

La subsanabilidad en la modalidad de selección por licitación pública, en los procesos de contratación estatal.¹

Johann Diderick Granados Ordoñez.²

Laura Lucia Alonso Turizo.³

Resumen.

El Estatuto general de contratación desarrolló a través del principio de economía, el principio constitucional de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, el cual es la base fundamental del derecho a la subsanabilidad de las ofertas en los proponentes, posteriormente la Ley 1150 (2007) estableció que aquellos documentos faltantes no necesarios para la comparación de propuestas no servirían de título suficiente para el rechazo de la oferta, por lo tanto, aquellos requisitos que no sean objeto de puntaje por tanto podrán ser solicitados por la entidad y posteriormente la Ley 1882 (2018) en materia de subsanabilidad introdujo dos nuevos conceptos los cuales hacen referencia a: I) El termino dentro del cual los proponentes pueden allegar aquellos documentos que no sean sujetos de puntaje. II) La prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

En consecuencia, el presente artículo desarrolló en su capítulo 1, el marco conceptual en materia de subsanabilidad abordando la Constitución Política de Colombia y teniendo como base los principios allí establecidos, continúa observando la ley y las posturas por parte de la

¹ Artículo producto del proyecto de investigación titulado “La subsanabilidad en la modalidad de selección por licitación pública, en los procesos de contratación pública” de la Maestría en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.

² Administrador de Negocios Internacionales, especialista en finanzas públicas, especialista en contratación estatal, candidato a magister de la Universidad de Medellín. Email: Johann.granados@hotmail.com

³ Abogada, especialista en contratación estatal, candidata a magister de la Universidad de Medellín. Email: laualonso1412@gmail.com

Jurisprudencia, Colombia Compra Eficiente y por último la doctrina. El capítulo 2, se centra en determinar la diferencia entre subsanar, completar, adicionar, modificar o mejorar la oferta. Por último, se logró concluir que sí es posible modificar y adicionar documentos a la propuesta siempre y cuando estos no otorguen puntaje y acrediten hechos anteriores al cierre.

Palabras Clave:

Subsanabilidad, Licitación Pública, proponentes, modificar, hechos posteriores.

Introducción.

Actualmente la contratación pública en Colombia cuenta con un marco jurídico extenso, iniciando por el Decreto 222 de 1983 el cual regía inicialmente en material contractual, posteriormente vino el Estatuto general de contratación de la administración pública en el año 1993, el cual ha tenido una serie de modificaciones empezando por la Ley 1150 (2007) entre otros. Dentro del actuar administrativo y contractual se puede encontrar un tema el cual ha sido fuente de grandes controversias como es la subsanabilidad de las ofertas, y es que, en materia de contratación pública la subsanabilidad de las ofertas no aplica de la misma manera para todas las modalidades, de allí que la norma hace cierta diferencia entre aquellas modalidades en las que asignan puntaje y las que no se asignan puntaje. La subsanación es un derecho que la ley le ha otorgado a los proponentes en aras de garantizar el principio de selección objetiva establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 (2007) modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 (2018), el cual lo que busca es la escogencia de la oferta que resulte ser más ventajosa para la entidad. El presente artículo conlleva el planteamiento del problema propuesto en la investigación a partir de las diferentes controversias que suceden a diario en los distintos procesos contractuales en todo lo que tiene que ver con subsanación.

La piedra angular que dio bases para conceptuar y reglamentar la subsanabilidad tiene como principio el artículo 228 constitucional y es el principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, el cual fue ratificado y desarrollado por el principio de economía establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 el cual establece en resumen que las autoridades no deben exigir autenticaciones, sellos, ni cualquier formalidad salvo cuando la ley de forma explícita lo establezca.

Ahora, la jurisprudencia en Sentencia del Consejo de estado con Radicado N°: 66001-23-33-000-2017-00373-01 se ha encargado de orientar dentro de los procesos de selección qué es subsanable y qué no es subsanable dejando en algunos casos vacíos sobre su postura, como por ejemplo: la postura de la jurisprudencia dicta en resumen que todo lo que no otorgue puntaje es subsanable de igual forma aquellos documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de propuestas, también la jurisprudencia ha planteado que aquello que modifique, complete, adicione o mejore una propuesta no es subsanable. Y de esta interpretación nace una primera controversia en cuanto a determinar que se entiende por mejorar una propuesta.

Debido a lo anterior, se denota un problema que se ha identificado en cuanto al marco de la subsanabilidad, y es, la diferencia que existe entre subsanar, modificar, completar, adicionar o mejorar las ofertas y las aclaraciones que la entidad pueda solicitar al contratista en virtud de lo establecido en el numeral 7 y 8 del artículo 30 de la ley 80 de 1993 el cual estipula que se debe establecer un plazo razonable, para que la entidad pueda realizar las respectivas evaluaciones de las propuestas y de esta manera pueda solicitar las aclaraciones y explicaciones que sean necesarias, por lo cual, de aquí surge una pregunta y es ¿Cuáles son los elementos conceptuales que lleva a la aplicabilidad de los requisitos de subsanabilidad de los diferentes conceptos normativos en la modalidad de licitación pública? ya que una mala interpretación de esta podría

llevar a incurrir en violación a los principios de la contratación estatal y función administrativa lo cual podría traer consigo consecuencias de tipo civil, disciplinario, fiscal y hasta penal si fuera el caso.

