una experiencia que no fue exitosa, se afecta la comparación de las ofertas, es decir, que no solo debía rechazarse por la inobservancia del pliego sino también por lo preceptuado en el artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993.

36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16.041.

Adicionalmente se manifestó que, en estos eventos, a la luz de los principios de transparencia y buena fe, no solo es deber de la Administración establecer requisitos claros y objetivos, sino que también radica en cabeza del oferente la obligación de brindar información completa, clara y veraz, a fin de permitir y facilitar el estudio objetivo de las ofertas.

Se concluyó, entonces, que la experiencia es un requisito sustancial, necesario para la comparación de las ofertas, por lo cual, información inexacta acerca de la misma es un argumento válido para rechazar una oferta, en vigencia del artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993<sup>[37]</sup>.

Pese a que la ley aplicable en el ejemplo fue la 80 de 1993, se considera que los mismos razonamientos, sobre la experiencia, se deben efectuar en vigencia del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

Existen otros supuestos en que el oferente incurre en errores u omisiones que, en apariencia, serían susceptibles de ser subsanados, como es el tema de la no inclusión de un impuesto en una oferta, en los casos en que en los pliegos de condiciones no se ha manifestado expresamente la necesidad de dicha inclusión.

En estos casos se ha considerado que, por una parte, es necesario observar la norma fiscal en los aspectos de la contratación que así lo requieran y, por otra, que los pliegos de condiciones son susceptibles de ser interpretados, pues muchas veces contienen disposiciones confusas que pueden inducir a error a los oferentes, caso en el cual, el oferente tiene el derecho a subsanar su propuesta, en aplicación del principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, lo cual también resulta aplicable en los casos en que se presente la oferta incumpliendo requisitos meramente formales.

En ese sentido, para el Consejo de Estado se ajusta a derecho el rechazo de un ofrecimiento en el que no se incluya un impuesto (en el caso estudiado, el IVA), así la entidad contratante no haya establecido de manera expresa en los pliegos de condiciones la necesidad de incluirlo, pues es una obligación que conforme a la norma fiscal no es meramente formal<sup>[38]</sup>.

Similar cuestión sucede con los aspectos relacionados con el Registro Único de Proponentes (RUP), requisito con el que debe cumplir quien aspire contratar con el Estado, en el constará su experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, y cuyas falencias podrían tomarse a primera vista como de tipo formal.

Frente al registro, para el Consejo de Estado, en las modalidades de contratación en que este requisito es necesario, resulta válido que el oferente se inscriba en el RUP desde el mismo día en que vaya a presentar su oferta.

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 31 de agosto de 2015, expediente 37.463.

38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, expediente 54.919.

De esta manera, resaltó que una cosa es la inscripción en el RUP, que habilita al interesado para participar y contratar con el Estado, cuya ausencia no es subsanable, por ser un requisito esencial que debe tenerse al momento de presentarse la oferta y no con posterioridad y, otra, la falta de presentación de la certificación que acredite tal acto, lo cual sí resulta subsanable, pues es una prueba del cumplimiento de aquél.

Bajo el argumento anterior, se resolvió que no era posible rechazar una oferta cuyo certificado de vigencia de inscripción, clasificación y calificación en el Registro Único de Proponentes fue presentado después de presentada la misma, pese a que en los pliegos de condiciones se había establecido que tal documento debía haber sido expedido dentro de los treinta días anteriores a la fecha de su presentación, pues lo importante es que en este momento ya se haya efectuado la respectiva inscripción<sup>39</sup>.

Sobre el mismo tema, se extrajo, de manera expresa, las siguientes subreglas jurisprudenciales: a) la inscripción en el RUP debe efectuarse antes de la presentación de la oferta, es un requisito no subsanable; b) se puede subsanar el no aportar el Certificado del Registro; c) no es subsanable la falta de actualización en el RUP que se adjunta con la oferta<sup>40</sup>.

Si se parte del supuesto de que son las cámaras de comercio las que tienen en su cabeza la labor de verificación de las condiciones que habilitan al oferente para participar en un proceso de selección y si la entidad pública, por disposición legal, en un inicio no puede exigir a los mismos oferentes no les es posible aportar documentos adicionales a los utilizados para realizar la inscripción en el registro, no se comparte la posibilidad de que se pueda presentar una propuesta el mismo día en que se realiza la inscripción, menos aun cuando el RUP es plena prueba de las circunstancias que el consten, la razón es que en este momento tal acto no estaría en firme.

El Decreto 19 de 2012, por medio del cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración pública respecto a la verificación de las condiciones habilitantes de los proponentes, en el artículo 221, por el que se modificó el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, señaló que una vez la Cámara de Comercio publique el acto de inscripción en el RUP, cualquier persona puede interponer recurso de reposición, dentro de los diez días hábiles siguiente, sin necesidad de demostrar interés alguno y, que en todo caso, si se verifican graves inconsistencias se cancelará la inscripción en el registro.

Conforme a la citada norma, se observa que mientras el registro no esté en firme, cabe la posibilidad de que algún interesado interponga recurso y de que

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 10 de agosto de 2016, expediente 34.369.

40 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1.<sup>o</sup> de abril de 2016, expediente 47.145.

se verifique que las condiciones con las que el oferente se presentó al proceso de selección no son verdaderas o presenten inconsistencias que afecten la contratación que se pretende celebrar.

Se considera, entonces, que permitirse la inscripción en el RUP el mismo día en que se presente la oferta, es decir, sin que se encuentre en firme el registro, puede acarrear alteraciones al cronograma que la entidad ha establecido según las necesidades que busca satisfacer y puede generar que la evaluación realizada también presente inconsistencias, pues bien podría darse el caso de que se asigne el primer lugar a un oferente, cuya información registrada en el RUP posteriormente no se ajuste a las reglas de contratación, por lo cual, sería más conveniente que al momento de presentar las ofertas, tal requisito ya se encuentre en firme, más aún cuando el mismo constituye plena prueba de las condiciones habilitantes, sobre las cuales, como se verá más adelante, el Consejo de Estado ha manifestado que deben ostentarse e incluso acreditarse (según algunas posiciones) al momento de presentar la oferta, por lo cual, si deben cumplirse en ese momento, el documento que constituye su prueba debería estar en firme.

No es posible desligar el acto de registro de su firmeza, pues es en este momento cuando un acto administrativo puede surtir efectos jurídicos, cuando adquiere su carácter ejecutorio y obligatorio, hasta tanto no sea anulado por el juez contencioso administrativo, según lo consagrado en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011.

Colombia Compra Eficiente, por su parte, en la Circular n.º 13 de 2014, afirmó que los oferentes debían acreditar su inscripción en el RUP, incluso cuando presentaren su oferta antes de que la inscripción estuviere en firme, pero que entre tanto no exista firmeza la Administración no podría considerar la habilitación del oferente y evaluar su oferta.

Con esta manifestación se dejó abierta la posibilidad de que el proponente presente su oferta antes de que la inscripción en el RUP se encuentre en firme, no obstante, se resaltó que no es posible evaluar la misma hasta la firmeza de aquél.