La metodología empleada del presente artículo fue la jurídico – dogmático y teórica - conceptual ya que lo que se quiere es llenar un vacío que la ley ha dejado en materia de subsanabilidad como por ejemplo la diferencia entre completar, adicionar, mejorar, aclarar o subsanar errores en una oferta presentada bajo la modalidad de Licitación Pública. El enfoque metodológico de este artículo es de carácter cualitativo, teniendo en cuenta la naturaleza de los datos ya que se apoya en conceptos, jurisprudencia y análisis de casos y controversias donde el núcleo central es la subsanabilidad de las ofertas. Su eje central es sobre una perspectiva interpretativa que busca aportar un punto de vista actualizado centrado en el entendimiento de la regla de la subsanabilidad.

Para responder a dicha pregunta de investigación se ha planteado como objetivo general determinar la aplicabilidad de los requisitos de subsanabilidad y los diferentes conceptos normativos por la modalidad de licitación pública. El cual busca sea el horizonte y el camino para poder encontrar respuesta a objetivos específicos los cuales son: i) análisis y aplicabilidad del concepto de subsanabilidad según norma y jurisprudencia en la modalidad de selección por Licitación pública. ii) Identificar las diferencias de conceptos normativos y jurisprudenciales entre los conceptos de subsanar, completar, modificar y aclarar los errores que puedan darse en la presentación de las ofertas de los proponentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, el primer capítulo se encontrará las principales posturas acerca de la subsanabilidad de las ofertas principalmente en la Constitución Política de

Colombia, en el Estatuto general de contratación de la administración pública, en la jurisprudencia, en la postura por Colombia Compra Eficiente, en la doctrina y en los artículos científicos.

De esta manera, en el segundo capítulo se identificará la definición de subsanar, modificar, aclarar y su aplicabilidad en los procesos contractuales, se determinará a través de la norma y la jurisprudencia la diferencia entre los conceptos de subsanar las ofertas, y, completar, modificar y aclarar los errores que puedan darse en la presentación de las ofertas de los proponentes, y, posteriormente se analizarán casos reales de aplicabilidad a la regla de la subsanabilidad en el Municipio de Betulia – Santander y el Departamento del Guainía.

Desarrollo y Discusión.

Capítulo I.

La subsanabilidad en la licitación pública.

Cuando se habla de contratación pública y se ahonda más específicamente en la subsanabilidad de las ofertas, se tiene que hacer énfasis en que el Estatuto general de contratación de la administración pública es un estatuto de principios, y que dichos principios están directamente ligados a los preceptos enmarcados en la Constitución Política de Colombia, dentro de los cuales el principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal establecido en el artículo 228 Constitucional toma gran relevancia, toda vez que, este es piedra angular en materia de subsanabilidad. Además de que este principio es eje principal para poder entender y aplicar la subsanabilidad que lleva al desarrollo del principio de economía establecido en el artículo 25 de la Ley 80 (1993), y está estrechamente ligado al principio de selección objetiva establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de (2007). El Consejo de Estado mediante sentencia con Radicación

número: 68001-23-31-000-2001-01182-01(41198) (26/02/2018) ha preceptuado que el principio de lo sustancial sobre lo formal consiste en no rechazar propuestas por aquellos requisitos o documentos que puedan considerarse meramente superfluos, formales o intrascendentes, que fueren exigidos por la administración. En el evento que estos hayan sido ausentes no será razón suficiente para rechazarlas o desestimarlas, lo cual constituye una garantía del cumplimiento del principio de igualdad, selección objetiva y transparencia en el proceso de selección, es decir, la falta de documentos que no afecten de manera esencial la propuesta o sean intrascendentes para determinar su favorabilidad, será inadmisiblesu rechazo.

Por otra parte la Constitución Política de Colombia en su artículo 29 establece que el debido proceso deberá aplicarse en todo tipo de actuaciones administrativas y judiciales, ahora como es bien sabido cada modalidad de contratación tiene su respectivo procedimiento reglado en el Decreto 1082 (2015) y/o demás normas que lo adiciones o modifiquen según sea la modalidad, ahora en cuanto al procedimiento por licitación pública dentro de su etapa precontractual podemos encontrar: A) Un procedimiento y tiempos establecidos para la etapa de publicación del proyecto de pliego de condiciones, B) posteriormente, una etapa para responder las respectivas observaciones al proyecto de pliego de condiciones. C) Seguidamente, una etapa para la publicación del pliego de condiciones definitivo. D) una etapa para expedir adendas E) un término para la presentación de ofertas. F) una etapa para evaluar, y finalmente G) Una etapa para el término del traslado del informe de evaluación el cual es el tiempo que tendrán los oferentes para poder subsanar y/o aclarar aquellos documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de propuestas que son susceptibles de subsanación según lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1882 (2018). Ahora, es claro hacer énfasis que el Parágrafo 3 del artículo 1 ibidem, establece que en los procesos por licitación pública, el informe de