Igual discrepancia genera esta posición, pues la habilitación del oferente no debe estudiarse al momento de la evaluación de las ofertas, es solo quien este habilitado previamente quien puede presentarse al proceso de selección, la evaluación sería una consecuencia de ello, y solo quien cumpla el requisito previo puede pasar a dicha etapa.

Frente a esta perspectiva de subsanabilidad, se puede concluir que es necesario analizar en cada caso en concreto si el requisito ausente puede afectar el contenido esencial de la oferta e incluso las calidades de los oferentes, pues al clasificarse estos como habilitantes y al parecer formales pueden generar que la Administración, *prima facie*, permita su corrección, cuando esta no es conveniente por tratarse de aspectos sustanciales que al ser subsanados modificarían o mejorarían el contenido de la oferta afectando entre otros, el derecho a la igualdad de los demás proponentes.

### 3.3. FORMALIDADES SUSTANCIALES DE CIERTOS ACTOS JURÍDICOS

Dentro de esta clasificación encontramos aquellos requisitos que no resulten necesarios para comparar las ofertas, que no otorguen puntaje y que son formales, pero que, conforme a otras normas que integran el ordenamiento jurídico, deben observar algunos elementos sustanciales para poder gozar de validez.

En eventos como este se refleja con mayor claridad la necesidad de modular la regla vigente sobre subsanabilidad, pues se parte del supuesto de que existen formalidades que son sustanciales y que por esta razón no pueden ser subsanadas, sin que para ello tenga relevancia que se trate de documentos que afecten o no la asignación de puntaje.

Se trata, verbigracia, de las notas a los estados financieros, la certificación, el dictamen y la rúbrica de los mismos, los cuales, a la luz de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, en la que la norma contable complementa a la contractual, son sustanciales al momento de acreditar la capacidad financiera de un proponente.

En primer lugar, habrá de resaltarse la importancia de los estados financieros, los cuales, al tenor de lo preceptuado en el Decreto 2649 de 1973, artículos 19 y 21, se constituyen en el instrumento que permite suministrar la respectiva información contable de una empresa, cuyo contenido refleja "la recopilación, clasificación y resumen final de los datos contables", y cuyo propósito, ya sea general o específico, permiten "evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos".

Según el contenido del artículo 37 de la Ley 222 de 1995, se entiende por certificación de los estados financieros la declaración que el representante legal de la empresa y el contador público realizan sobre la elaboración de estos, previa verificación de sus afirmaciones, de conformidad con el reglamento y con fidelidad a los libros de contabilidad.

Con fundamento en la mencionada normatividad, el Consejo de Estado, frente a la falta de certificación oportuna de los estados financieros, ha manifestado que la misma no puede ser allegada al proceso de selección contractual después del cierre de las ofertas, teniendo en cuenta, por una parte, que en virtud del numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, no es posible que el proponente adicione su propuesta, lo que se traduce en que adicionar a los estados financieros la certificación de los mismos recae en tal prohibición y, por otra parte, dicha imposibilidad deviene del contenido sustancial y no formal de tal requisito, al tener este la función de dotar de autenticidad a los mismos<sup>41</sup>.

El mismo razonamiento utilizó la alta corporación en lo concerniente a las notas de los estados financieros, frente a las que se ha establecido que de ninguna

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, expediente 38.696.

manera se constituyen en algo insustancial, pues forman parte integral de los mismos y son necesarias para el análisis de las cifras en ellos establecidas, ya que revelan información acerca de las prácticas contables y permiten tener información sobre cuentas usadas como base en las fórmulas para determinar la capacidad financiera de los proponentes.

Por esta razón, se avaló, por ejemplo, el rechazo de una oferta dentro de la cual el proponente incumplió la obligación, según lo preceptuado por el artículo 115 del Decreto 2649 de 1973, de revelar en las notas los activos y pasivos corrientes, que serían exigibles en un plazo no mayor a un año, pues estableció varias cuentas por pagar con un vencimiento menor a cuatro meses, lo cual no permitía tener certeza del capital de trabajo (establecido mediante la diferencia entre el activo corriente y pasivo corriente) y, adicionalmente, guardó silencio frente a las prácticas y políticas contables.

Lo anterior, con una argumentación que busca armonizar la posibilidad de subsanar una oferta con el principio de transparencia contenido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según el cual, para el caso en concreto, la capacidad financiera tenía que ser acreditada en la forma y tiempo establecido por la entidad en el pliego de condiciones, pues la reglas de estos fueron establecidas de manera clara, precisa y completa, debido a que en ellos se había contemplado la manera exacta en que se tenían que presentar las notas de los estados financieros, con fundamento en las normas contables aceptadas en Colombia<sup>42</sup>.

Por otra parte, el Decreto 2649 de 1973, en su artículo 33, dispone que los estados financieros dictaminados son los que se acompañan con la opinión profesional del contador público, quien ha procedido a examinarlos con sujeción a las normas de auditoría generalmente aceptadas en Colombia.

Frente a este aspecto se ha mencionado que la exigencia de aportar estados financieros debidamente certificados o dictaminados encuentra respaldo en las normas contables, especialmente en el Decreto 2649 de 1993, *en razón a que garantiza y desarrolla, entre otros, el principio de transparencia en materia contable*<sup>43</sup>.

Respecto al rechazo de una oferta por no presentar tal requisito, se ha mencionado que si bien es cierto las ofertas deben ceñirse, de manera estricta, a los pliegos de condiciones, la ley también limita la facultad que tiene la Administración de rechazar los ofrecimientos, prescribiendo que solo es posible cuando se incumplen requisitos que sean necesarios para la comparación de las ofertas.

Se explica entonces que los requisitos necesarios para la comparación de oferta tienen el carácter de sustancial y, por ende, no son subsanables, a

42 Ibíd.

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, expediente 30.161.

*contrario sensu*, aquellos que no permiten tal comparación, son puramente formales y susceptibles de subsanación.

Por parte del dictamen a los estados financieros, se recuerda que la ley exige que en algunos casos sea un sujeto diferente a quien se encargó de la contabilidad –revisor fiscal– el que emita un concepto acerca de la concordancia de dicha contabilidad con la ley y los estatutos de la empresa y si el balance de pérdidas y ganancias concuerda con los libros contables, entre otros aspectos, es decir, que el revisor fiscal da fe pública de que los estados financieros se ajustan a la real capacidad financiera del proponente.

Entonces, la presentación de los estados financieros certificados y dictaminados, de conformidad con las normas contables, no se constituye en un excesivo formalismo, ya que, por una parte, tales aspectos permiten conocer, de fuentes fidedignas, la real capacidad financiera del oferente, necesaria para comparar los ofrecimientos presentados, para garantizar el posterior cumplimiento del objeto contractual y para efectuar una contratación transparente, objetiva y en condiciones de igualdad, y por otra, devienen de la transparencia que el legislador ha tratado de implementar en materia contable.

En este sentido, la exigencia de aportar estados financieros debidamente certificados y dictaminados (por revisor fiscal) es un formalismo que, de conformidad con las normas contables, resulta sustancial y no excesivo. Por tanto, no es posible subsanar la ausencia de dicho requisito<sup>44</sup>.

Finalmente, nos referimos a la firma de los estados financieros por el contador público, la cual, al igual que los anteriores requisitos, puede entenderse como meramente formal pero cuya relevancia se pone de presente si se considera que la misma hace presumir la legalidad de la información que avala. Teniendo en cuenta que el profesional en contaduría otorga fe pública en materia contable, según lo prescribe la Ley 43 de 1990 en su artículo 10, lo que convierte al requisito en una formalidad sustancial.

En el año 2014, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió el caso de rechazo de la oferta por la falta de firma del contador público. Si bien es cierto que realizó un estudio de la norma contable, concluyó que la entidad pública debió darle la posibilidad al oferente de corregir su oferta, pues tal requisito no era evaluable en la licitación, es decir, que no era necesario para la comparación de las ofertas, al tenor del artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, resultaba ser insustancial, susceptible de ser subsanado<sup>45</sup>.

Por el contrario, en el año 2016, la Subsección C de la misma corporación procedió a realizar razonamientos que sustentan la sustancialidad de dicho

44 Ibíd.

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25.804.

requisito, resaltando que el parámetro para medir la importancia de los requisitos existentes al momento de presentar la oferta es el fondo y no la forma, por lo que no es posible generalizar la posibilidad de sanear la capacidad financiera de un ofrecimiento, todo dependerá de cada caso en concreto y del impacto del requisito incumplido en el negocio jurídico, pues el derecho que tiene el oferente de subsanar no es absoluto por cuanto también se debe garantizar el derecho a la igualdad.

Bajo el entendido de analizar cada caso en concreto, se permitió subsanar una oferta con la ausencia de la firma del contador, pero teniendo en cuenta que el oferente si bien es cierto no allegó los estados financieros debidamente suscritos por el contador público, sí presentó en debida forma la certificación a los mismos, la cual otorgó fe pública de la autenticidad y veracidad de tales documentos.

Se explicó que el requisito ausente no afectó la propuesta presentada en los aspectos sustanciales del negocio jurídico, pues no alteró de manera alguna la capacidad financiera inicialmente presentada, es decir, que se consideró como un aspecto meramente formal.

De esta manera, el razonamiento bajo el cual se acepta el saneamiento de la ausencia de firma en el cuerpo mismo de los estados financieros con la certificación de los mismos garantiza la efectividad de los principios de encomia y transparencia, ya que de conformidad con el artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 se encuentra prohibido el rechazo de un ofrecimiento por aspectos formales. Además, permite la participación de los oferentes en igualdad de condiciones y de manera equilibrada, pues la ausencia del requisito estudiado no alteró la condición financiera con la que se presentó el proponente<sup>46</sup>.

Si bien es cierto que del pronunciamiento jurisprudencial más reciente se puede concluir que la firma de los estados financieros por el contador público es una formalidad sustancial que no podría ser subsanada, su ausencia se podría suplir con la existencia de la certificación de los mismos, pues este documento reviste de autenticidad a la información en ellos contenida.

Se comparte la anterior conclusión, empero, no es posible olvidar que si bien tal premisa se extrae de una sentencia reciente, que estudia el tema desde una óptica diferente a la estudiada por la misma subsección en el año 2014, no sería correcto afirmar que tal subregla tiene efectos totalmente vinculantes, pues no es posible equiparar dicho pronunciamiento a un verdadero precedente judicial, el cual "se configura como una auténtica norma, como una conjunción de un 'supuesto de hecho y una consecuencia jurídica', al igual que las demás reglas jurídicas"<sup>47</sup>.

46 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 38.696.

47 CARLOS BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 178.

Dentro de este tipo de requisitos, también podemos encontrar algunos relativos a la representación de una sociedad comercial oferente, punto en el que el poder o habilitación del representante legal, pese a que se refleja por la forma, es sustancial.

No obstante lo anterior, se ha permitido la subsanación del mencionado requisito, no por su formalidad, sino porque su ausencia no afecta la condición de fondo, que es la capacidad de la sociedad, como verdadero oferente, el requisito entonces debe corregirse por cuanto sin representación la sociedad no puede actuar.

Se trata, por ejemplo, de casos en que el representante legal de la sociedad oferente se encuentra facultado para contraer obligaciones y ejecutar contratos por un monto menor al valor total de la oferta realizada por la entidad pública, tema en el cual resulta necesario armonizar la norma contractual con la regulación que de la capacidad ha realizado la ley civil y mercantil.

Al respecto, se ha diferenciado la capacidad legal de la figura de la representación, la cual permite que una persona natural o jurídica pueda actuar y obligarse por intermedio de otra, lo que se traduce en que la limitación que pueda tener el representante legal de la sociedad no implica necesariamente que aquella no sea capaz de celebrar un negocio jurídico.

Así, en el caso de la representación de las sociedades comerciales, la misma se encuentra circunscrita al contrato social, a las directrices de los órganos sociales y, frente a la ausencia de estipulaciones, se enmarca dentro del objeto social de la empresa, como así lo dispone el artículo 196 del Código de Comercio.

Entonces, según el artículo 884 ibídem, en los eventos en que el representante legal de la sociedad se encuentre limitado para celebrar el negocio jurídico, la autorización de la junta de socios, la junta directiva o la asamblea general para comprometerla sí es susceptible de ser subsanada, y su ausencia no genera el rechazo de la oferta, siempre y cuando el proponente hubiere contado con la respectiva autorización del órgano social antes de la presentación de la oferta o se hubiere ratificado el acto por el interesado, la cual tiene efectos retroactivos.

En casos de tales limitaciones, se ha afirmado que la Administración puede solicitar al oferente que aporte al proceso la respectiva autorización, por ser este un requisito formal, de conformidad con el principio de economía desarrollado en el artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993<sup>[48]</sup>.

En el año 2015 se volvió a reiterar lo expuesto con antelación. De manera expresa, la máxima corporación definió la siguiente subregla: "La no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para comprometer hasta por determinada cuantía

48 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20.688.

a la persona jurídica, según el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con la capacidad jurídica para la presentación de la oferta<sup>49</sup>.

Las mismas razones jurídicas se han utilizado en cuanto atañe la limitación de otro tipo de actuaciones, como la de constituir una unión temporal y la autorización expresa para celebrar un contrato, reiterándose que el hecho de que el representante legal de la sociedad comercial tenga limitaciones para obligarla no se traduce en que aquella no ostente capacidad para contratar, capacidad que siendo un requisito habilitante no es subsanable<sup>50</sup>.

En los supuestos citados con precedencia se puede observar que la forma misma del requisito es parte sustancial del acto, pues sin aquella este no tendría validez y, por tanto, no permitiría reflejar el alcance específico de la propuesta y de las calidades con las que deben contar los oferentes al momento de presentarse a un proceso de selección.

### 3.4. REQUISITOS EMINENTEMENTE SUSTANCIALES

En este aparte podemos vislumbrar requisitos que han sido tratados por la jurisprudencia como eminentemente sustanciales, pese a que pueden tratarse de aquellos que no otorgan puntaje, pero que por su esencia no son susceptibles de ser saneados.