evaluación deberá ser publicado en la plataforma Secop por un término de cinco (5) días hábiles, termino en el cual los oferentes podrán hacer las respectivas observaciones y además entregar los documento o información requeridos por la entidad, es decir, las entidades que adelanten procesos por licitación pública deberán salvaguardar el principio del debido proceso dándole aplicabilidad al procedimiento establecido en el artículo 1 de la Ley en mención, ahora, también cabe resaltar que el principio del debido proceso constitucional está directamente ligado al principio de economía establecido en el artículo 25 de la Ley 80 (1993) el cual establece que los términos que se señalen deberán ser preclusivos y perentorios, y que el tiempo y la etapa para subsanar es en el término del traslado del informe de evaluación como anteriormente se expuso.

Por otra parte, se presentan los principios de la función administrativa a partir desde la constitución Política de Colombia en su artículo 209 ha hecho énfasis en que el actuar administrativo debe primar los intereses generales sobre los particulares y debe desarrollarse sobre los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Ahora, integrando dicho mandato a las reglas de subsanabilidad, es claro, que los oferentes en un proceso de selección tienen el derecho a subsanar aquellos documentos que sean objeto de subsanación y que la aplicabilidad de los principios constitucionales y administrativos es base fundamental para cumplir los fines esenciales del estado. Aquí, cabe hacer énfasis en lo establecido en el artículo 8 y 25 de la convención interamericana de derechos humanos el cual exige la aplicabilidad de garantías procesales en cualquier tipo de procedimiento ya sea judicial o administrativo a los interesados.

Al analizar la subsanabilidad desde el estatuto general de contratación, se observa que no incluyó dentro de dicha norma la palabra taxativa “subsanar” para hacer referencia a la posibilidad que tenían los proponentes de resarcir aquellos documentos que por cualquier motivo

no fueran presentados de manera correcta. Ahora, dentro del principio de economía en el inciso 2 del numeral 15 artículo 25 ibídem, dejó abierta una posibilidad para poder resarcir dicha situación la cual predicaba que aquellos documentos o requisitos ausentes o faltantes innecesarios para la comparación de propuestas no servirían de título suficiente para el rechazo de aquellas propuestas. Ahora, dicho inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 (2007), de igual forma dicha norma debía interpretarse ligada a lo establecido en los artículos 7 y 8 del artículo 30 de la misma Ley 80 (1993), los cuales permitían a las entidades estatales señalar un plazo para que los proponentes tuvieran la oportunidad de pronunciarse y aclarar situaciones que se estimen indispensables, pero con la condición de que los oferentes no pudieran completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

El vacío jurídico y normativo que había en aquella época llevó a rechazar ofertas que en el papel parecían una buena opción para la entidad en cuanto al principio selección objetiva se refiere, ofertas que eran rechazadas por ejemplo por no contener la firma del representante legal o por no contener la firma del contador que avalara los estados financieros o por no presentar algún certificado exigido, eran rechazadas debido a la interpretación errónea por parte de las entidades del numeral 8 del artículo 30 Ibídem.

No obstante, nuevas disposiciones legislativas como la Ley 1150 (2007) tuvo cambios significativos y se dio claridad a las entidades sometidas al Estatuto general de contratación, uno de esos cambios principales fue el principio de selección objetiva establecido en dicha ley, el cual hace distinción entre, requisitos habilitantes y criterios ponderables o puntuables, que van ligados a las capacidades de cada proponente por ejemplo los requisitos habilitantes hacen referencia a la capacidad jurídica, financiera, organizacional, técnica y de experiencia mientras los criterios ponderables hacen referencia a aquellos como resultado de la operación costo -

beneficio o calidad – precio que si otorgan puntaje. En cuanto, a que la norma en mención haya hecho la distinción entre requisitos a los cuales se le otorga puntaje, así como a los que no se le otorgan, trajo más claridad a las entidades a la hora de interpretar y aplicar la subsanabilidad de las ofertas estableciendo que la ausencia de documentos innecesarios para comparar propuestas y que no tienen el carácter de asignación de puntaje podían ser solicitados en cualquier momento hasta el momento de su adjudicación.

Es decir, la ley hizo claridad en no rechazar aquellas ofertas por la falta de documentos o ausencia de requisitos innecesarios para la comparación de propuestas e hizo énfasis en aquellos requisitos que no afectarán la asignación de puntaje podrían ser solicitados por las entidades hasta el momento de la adjudicación salvo en la modalidad por subasta. Aun así, no había un término definido para subsanar las ofertas y para aquella época la subsanación de documentos se podía lograr hasta el momento previo a su realización, de igual forma, no existía un criterio definido sobre la subsanación y circunstancias ocurridas con posterioridad.

Ahora bien, el artículo 5 de la Ley 1882 (2018) juega un papel muy importante en cuanto a materia de subsanabilidad, ya que por primera vez se incluye la palabra “subsanar “dentro del marco normativo, es necesario mencionar que dicha ley modificó el artículo 5 de la Ley 1150 de (2007) y que hasta la fecha no se ha introducido modificación alguna. Por lo cual, en materia de subsanabilidad la norma actual vigente se encuentra en la ley anteriormente mencionada. Uno de los principales cambios sustanciales que se dio en materia de subsanabilidad es: I) El término para poder subsanar las ofertas el cual es hasta el término del traslado del informe de evaluación salvo en los procesos por subasta y mínima cuantía. II) El énfasis en la prohibición de subsanar acreditando circunstancias ocurridas una vez hecho el cierre de propuestas. III) Impuso una causal de rechazo taxativa la cual es la no entrega de la garantía de la seriedad de la oferta y por

último para aquellos procesos bajo la modalidad de Mínima cuantía y Subasta los documentos referentes a la futura contratación podrán ser solicitados hasta el momento previo a su realización, tal como se puede observar a continuación.

Profundizando en cuanto a la licitación pública, según lo anterior, la ausencia o falta de documentos que no sean sujetos de asignación de puntaje deberán ser solicitados por la entidad y entregados por el proponente hasta el término del traslado del informe de evaluación y en caso de que el proponente no allegue dichos documentos en el término anteriormente señalado generará causal de rechazo. Cabe resaltar que, si bien es cierto, la norma otorga la posibilidad de subsanar a los proponentes aquellos documentos que no sean sujetos de asignación de puntaje, estos deben cumplir con un requisito adicional el cual es que los documentos que vayan a aportar no acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso según lo establece la misma norma *ibídem*. Ahora, en cuanto a lo anterior, diferentes autores destacados como López Rodríguez (2018) plantea que el problema jurídico no tiene como raíz la interpretación de la misma, ya que fue planteada inicialmente por el legislador de manera clara y precisa. Se encontró que el inconveniente nace a partir de la aplicación exegética y que la aplicabilidad de la regla en materia de subsanabilidad de las ofertas debe ser modulada a partir del principio de la primacía de lo formal sobre lo sustancial y de esta manera integrarla armónicamente dentro del entorno y contexto jurídico pág. (305-306), y es, en este mismo punto en donde es necesario poder determinar que se entiende por hechos posteriores al cierre ya que Melo (2019) plantea que no se pueden acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre, es decir con posterioridad al plazo para recibir las ofertas (Pag 84).

Por otra parte, el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. ha establecido un recuento de lo que ha sido la evolución en materia de subsanabilidad en

el marco jurídico colombiano, su posición frente a la subsanabilidad se da a partir del artículo 228 constitucional en el cual se da prevalencia a lo sustancial sobre lo formal toda vez que anteriormente a dicho marco normativo, prevalecían las formalidades, hechos por el cual se rechazaban ofertas que pudieran tener mejores ofrecimientos en la relación costo – beneficio que otras. Por lo cual se da prevalencia a lo establecido inicialmente al inciso 2 art 15 Ley 80 (1993) el cual fue derogado y posteriormente introducido por el artículo 5 de la Ley 1150 (2007), el cual establecía que la falta de documentos referentes a la futura contratación que no sean necesarios para comparar propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de la oferta. Es decir, en esa primera instancia lo primero que había que valorar es que si el documento a subsanar era sujeto de comparación o no. Ahora el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 (2007) derogó el inciso dos del inciso 2 numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 (1993) en la cual trajo más claridad sobre lo que es la subsanabilidad en la cual introdujo varias diferencias entre aquellos procesos que cuentan con puntaje y aquellos que no y dispuso que todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante, lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Es decir todos aquellos documentos que no sean sujetos de puntaje podían ser subsanados por lo tanto por ejemplo la falta de algún certificado como el de existencia y representación legal o el mismo registro único de proponentes, errores en la garantía de la seriedad de la oferta, alguna autorización por parte del representante legal se tornaban como subsanables toda vez estos no otorgan puntaje, de allí empezó también un controversia e incorrecta interpretación del artículo 30.8 de la Ley 80 de 1993 la cual prohíbe completar, modificar, adicionar o mejorar la oferta, por

lo cual la sentencia concluye que el documento subsanable es aquel que no se le otorgue puntaje y se puede corregir dentro del plazo establecido por la entidad.