Se trata, por ejemplo, del requisito habilitante de la capacidad jurídica del oferente, la cual ha sido considerada como sustancial, por cuanto habilita al oferente para participar en el proceso contractual y le permite la posterior ejecución del objeto del mismo, razón por la que debe tenerse y acreditarse al momento de presentar la oferta.

En este sentido, se ha afirmado que no le es posible participar en un proceso de selección quien carezca de capacidad jurídica y adquirirla en el transcurso de este, habilitándose retroactivamente como proponente.

Lo anterior por cuanto la contratación pública es un instrumento que permite la prestación eficaz de los servicios públicos a cargo del Estado, finalidad que merece exigir que los colaboradores de la administración (contratistas) tengan la suficiente capacidad jurídica, experiencia, condiciones técnicas, financieras y de organización, pues es la vía de garantizar el interés general, entendido como un principio que se constituye en un *presupuesto básico y determinante del ejercicio de la función administrativa*, que trae consigo la necesidad de que toda actuación de la Administración pública procure el cumplimiento de fines estatales y no de los intereses particulares de quienes se encuentren vinculados

49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 40.660.

50 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 29.855.

a aquella, generando que cualquier desviación de este precepto desencadena la nulidad de un acto o contrato<sup>51</sup>.

De manera específica se estudió el caso de una unión temporal que, al momento de presentar su oferta, no contaba con capacidad jurídica en una de las sociedades integrantes, pues su objeto social no contemplaba una de las actividades que hacían parte del objeto contractual, por lo cual fue descalificada, pese a que, con posterioridad al cierre de la licitación, intentó subsanar la oferta acreditando, en la audiencia de adjudicación, el cambio del objeto social de la mencionada sociedad.

Cuando se habla de este requisito se hace referencia a la capacidad legal o de obrar de las personas jurídicas, la cual, de conformidad con la norma comercial, se circumscribe a su objeto social, dentro del que existen unas actividades principales manifestadas de forma expresa en los respectivos estatutos, otras que son accesorias, es decir, que se relacionan directamente con el objeto principal y, finalmente, aquellas que se requieren ejecutar para poder ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que nacen por la sola existencia de la sociedad<sup>52</sup>.

Los mismos razonamientos se han realizado con respecto a la capacidad residual del proponente, la cual debe acreditarse al momento de presentar la oferta y cuya sustancialidad no permite que su ausencia sea subsanada.

Se demandó un caso en el que el oferente no registró un contrato vigente al momento de la presentación de la propuesta, con la justificación de que el mismo no tenía un valor determinado y, por tanto, no resultaba útil para conocer su capacidad máxima de contratación, lo que adicionalmente trajo como consecuencia que en la carta de presentación de la propuesta se certificara una capacidad residual no acorde a la realidad, por lo que su propuesta fue descalificada.

El Consejo de Estado manifestó que el contrato no registrado por el proponente, en efecto, disminuía su capacidad residual de contratación y, además, violaba la obligación que tienen las personas que quieren contratar con el Estado de inscribir todos los contratos ejecutados y en ejecución en el Registro Único de Proponentes, siendo este un requisito que debe cumplirse al momento de la presentación de la oferta y que al ser sustancial no es subsanable<sup>53</sup>.

En este aparte se puede vislumbrar que, por vía jurisprudencial, se ha otorgado el carácter de no subsanables a requisitos habilitantes, que, en un inicio, de conformidad con la norma, serían susceptibles de serlo, sin embargo, son

51 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 370.

52 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de mayo de 2016, expediente 55.401.

53 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1.º de abril de 2016, expediente 47.145.

indispensables para que el futuro contratista pueda colaborar con la Administración para el cumplimiento de sus fines, es decir, que son sustanciales.

Conforme a todo lo expuesto, resulta posible concluir que en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado ha analizado la legalidad del rechazo de las ofertas, partiendo de la premisa general de que los aspectos meramente formales que no afectan su contenido sustancial, por una parte, no son título suficiente para descalificar el ofrecimiento y, por otra, su ausencia es susceptible de ser saneada, con independencia a si el requisito otorga o no puntaje.

#### 4. RECLAS DE MODULACIÓN PROCESAL DEL RÉGIMEN DE SUBSANABILIDAD

Estudiado como está el régimen de la subsanabilidad de las ofertas desde la órbita de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, en este acápite nos centraremos en poner de presente criterios que modulan esta regla, mayormente, en aspectos de índole procesal, como es el momento en que se deben cumplir los requisitos de la oferta (4.1), en dilucidar si la misma es considerada un derecho del proponente o una facultad de la administración (4.2) y cuáles son sus límites (4.3), pues son circunstancias de las que no ha emanado una jurisprudencia pacífica y en la práctica han generado diversas formas de interpretación y aplicación.

##### 4.1. MOMENTO EN QUE SE DEBEN CUMPLIR LOS REQUISITOS

Resulta de relevante importancia estudiar el momento en el que quienes desean contratar con el Estado deben cumplir con los requisitos necesarios para tal efecto, pues la posibilidad de corregir las ofertas potencializa el riesgo de que en ese intento se vaya estructurando la oferta a lo largo del proceso contractual, lo cual, sin duda alguna, contravine, entre otros, el principio de la buena fe, el cual, "plantea como elementos básicos el de la confianza, la credibilidad, la aceptación y, sobre todo, la seguridad. En esta perspectiva conlleva inevitablemente a un elemento psicológico de credibilidad y, por tanto, de estabilidad emocional de los asociados"<sup>54</sup>.

Por lo anterior, resulta menester integrar la regla de subsanabilidad contenida en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 con las disposiciones consagradas en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, como una manera de modular aquella, pues si bien existe la posibilidad de subsanar, es necesario establecer, en estos precisos términos, cuál es la condición para su procedencia.

54 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 115.

Entonces, la Ley 80 de 1993 prohíbe de manera expresa en su artículo 30 que los oferentes completen, adicionen, modifiquen o mejoren su ofrecimiento, encontrándose aquí un claro límite al régimen de la subsanabilidad de las ofertas, pues de violar este precepto, se contraviene también la igualdad de los demás proponentes, como uno de los principios rectores que rigen la contratación estatal.

El Consejo de Estado ha establecido que los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas o que no constituyan los factores de escogencia son susceptibles de ser subsanados, con respeto del principio de transparencia e igualdad y con el límite que traía, en su momento, el ya derogado Decreto 2474 de 2008 referente a que solo resultaba posible subsanar las circunstancias ocurridas o que se hayan cumplido antes del cierre del respectivo proceso, pues no es posible que se vaya estructurando la oferta a medida que se desarrolla el proceso de selección<sup>55</sup>.

Pese a que en la actualidad el Decreto 1082 de 2015 y la norma que consagra la regla de subsanabilidad no manifiestan nada al respecto, se considera que si bien es cierto con el Decreto 2474 de 2008 el ejecutivo excedió su potestad reglamentaria, lo cierto es que se comparte la premisa de que no pueden ser subsanadas las circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Se tiene entonces que la regla de subsanabilidad debe interpretarse en consonancia con los numerales 6, 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y, en ese sentido, los proponentes tienen la obligación de presentar sus ofertas ajustadas a las reglas establecidas en los pliegos de condiciones y con todas las pruebas de los requisitos habilitantes, pues no es posible que las vayan modificando y ajustando a su conveniencia particular a medida que avanza el proceso de selección.