De igual manera, el Consejo de Estado mediante expediente N° 40660 de fecha 29 de julio de 2015 hace un análisis importante desde el enfoque administrativo invocando el artículo 209 constitucional el cual insta a que en las actuaciones de la administración debe primar el interés general sobre el interés común y estos deben estar ceñidos a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Es claro que dichas actuaciones son aplicables en materia de contratación estatal. Ahora, no cabe duda que de la misma manera que a la actividad contractual deben aplicarse los principios en materia administrativa debe aplicarse el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal fijado en el artículo 228 Constitucional. En dicha sentencia la corporación sostiene que la subsanabilidad no es una regla general si no por el contrario es una regla excepcional, cuya carga está ligada a la administración toda vez esta tiene la responsabilidad de la verificación de cada una de las capacidades y factores de elección exigidos en los pliegos de condiciones. Ahora de igual forma se debe conceder a los oferentes la oportunidad de corregir o subsanar aquello que no esté claro siempre y cuando sea susceptible de subsanación de manera en que no se otorgue dicha oportunidad se estaría transgrediendo un derecho el cual daría oportunidad de acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento.

Ahora, el Consejo de Estado en sentencia con expediente (65.134) de fecha veintiocho (28) de febrero dos mil veintidós (2022), es una de las más recientes en materia de subsanabilidad y en la cual se analiza la última modificación que se hizo a la ley en materia de subsanabilidad, es decir a la Ley 1882 (2018) dejando claro dos circunstancias importantes y nuevas con respecto a la Ley 1150 (2007) y es el término para subsanar ofertas el cual según el

art 5 de la Ley 1882 (2018), es hasta el término del traslado del informe de evaluación salvo para los procesos de selección por selección abreviada y mínima cuantía y dispuso la prohibición de subsanar hechos ocurridos una vez hecho el cierre del proceso. Así mismo hace énfasis en lo establecido en la sentencia con expediente: 25.804. Radicado N° 13001-23-31-000-1999-00113-01 del veintiséis de febrero de 2014 en la cual las entidades al momento de aplicar el criterio de subsanabilidad debe cuestionarse lo siguiente ¿el documento asigna puntaje al proponente? Entonces en ese caso de ser positivo dicho requisito no es subsanable, y en el hecho de que el documento no otorgue puntaje entonces la entidad deberá solicitar las respectivas aclaraciones y satisfaga la deficiencia del mismo. La presente sentencia ratifica que en hasta cierto punto si es posible modificar, completar o adicionar documentos a la oferta, pero únicamente a los requisitos que permite la ley es decir a aquellos que no otorgan puntaje. Ahora el hecho de otorgar subsanabilidad a requisitos que si otorgan puntaje sería una violación al principio de selección objetiva e igualdad.

Una de las posturas más recientes en materia de subsanabilidad y que ha unificado los criterios por parte del Consejo de estado ha sido la emitida por Colombia Compra eficiente a través del concepto C-728 de 2022, ya que elabora un concepto muy acertado sobre la aplicabilidad de la subsanabilidad de las ofertas, y toma como referencia las reglas dispuestas en la Ley 1882 (2018) en el cual se mantiene la postura de la Ley 80 (1993), la cual establece que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es un argumento suficiente para el rechazo de las mismas (Página 14). Así mismo observa la Ley 1150 (2007) la cual establece en materia de subsanabilidad que todo lo que no sea susceptible de asignación de puntaje es subsanable, por lo tanto, los requisitos que no otorgan puntaje y también tienen la calidad de habilitantes se entiende que pueden subsanarse. Ahora, también hace énfasis en lo

establecido en el artículo 5 de la Ley 1882 (2018) en cuanto a que aquello que es subsanable es la prueba de las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar ofertas (Página 16-17), por lo tanto, se prohíbe acreditar circunstancias ocurridas después de que se haya vencido el plazo para entregar las ofertas. Es decir, bajo esta premisa las entidades pueden rechazar aquellas propuestas que pretendan acreditar hechos o circunstancias ocurridas después del plazo que se tenía para entregar las ofertas. Por lo cual, lo que pretende la norma es prohibir que se subsanen documentos que materialmente no estaban cumplidos al momento de la presentación de la oferta (página 17). En cuanto a la Ley 1882 (2018) es necesario recalcar que esta ley aclaró el término estimado para poder hacer dichas subsanaciones el cual es el término del traslado del informe de evaluación en los procesos diferentes a la subasta y a la Mínima cuantía. El concepto concluye en materia de subsanabilidad con dos muy buenos ejemplos en cuanto a la subsanabilidad de documentos que vale la pena traer a colación toda vez ha sido preceptuado según Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804 de la siguiente manera: Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el RUP, el requisito podrá ser subsanado siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar –la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar (CCE- C-728-2022-PAG 15). Por lo tanto, podemos concluir que en cuanto a subsanar hechos con posterioridad podemos entender que es aportar aquellos documentos que inicialmente no fueron aportados pero que efectivamente ocurrieron antes de la entrega del mismo según lo establece el consejo de estado y el concepto anteriormente expuesto.

En cuanto a la doctrina desde diferentes autores como Rico Puerta (2021) el cual plantea que no es posible rechazar una propuesta por la ausencia de requisitos de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, es decir, que no constituyan factores de escogencia (Página 380). Afirmación que se encuentra sustentada en lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 (2007) que fue modificada por el artículo 5 de la Ley 1882 (2018). Ya que según el marco normativo en Colombia todo lo que no otorga puntaje es subsanable, lo que no sirva de título para mejorar la oferta, así mismo como los hechos posteriores ocurridos al cierre del proceso también no son subsanables. Ahora, la norma deja un vacío en cuanto a la subsanabilidad ya que no todas las modalidades contractuales están sujetas de puntaje para la selección de oferentes como los son las modalidades de contratación de mínima cuantía y subasta inversa y el procedimiento de estas nos dice que se es escogido únicamente por menor precio en su oferta económica.

Ahora en cuanto a la mejora de oferta o subsanación Rico Puerta (2021), frente a esta postura plantea que es necesario advertir que las reglas de subsanabilidad únicamente atienden a la verificación de las condiciones del proponente o el soporte de sus calidades, en ningún caso puede convertirse en una oportunidad adicional para completar la propuesta o para modificarla, pues ello contraría no solo el principio de igualdad y libre competencia, sino también el de economía, transparencia y deber de selección objetiva entre otros (página 381).

En suma, se concluye que lo que se puede subsanar o sanear, es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe (Página 382).

Por otro lado, el autor Daza Sierra (2017) en cuanto a la regla de subsanabilidad expone que aquello que es materia de subsanación o no subsanación se define a partir de la siguiente pregunta y es ¿el defecto asigna puntaje al proponente? Si en efecto asigna puntaje no es subsanable, si no asigna puntaje entonces es subsanable. En ese sentido si esta es la afirmación para subsanar los requisitos, entonces la figura de subsanabilidad no tiene la suficiente claridad para poder darle la aplicabilidad que requiere y por el contrario se le otorga a la administración un margen subjetivo para determinar dichos aspectos. La ley ha otorgado un derecho a los proponentes a subsanar es de carácter excepcional y es un deber para las entidades requerir a los proponentes la subsanación o corrección de los requisitos omitidos o faltantes o errores (Pag110). Cabe resaltar la exposición que hace en cuanto a la discrecionalidad con la que cuentan las entidades para elegir aquellos requisitos que son puntuables teniendo en cuenta los factores costo – beneficio, calidad – precio, dentro de los cuales se hará la respectiva distribución de puntaje.

Capítulo II.

Diferencias entre subsanar, modificar o aclarar una propuesta.

Para determinar el alcance del término subsanar y poder entender a mayor profundidad acerca de la subsanabilidad en materia de derecho contractual, es necesario conocer el significado propio de la palabra “subsanar“, por lo que según la Real Academia Española define el termino subsanar como: reparar o remediar un defecto, resarcir un daño.

Según lo anterior el derecho otorgado a los proponentes de subsanar implica de cierto modo reparar o remediar un defecto, ahora bajo ese entendido la Ley 1882 (2018) otorgó un

plazo para poder reparar o remediar dicho defecto, que para la Licitación Pública es hasta el término del traslado del informe de evaluación y que luego entonces lo que se repara o remedia es la prueba del requisito no en sí mismo el requisito, además, es necesario que dicho requisito estuviera cumplido antes del cierre, por ejemplo si un proponente allega un contrato para cumplir el factor experiencia y dicho contrato no cumple con lo requerido en el respectivo pliego de condiciones y durante el término del traslado del informe de evaluación allega certificado de cumplimiento de otro contrato y esta certificación se encuentra posterior al cierre, pero dicho certificado da Fe que los hechos o el cumplimiento de la ejecución del contrato se hizo con anterioridad al cierre, dicho contrato será válido toda vez el mismo no otorga puntaje y los hechos ocurrieron antes del cierre del proceso.

Así mismo, Rico Puerta, L (2021) Plantea que lo que se puede subsanar o sanear, es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe (Pagina382).

Por otro lado, la definición de la palabra modificar según la RAE la palabra modificar significa transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características. Ahora, dicho significado se debe ajustar al sentido y determinación que el legislador quiso darle.

En este caso y según lo establecido en el artículo 30.8 de la Ley 80 (1993) el legislador prohibió la modificación, mejora o completar las propuestas, esta interpretación debe ir armonizada de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1882 (2018) la cual establece que todo lo que no otorgue puntaje se puede subsanar, es decir, aquellos requisitos que tienen el carácter de habilitantes deberán ser solicitados durante el término del traslado del informe de evaluación siempre y cuando estos no otorguen puntaje y esto no quiere decir que se esté modificando,

completando o mejorando la propuesta ya que estos mismos no determinan la escogencia del contratista, como sí lo son los requisitos que otorgan puntaje tal es el caso de la oferta económica, el factor calidad, puntaje por emprendimiento de mujeres, puntaje a las mí pyme, puntaje por incentivo a la industria nacional y puntaje a aquellas empresas que acrediten tener dentro de su nómina un trabajador en condición de discapacidad.