Es decir que, de manera general, se ha aceptado que los requisitos de un ofrecimiento deben cumplirse a la fecha de presentación de la oferta, por lo cual, no es posible subsanar aquellos que se cumplan con posterioridad, en otras palabras, lo que resulta subsanable es la prueba y no el requisito habilitante o el contenido de la propuesta<sup>56</sup>.

Sobre este tema, se consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: a) si la póliza que ampara la seriedad de la oferta es un requisito subsanable, y b) si en caso de serlo, es posible constituirla después de la fecha de cierre del proceso.

Al respecto, frente al primer interrogante, se manifestó que el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008 no modificaron la regulación que frente a la póliza de seriedad de la oferta traía el numeral 19 del artículo

55 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de noviembre de 2008, radicado 1927.

56 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, radicado 1992.

25 de la Ley 80 de 1993, pues se continuó prescribiendo que toda oferta que se presente a la Administración debe estar acompañada de una garantía de seriedad.

Al tenor de la mencionada normatividad, se afirmó que no es posible de ninguna manera presentar un ofrecimiento sin la póliza que garantice su cumplimiento, pues resulta claro que tal requisito no es meramente formal ni voluntario. Por el contrario, resulta sustancial, pues si el proceso contractual no puede resultar exitoso a causa de incumplimiento del oferente que no tiene un real interés en contratar, ello implicaría que la Administración incurra en costos innecesarios que afectarían el interés general y los derechos de los demás proponentes.

Lo anterior, bajo el entendido de que la regla de subsanabilidad de las ofertas debe estudiarse en armonía con el querer del legislador de que solo se presenten los proponentes que hayan garantizado en debida forma la seriedad de sus ofrecimientos.

La póliza de seriedad de la oferta se constituye entonces en un elemento esencial de la misma, pues aquella significa que quien realiza el ofrecimiento, en caso de que el mismo sea aceptado, se está comprometiendo a cumplir con todas las obligaciones derivadas de un contrato y, toda vez que una interpretación en otro sentido vulneraría los principios de moralidad, transparencia, celeridad, economía y eficacia en la gestión pública.

Bajo las anteriores premisas se adujo que, al no relacionarse la póliza de seriedad con los factores de escogencia, sus defectos pueden subsanarse, pero únicamente cuando esta se haya presentado a tiempo, pues la misma se debe acreditar con la presentación de la oferta, es decir, que *su falta de entrega con la oferta no es subsanable*. Por tanto, la entidad estatal no puede aceptar una póliza que se haya constituido con posterioridad al vencimiento del plazo para presentar las propuestas<sup>57</sup>.

No obstante el mencionado pronunciamiento, el Consejo de Estado en otras oportunidades, cuando se ha citado, a modo de ejemplo, lo que es susceptible de ser saneado por no otorgar puntaje, se ha enlistado: "la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, *la ausencia y errores en la garantía de seriedad*, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc."<sup>58</sup> (bastardillas fuera de original).

Se entiende que la ausencia en la garantía de seriedad de la oferta abre la posibilidad de que la misma sea constituida con posterioridad al cierre del proceso. En todo caso, se comparte la posición que tomó la Sala de Consulta

57 Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de noviembre de 2008, radicado 1927.

58 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, radicado 29.855.

y Servicio Civil del Consejo de Estado, pues si bien la garantía de seriedad de la oferta no es un elemento que otorga puntaje, sí es sustancial e indispensable para que la Administración pueda cumplir sus objetivos por medio de la contratación Estatal, en condiciones de eficiencia y economía tanto de tiempo como de recursos.

Hoy en día, con la expedición del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, quedó dirimida la mencionada discusión, pues en el parágrafo 3 se estableció que "la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma".

En sentido similar, aunque en relación con otro tipo de requisito, cuando se demandó el inciso final del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, el cual consagraba que no era posible subsanar la falta de capacidad para presentar la oferta, por considerar que el ejecutivo desbordó su potestad reglamentaria, al ser la capacidad jurídica un requisito habilitante que no otorga puntaje y que por tanto podía ser subsanada; la máxima corporación de lo contencioso administrativo resaltó que hacer parte de un negocio jurídico implica disponer de los derechos de los que se es titular, por lo cual únicamente lo pueden celebrar aquellos que tengan capacidad, la cual, al ser un requisito que habilita al proponente para presentar su oferta, de conformidad con el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, debe ostentarse al momento de presentar la misma.

Es decir que la norma en mención prohíbe a quien no posea capacidad jurídica participar en un proceso de selección y que pueda adquirirla hasta el momento de adjudicación, pues ello implicaría una habilitación retroactiva como proponente.

En resumen, conforme al fallo de simple nulidad y otros pronunciamientos posteriores, para la máxima corporación la capacidad jurídica debe tenerse al momento de presentar la propuesta y no puede ser subsanada ulteriormente<sup>59</sup>.

Iguales razonamientos se presentaron respecto al saneamiento de las notas a los estados financieros y la certificación a los mismos, frente a los que se adujo que no podían ser allegados con posterioridad a lo establecido por la entidad, pues de ninguna manera le es posible a un oferente mejorar la capacidad financiera presentada inicialmente, la cual debe ser demostrada en las condiciones de fondo y de forma establecida en los pliegos de condiciones como la manera de garantizar que la participación en el proceso contractual se efectué en igualdad de condiciones, sin que sea posible que algunos completen con posterioridad su oferta para cumplir con el requisito que exige la entidad<sup>60</sup>.

59 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de enero de 2011, expediente 36.408.

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, expediente 38.696.

Conforme a lo expuesto y, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, según el cual, durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso; se vislumbra que uno de los límites al régimen de la subsanabilidad de las ofertas, además del contenido en el mencionado artículo, también se desprende del contenido del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 según el cual no es posible a un proponente modificar, adicionar o mejorar su ofrecimiento.

#### 4.2. CLÁUSULAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES FRENTE A LA SUBSANABILIDAD

Toda vez que los pliegos de condiciones, por su doble naturaleza, se constituyen, por una parte, en un acto administrativo que regula todo el procedimiento de selección del contratista, cuyas reglas son de carácter obligatorio para las partes y, por otra, una vez adjudicado el proceso mutan y se incorporan como parte del contrato, convirtiéndose en cláusulas contractuales<sup>61</sup>, resulta relevante estudiar la relación que existe entre su contenido y el régimen de la subsanabilidad de las ofertas.

De conformidad con el Estatuto de Contratación Estatal, artículo 24 numeral 5, literal b, los pliegos de condiciones deben contener unas reglas objetivas, claras, justas y completas, y en concordancia, al tenor del artículo 30 numeral 2 ibídem, la entidad contratante tiene el deber de elaborar este acto administrativo detallando en él todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar tendientes a garantizar dicho imperativo legal.