Por último, la definición de la palabra aclarar, según la definición de la real academia de la lengua española, se refiere a disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo, es decir en materia de subsanabilidad en la contratación estatal podemos afirmar que aclarar constituyen las acciones que lleva a cabo un proponente con el ánimo que la entidad pública pueda entender y/o comprender el contenido de la propuesta. Por ejemplo en un contrato de obra bajo la modalidad de selección de Licitación Pública, si un proponente persona natural presenta en el pago de planilla de seguridad social solo presenta los aportes en salud pero no el pago de aportes en pensión, la entidad deberá solicitar se aclare dicha situación, en dicho caso el pago deberá haberse realizado con anterioridad al cierre de la propuesta, y el proponente deberá aclarar a la entidad estatal cuales fueron los aportes que realizo para cumplir con los requisitos de la presentación de la propuesta.

Por otro lado, así como la ley ha hecho diferencia entre requisitos habilitantes y requisitos ponderables, las entidades públicas en su uso de su discrecionalidad para confeccionar los pliegos, indistintamente de la naturaleza y esencia de los procesos han usado en sus procesos contractuales requisitos con doble connotación es decir que al mismo tiempo tienen carácter de puntuables y habilitantes. En materia de subsanabilidad hay un concepto claro y es que todos los documentos o requisitos que no sean susceptibles de obtener puntaje son subsanables siempre y cuando se acredite que dichas circunstancias fueron acontecidas antes del cierre del proceso.

Ahora la pregunta es ¿Que sucede cuando existen documentos que al mismo tiempo tienen la connotación de habilitantes y puntuables?

La ley no establece un parámetro para tal situación, pero, el Consejo de Estado Mediante Sentencia con radicado (48.615) del 04 de febrero de 2022, desarrolló dicha controversia, estableciendo que en los casos en que una oferta allegue documentos con doble connotación y dichos documentos se encuentren de manera errónea o incorrecta no es causal de rechazo de la oferta, si no por el contrario, se debe solicitar el documento objeto del requisito habilitante y la reducción de puntaje o la no asignación del puntaje del requisito puntuable. Es decir, se debe requerir al proponente para que durante el término del traslado del informe de evaluación subsane y/o aclare el requisito habilitante, así, de esta manera no se rechaza la oferta, y por otro lado, para el requisito puntuable no se le otorgan los respectivos puntos.

Aclarar no es igual a subsanar o modificar.

Las entidades Estatales deben darle cumplimiento al derecho que tienen los proponentes de aclarar aspectos o situaciones confusas en sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad concluir si la propuesta cumple o no los requisitos establecidos en el pliego de condiciones definitivo. Ahora bien, en la Licitación Pública, cabe resaltar que la figura de “aclarar” es una oportunidad propia que se ejerce durante el término del traslado del informe de evaluación y que claramente es diferente a la subsanabilidad, pues no parte de la falta de documentos o documentos erróneos presentados en la oferta, los cuales se tendrían que subsanar, si no, de presuntas inconsistencias o falta de claridad en la propuesta.

Ahora, lo que la entidad busca a través de las aclaraciones, es que los proponentes puedan presentar las explicaciones pertinentes sin la necesidad de agregar la ausencia de documentos a la

oferta. Diferente a la subsanabilidad la cual busca aportar o añadir documentos que no fueron aportados inicialmente, pero cuyas circunstancias fueron ocurridas con anterioridad al cierre y que claramente dichos documentos no otorgan puntaje.

En cuanto a la diferencia entre aclarar, subsanar y modificar, Daza Sierra (2017) Manifiesta en su investigación que los tres conceptos tienen en común que cumplen con la finalidad de remediar una deficiencia en las ofertas, o para aclarar alguna o varias partes de los documentos presentados que no cumplen o no es claro para los evaluadores de las diferentes propuestas. Sin embargo, la diferencia más radical consiste en que las aclaraciones se admiten frente a todos los documentos, puesto que no cambia sustancialmente la propuesta presentada, mientras que por su lado la subsanación y modificación, si cambia el alcance de la oferta, planteando de esta manera una desventaja de un proponente sobre otro. En conclusión, respecto a la aplicación de estos conceptos, es la administración la que deberá requerir en determinados momentos a los proponentes para la respectiva aclaración, y es allí cuando deberá determinar si es procedente la aclaración, o deberá subsanar o modificar la propuesta en el caso de que sean un documento catalogado como tal dentro del pliego de condiciones, rechazar la oferta porque no cumple, o evaluar afectando el posible puntaje de evaluación de ese proponente.

En este punto juega un papel muy importante la discrecionalidad de la entidad estatal para la elaboración de los estudios y documentos previos así como la consolidación de los pliegos de condiciones definitivos, por cuanto desde la ley y la jurisprudencia se han establecido directrices generales, y se han dado parámetros referentes a los requisitos subsanables o no, sin embargo en cada caso en particular, será la entidad estatal la encargada de determinar, de acuerdo a las condiciones inicialmente establecidas, cuales documentos podrán ser susceptibles de modificación, aclaración o subsanación.