El Consejo de Estado ha entendido por reglas *objetivas* aquellas que cierran la posibilidad de que el resultado del proceso de selección sea fruto de estimaciones o criterios personales de quien evalué las ofertas, por lo que deben ser fijadas con fundamento en evaluaciones, estudios técnicos, económicos, jurídicos, de conveniencia y oportunidad; por reglas *justas*, las que posibilitan seleccionar al mejor oferente, es decir, el que pueda ejecutar el objeto contractual, marco en el que es importante que prevalezcan sus condiciones sustanciales sobre los meros formalismos; por *claras*, que deben ser redactadas de tal manera que la interpretación que de ellas realice la dependencia de Administración que las elaboró sea la misma que puedan efectuar los proponentes y quienes se encarguen de la evaluación y calificación de las ofertas; y finalmente, *completas*, es decir, que su aplicación no esté supeditada a preceptos externos o ajenos al pliego de condiciones o que respecto de ellas no exista certeza de cuáles son los elementos que las conforman, "por vía de ejemplo, cuando se remita

61 EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 46.

'al estado del arte o de la ciencia' en un específico ámbito del saber técnico, científico o especializado"<sup>62</sup>.

La consecuencia directa de la aplicación de las precitadas reglas radica en que, de tener una ruta de navegación para ejecutar el proceso de selección con tales características, los proponentes presentaran sus ofrecimientos de la misma manera, garantizando, por una parte, que la escogencia del futuro contratista sea objetiva, atienda el interés general, y por otra, que se disminuya el riesgo de que se declare desierto el aquél.

En este orden de ideas, una elaboración adecuada de los pliegos de condiciones es un instrumento que permite la materialización del principio de transparencia, según el cual, la elección de un contratista tiene que tener un procedimiento previo, con unas reglas claras y objetivas que vinculen a las partes y guíen de "antemano todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue"<sup>63</sup>.

La transparencia, entonces, además de permitir una contratación alejada de intereses subjetivos, se constituye en la base para garantizar que los oferentes participen en condiciones de igualdad, como parámetro indispensable para que la contratación estatal cumpla con su finalidad. Al respecto, la doctrina ha manifestado que este es un principio vinculante, inderogable e inmodificable que se concreta en el deber de la administración de efectuar procedimientos administrativos de manera previa a la celebración del contrato, que permitan la participación de todos los que puedan contratar con el Estado<sup>64</sup>.

Conforme a lo anterior, se observa que si bien es cierto que la entidad contratante goza de autonomía al momento de confeccionar los respectivos pliegos, a fin de satisfacer sus particulares y reales necesidades, ese margen de discrecionalidad se encuentra limitado por los elementos reglados del acto administrativo en general (competencia, motivos, fin perseguido), por los principios generales del derecho y los de la función administrativa que rigen toda la actividad contractual del Estado, la cual está dispuesta para garantizar el interés general, que en el ámbito de estudio se cumple con la selección del contratista cuya propuesta sea la más favorable y útil para el cumplimiento de aquel<sup>65</sup>.

Entonces, es de tener en cuenta que el legislador no solo estableció lo que la Administración debe hacer u observar en los pliegos de condiciones,

62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, expediente 24.059.

63 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, expediente 54.919.

64 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida*, óp. cit., pp. 191-192

65 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 14 de marzo de 2013, expediente 24.059.

sino que también introdujo una serie de prohibiciones que se deben analizar al momento de elaborar los mismos, las cuales también están dispuestas para evitar actuaciones arbitrarias y desproporcionadas, verbigracia, el introducir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento o el consignar reglas que induzcan a error a los oferentes<sup>66</sup>.

Adicional a lo mencionado, artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 reguló una de las posibilidades de rechazo de las ofertas (diferente al rechazo por incurrir en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por incumplir algún requisito habilitante o por ser la conducta del oferente o el contenido de su propuesta contraria a la ley), estableciendo, como ya se ha estudiado, cuál es el único título válido para el efecto.

Por lo expuesto, la Administración no cuenta con la facultad de establecer, por vía de acto administrativo, causales de rechazo de las ofertas distintas a las estipuladas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones, pues esta constituye una facultad reglada que prohíbe establecer causales tendientes a descalificar los ofrecimientos por la ausencia de requisitos mínimos o intrascendentes<sup>67</sup>.

Cuando hablamos de causales de rechazo, no podemos dejar de lado el tema de la subsanabilidad de las ofertas, pues lo subsanable o no va a determinar si el requisito ausente realmente se puede constituir en una causal de descalificación.

Para la máxima corporación de lo contencioso administrativo existe un claro límite frente a las causales de descalificación de una oferta que puede establecer la entidad pública, en el marco de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, hoy modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, no obstante, se considera que tal limitación empieza a perder claridad cuando la norma que le sirve de fundamento no ha sido objeto de aplicación uniforme, pues, como ya se ha demostrado, en múltiples ocasiones ha tenido una aplicación matizada. Por ejemplo, por la prevalencia del fondo sobre la forma, por lo cual la Administración, de seguir el tenor literal de la ley, puede establecer cláusulas que posteriormente pueden ser y, en efecto, han sido anuladas por el juez del contrato en virtud de este principio.

Además de las diversas interpretaciones que se ha dado a la norma, es de tener en cuenta que la ley no contempla una lista taxativa o simplemente enunciativa de requisitos que se pueden o no subsanar para tener claridad cuál sería la específica causal de rechazo, como sucede en la legislación de la Nación argentina, en la que el reglamento establece unas causales de desestimación de las ofertas no subsanables y otras que sí lo son. Esto significa que no es tan fácil calificar que el exceso en el que pueda incurrir la Administración sea

66 Ibíd.

67 Ibíd.

ostensiblemente violatorio de las disposiciones superiores, más aún cuando al establecer las causales también se deben tener en cuenta otras normas que integran el ordenamiento jurídico, lo que en la práctica permite muchos equívocos por parte de la contratante.

En todo caso, tenemos que las cláusulas de los pliegos de condiciones que contravengan los postulados de transparencia, o en general de las disposiciones legales en que deben fundarse, pueden ser controladas por el juez del contrato, inaplicadas por el juez administrativo por la vía de excepción de ilegalidad y son castigadas por el legislador con su ineficacia de pleno derecho, como así lo prescribe el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Ineficacia que ha sido entendida como "un juicio de valoración negativa que se materializa de pleno derecho", y que implica "una sanción *in limine* con que el ordenamiento castiga los actos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres", la cual también encuentra su razón en el hecho de que el contrato que busca celebrar es protegido por el ordenamiento jurídico solo en la medida en que cumpla con su función económico-social y con los parámetros que el Estado impone para el ejercicio de los intereses, pues de no ser así sobreviene una destrucción del acto y sus efectos<sup>68</sup>.

Bajo este supuesto, se declaró la ineficacia de pleno derecho de una cláusula contenida en el pliego de condiciones de una licitación pública que tenía por objeto adjudicar la concesión de un juego de apuestas permanentes (*chance*) en el departamento de la Guajira, cuyo contenido pretendía calificar con mayor puntaje la experiencia que los proponentes acreditase dentro del mismo departamento.

Para la corporación, la precitada cláusula además de violar el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, también contravino las disposiciones contenidas en el artículo 3 ibídem, según el cual, la Administración está llamada a cumplir con las finalidades estatales, pero también a garantizar los derechos que quienes colaboran para tal finalidad, es decir, de los contratistas<sup>69</sup>.

Respecto al tema de la descalificación del ofrecimiento por la ausencia de requisitos no necesarios para la futura comparación de las ofertas, se estudió el caso (referenciado en el primer aparte), en el que en los pliegos de condiciones se estableció que se penalizaría la oferta con la disminución de puntaje en caso de allegarse en un orden diferente al exigido, por no numerarla correctamente y por no numerarla. En ese momento se recordó que la mencionada cláusula solo podía ser válida en la medida en que se hubiere circunscrito al objeto del contrato a celebrar y observado las reales necesidades que la Administración

68 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 11 de mayo de 2015, expediente 34.510.

69 Ibíd.

pretendía satisfacer, no obstante, al consagrar un aspecto meramente ritual se tornó ineficaz de pleno derecho<sup>70</sup>.

También se ha manifestado que, por regla general, las ofertas deben sujetarse de manera estricta al contenido de los pliegos de condiciones, y que únicamente es posible rechazarlas por el incumplimiento de requisitos, que encontrándose previstos en el pliego, son necesarios para hacer un ejercicio comparativo de las propuestas, es decir, de los sustanciales<sup>71</sup>.

La anterior afirmación da a entender que la primera condición para poder rechazar un ofrecimiento es que los requisitos incumplidos se hayan establecido en los pliegos, lo cual llama la atención, pues el requisito se puede tachar de incumplido en virtud de una ley o reglamento, y no necesariamente de lo consagrado o no en tal acto administrativo, por lo cual, si el documento ausente, pese a no estar previsto en el pliego, viola disposiciones superiores, debe generar el rechazo de la oferta.

En este entendido, se puede concluir que si en los pliegos de condiciones se establece como causal de rechazo de una oferta el incumplimiento de un requisito que no es sustancial, tal disposición se torna ineficaz de pleno de derecho si existe un requisito o documento ausente, que en razón de otras normas que integran el ordenamiento jurídico es necesario para la validez de ciertos actos jurídicos y afecta la esencia del negocio jurídico, aun cuando la entidad no haya establecido expresamente que tal ausencia conduce al rechazo, esta tendría que ser la consecuencia ineludible, pues si bien el contenido de los pliegos es vinculante, prevalecen sobre estos las disposiciones de superior jerarquía normativa.

#### 4.3. LÍMITES TEMPORALES

En este acápite se hará referencia al plazo o término con el que cuentan los oferentes para corregir los requisitos o documentos requeridos por la Administración, como otra de las formas de limitación a la regla absoluta de la subsanabilidad de las ofertas.

En un primer momento, el legislador había establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que las entidades públicas podían solicitar todos aquellos documentos que no afecten la asignación de puntaje, *en cualquier momento, hasta la adjudicación*, salvo en los procesos de subasta, en los cuales, pueden ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Se observaba, en vigencia del mencionado artículo, la existencia de un vacío legal, pues la norma resultaba expresa en manifestar cuál era el plazo

70 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 15.188.

71 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de noviembre de 2015, expediente 51.376.

exacto para el saneamiento de las ofertas, lo que en la práctica ha generado diversas interpretaciones.

En su momento, el Decreto 2474 de 2008 estableció la posibilidad de que se pueda subsanar "hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones", sin embargo, tal prescripción fue declarada nula por el Consejo de Estado. Esto debido a que consideró que el ejecutivo estaba restringiendo el límite establecido por el legislador y que la regulación sobre-pasaba la potestad reglamentaria, ya que la Ley 1150 de 2007 señala que la documentación ausente se puede solicitar hasta la adjudicación –entendiendo que es posible corregir los requisitos hasta el momento previo a la celebración de la audiencia de adjudicación–, no obstante, el reglamento abría la puerta para que la entidad pública pueda, en los pliegos de condiciones, adelantar dicho momento para sanear la oferta.

Adicionalmente, por cuanto el decreto estudiado *desconoció el requisito de necesidad* al regular de diferente manera un tema que ya había sido establecido de manera clara por el legislador<sup>72</sup>, es decir que, para la máxima corporación, no existía ningún vacío legal frente al plazo para subsanar una oferta.

Bajo este entendido, la Administración no podía fijar el plazo para subsanar la oferta, pues la norma prescribe que es hasta el momento de la adjudicación, incluso en la misma audiencia.

Pese a la mencionada posición y declaratoria de nulidad, un mes después, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que cuando surja la necesidad de requerir al proponente para que subsane el ofrecimiento, la Administración debe otorgar para el efecto, en igualdad de condiciones, un plazo razonable anterior a la adjudicación o la realización de la subasta.

Se explicó que la acepción "hasta la adjudicación" debía entenderse como "hasta antes de la adjudicación", ya que únicamente es posible adjudicar un contrato cuando se haya constatado el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para poder celebrar el mismo.

Lo anterior, en primer lugar, por el significado mismo de la palabra "hasta", la cual expresa un límite de tiempo que no puede ser interpretado como incluso hasta la adjudicación y, adicionalmente, por cuanto tal precepto debe estudiarse de manera sistemática con las demás normas contractuales<sup>73</sup>.

Sin dejar a un lado que, entre un pronunciamiento de nulidad y un concepto, el primero es de efectos vinculantes, es posible observar que existe contradicción, pues conforme al segundo, se podría reabrir nuevamente la posibilidad de que la Administración establezca un plazo para subsanar, cuando tal facultad ya había sido anulada por desbordamiento de la potestad reglamentaria.

72 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36.054.

73 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, radicado 1992.

Alguna parte de la doctrina no comparte esta posición, pues se ha considerado que si se permite que la Administración establezca un plazo razonable para sanear, puede darse el caso en que de presentarse un solo proponente al proceso de selección y el cual allega por fuera del término establecido por la contratante los documentos que le permiten cumplir con todos los requisitos, se puede llegar al *absurdo* de tener una propuesta completa, pero que debe ser rechazada, por no cumplir a tiempo con el requerimiento, lo que conllevaría a la declaratoria de desierto del proceso de selección y a la necesidad de tener que abrir nuevamente otra convocatoria, con violación flagrante del principio de economía.

En este orden de ideas, se entiende que una vez cumplido el plazo razonable para sanear, la entidad estaría autorizada para rechazar la oferta, no obstante, si antes de adjudicar el contrato el oferente allega la información requerida, en aplicación del principio de selección objetiva, de la primacía de lo sustancial sobre lo formal y de contar con el mayor número de oferentes, en caso de que el interesado cumpla con todos los requisitos, se deberá habilitar su propuesta<sup>74</sup>.

Se comparte la posición del mencionado autor respecto a que la entidad puede habilitar una oferta si aún no ha sido adjudicado el contrato únicamente en los casos en que se presente un solo oferente, pues tendría menos efectos adversos estudiar los requisitos presentados por fuera del plazo fijado por la entidad para subsanar que tener que declarar desierto todo el proceso de selección; no obstante, se disiente en los casos en que haya más de un proponente, ya que en este evento se disminuye el riesgo de tener que convocar a un nuevo proceso, sumado al hecho de que el permitir corregir por fuera del plazo potencializa la posibilidad de contravenir el derecho a la igualdad y el debido proceso de los demás oferentes, por lo cual, se considera que si el interesado no cumple con el término para sanear, su oferta debe ser descalificada.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, como lo ha manifestado en algunas oportunidades el Consejo de Estado, debe haber una ponderación entre el derecho del proponente a subsanar, corregir o aclarar una oferta con el derecho y deber que tiene la Administración para llevar a cabo el proceso de selección hasta su terminación, conforme a los principios de eficiencia, economía y celeridad, pues no es posible que se estanke el proceso cuando el proponente no cumple con el plazo para subsanar que le otorga la entidad y tampoco que la Administración no tenga seguridad jurídica para tomar las decisiones, que frente a las propuestas incompletas o con errores, haya lugar<sup>75</sup>.

En la actualidad, el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 precisó cuál es el momento para subsanar, estableciendo que los oferentes deberán entregar los

74 ERNESTO MATALLANA CAMACHO, *Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*, 4.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 408-410.

75 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 27.986.

documentos o información solicitada por la Administración hasta el término de traslado del informe de evaluación correspondiente a cada modalidad de selección<sup>76</sup>, salvo lo dispuesto para procesos de mínima cuantía y subasta, so pena de que se rechace su ofrecimiento.

Se considera que la consecuencia que se atribuye al incumplimiento del plazo para subsanar la oferta se compadece con el contenido del artículo 25.1 de la Ley 80 de 1993, según el cual, los términos de cada una de las etapas de proceso de selección son "preclusivos y perentorios" y, además, elimina la inseguridad jurídica que sobre el tema se venía presentando en la práctica contractual.

Así entonces, la posibilidad de sanear inicia desde el momento en que empieza la etapa de evaluación hasta el vencimiento del término de traslado del informe de la misma.

## CONCLUSIONES

Estudiada la regla de subsanabilidad de las ofertas hoy contenida en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, se observó que el problema jurídico de la misma no devendía de su interpretación, ya que fue planteada por el legislador de manera clara y precisa. Se encontró entonces que el inconveniente subyacía de su aplicación taxativa o exegética.

La aplicación de la regla de subsanabilidad de las ofertas debe ser modularizada y limitada a partir de la valoración del principio de primacía de lo formal sobre lo sustancial y de aspectos de índole netamente procesal, que permiten integrarla de manera más armónica con todo el entramado jurídico.

Enmarcándonos en el aspecto material, la asignación o no de puntaje no debe ser el parámetro diferenciador para determinar qué requisitos pueden ser o no subsanados, siendo entonces el principio de prevalencia de lo formal sobre lo sustancial el que verdaderamente encierra el sentido teleológico de la norma y se convierte en el instrumento para lograr los fines esenciales de la contratación estatal.

Por otra parte, se vislumbra que, además de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, existen en el ordenamiento otras disposiciones, como la imposibilidad de modificar, mejorar o adicionar la oferta, la preclusión de los plazos, la igualdad en que deben participar todos los proponentes, la buena

76 Para licitación pública, el término de traslado del informe de evaluación es de cinco días hábiles (numeral 8, artículo 30, Ley 80 de 1993); para procesos de selección abreviada de menor cuantía, la entidad estatal debe publicar el informe de evaluación de ofertas durante tres días hábiles (artículo 2.2.1.2.1.2.20, Decreto 1082 de 2015); en el concurso de méritos, dicho informe se debe publicar durante tres días (artículo 2.2.1.2.1.3.1, Decreto 1082 de 2015).

fe contractual, entre otros, de igual manera limitan la aplicación de la regla estudiada.

La jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado no ha sido pacífica al momento de resolver asuntos relacionados con la subsanabilidad de las ofertas, por lo tanto, se observó un alto margen de inseguridad jurídica, lo cual pone en riesgo la efectividad del principio de igualdad. Además de implicar que quienes participan en un proceso de selección puedan usar diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, según su caso y conveniencia particular, pues es factible afirmar que no existe un precedente judicial en el tema, ya que la mayoría de reglas que se pueden extraer de los fallos proferidos por el Consejo de Estado tienen la naturaleza de *obiter dictum*, cuya fuerza vinculante no permite hablar de un verdadero precedente.

Hoy en día, la expedición de la Ley 1882 de 2018 genera un mayor grado de seguridad jurídica al momento de aplicar la regla de subsanabilidad de las ofertas, pues zanja algunas discusiones que no resultaban pacíficas al momento de interpretar y aplicar la norma, verbigracia, el plazo para subsanar y lo realmente susceptible de ser saneado refiriéndonos a las circunstancias ocurridas con anterioridad al cierre del proceso de selección.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *Contratos públicos. Estudios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BERNAL PULIDO, CARLOS. *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Legis, 2016.

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *Forma y contenido del contrato estatal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

FAJARDO GÓMEZ, MAURICIO. "Diferenciación entre requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones", en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

GONZÁLEZ LÓPEZ, EDGAR. *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO. *El derecho de la contratación pública en Colombia Análisis y comentarios al Decreto 1082 de 2015*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Legis, 2016.

GÓMEZ SIERRA, FRANCISCO. *Constitución Política de Colombia anotada*, Bogotá: Leyer, 2010.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. *Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*, 4.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*, 19.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Temis, 2015.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo. Contratación independida*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

SUAREZ BELTRÁN, GONZALO. *La nueva Contratación Pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*, Bogotá: Legis, 2009.

SUAREZ BELTRÁN, GONZALO. *Estudios de derecho contractual público*, Bogotá: Legis, 2014.

#### JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de C-029, expediente D-668.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-183, expediente D-6447.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-713, del 7 de octubre de 2009, expediente D-7663.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-496, del 5 de agosto de 2015, expediente D-10451.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2001, radicado 1373.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de noviembre de 2008, radicado 1927.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de mayo de 2010, radicado 1992.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10.217.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11.344.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 2000, expediente 12.663.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 15.188.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16.041.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, radicado 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447, acumulados.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36.054.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de enero de 2011, expediente 36.408.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20.688.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, expediente 24.059.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 28.041, acumulado 28.598.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, expediente 38.696.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25.804.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, expediente 21.324.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de junio de 2014, expediente 21.324.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 27.986.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 29.855.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2014, expediente 21.321.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, expediente 30.161.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 11 de mayo de 2015, expediente 34.510.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de junio de 2015, expediente 31.211.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2015, expediente 40.660.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 31 de agosto de 2015, expediente 37.463.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de noviembre de 2015, expediente 51.376.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, expediente 54.919.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente 38.696.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1.<sup>o</sup> de abril de 2016, expediente 47.145.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de mayo de 2016, expediente 55.401.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 10 de agosto de 2016, expediente 34.369.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente 21.324.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente 45.607.

#### INSTITUCIONAL

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, Circular externa n.º 13 del 13 de junio de 2014.