Ahora en cuanto a las circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso y completar y adicionar propuestas, una de las controversias suscitadas al momento de hablar de subsanabilidad es lo establecido en el inciso 2, del párrafo 1, del artículo 5 de la Ley 1150 (2007), el cual hace énfasis en la prohibición de acreditar circunstancias una vez hecho el cierre del respectivo proceso contractual, y es que ha habido una incorrecta aplicabilidad por parte de las entidades a dicho inciso ya que muchas de ellas errando en su aplicación no dejaron subsanar documentos no sujetos a asignación de puntaje por el hecho de que por ejemplo un documento superfluo se hubiese firmado con posterioridad al cierre del proceso.

Al respecto es necesario lo dicho en la sentencia con radicación N°: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992), el cual ha establecido que las circunstancias con posterioridad al cierre podemos entender que lo que se subsana es la prueba de la circunstancia que ya se ejecutó o que ya sucedió o que ya se aprobó y no la condición habilitante, es decir que un proponente tiene la facultad de subsanar la prueba de la circunstancia que ya ocurrió más allá de que dicho certificado se halla expedido posteriormente al cierre del proceso por ejemplo un certificado de experiencia, si la experiencia fue ejecutada antes del cierre del proceso pero el certificado esta con fecha posterior al cierre, dicho certificado lo que está acreditando es que la circunstancia se ejecutó antes de la fecha del cierre.(Página 21).

Ahora, la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre debe interpretarse armónicamente con lo establecido en el numeral 8 del artículo 30 de la ley 80 de 1993 en lo cual Según la sentencia del Consejo de Estado con Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero ah preceptuado que la manera correcta de interpretar y armonizar el

inciso 2 del artículo 5 de la ley 1882 de 2018 y el numeral 8 del artículo 30 de la ley 80 de 1993 es que durante el termino establecido para subsanar si es posible modificar, completar o adicionar las ofertas pero en los aspectos que permite el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 mas no en los que prohíbe, en palabras del Consejo de Estado en dicha sentencia expone que esto significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8. A demás en este tipo de controversias es necesario recalcar que por ejemplo el numeral 15 del artículo 25 ibídem contiene un principio general del derecho administrativo mientras que el artículo 30 numeral 8 contiene una regla específica de la Licitación pública es decir para este caso debe entenderse la regla conforme al principio ya que este direcciona la mejor manera de aplicarlo.

Aplicabilidad del Derecho a la Subsancibilidad en el Municipio de Betulia – Santander bajo la Modalidad de Licitación Pública.

Caso N°1.

Subsanabilidad de documentos.

El municipio de Betulia – Santander llevó a cabo un proceso bajo la modalidad por licitación Pública, dando apertura al proceso el día veinticuatro (24) de Mayo y acta de cierre el día cinco (05) de junio de 2023 y posteriormente, cuyo objeto hace referencia al mejoramiento de vías urbanas mediante la construcción de pavimento rígido en el casco urbano del municipio, una vez entregada las propuestas y publicadas en el portal Secop I, el proponente consorcio Glecar B

allegó al correo establecido, observaciones al informe de evaluación inicial, contra la oferta del proponente consorcio alcantarillado Betulia 2023, aduciendo la imposibilidad de subsanar ciertos documentos como se observa a continuación:

Se advierte que de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1882 (2018) el proponente no podrá llegar documentos que acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, so pena de rechazo de la propuesta al incurrir en la causal de rechazo E. que el proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para el cumplimiento de un requisito habilitante en los términos establecidos en la sección 1.6. En ese orden de ideas solicito al comité evaluador revisar las fechas de los certificados de antecedentes disciplinarios de los contadores y en las subsanaciones de los proponentes que fueron requeridos y rechazar a los proponentes que subsanaron el certificado de antecedentes disciplinarios de los contadores públicos con fecha de expedición posterior al cierre del presente proceso, ya que están allegando documentos que acreditan circunstancias con posterioridad al cierre del proceso, lo anterior enmarcado en la Ley 1882 (2018). (Pág. 8).

Para lo cual, la entidad ante esta observación en cuanto al derecho de subsanabilidad, rechazó la observación basándose en lo precedido por la Sentencia del Consejo de Estado con Expediente: 25.804, indica que durante el término del traslado sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15 de la Ley 80 (1993), y no en los aspectos que prohíbe. Adicionalmente expone que un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» implica distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba.

Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento de Presentación de la oferta.

Análisis de respuesta de la entidad y su aplicabilidad al derecho de la subsanabilidad.

El certificado emitido para la verificación de antecedentes en cuanto a la junta central de contadores quedó reglamentado mediante resolución 074 de 2002 del Ministerio de Educación Nacional, y reglamenta los certificados de vigencia de inscripción y antecedentes disciplinarios del contador público, es decir corresponde a un requisito habilitante que no otorga puntaje por lo cual, la entidad aplicó correctamente el principio de subsanabilidad, toda vez, que el fundamento de su respuesta primeramente tuvo como base fundamental lo establecido en la jurisprudencia por el Consejo de Estado con Expediente: 25.804 Consejero Ponente: Enrique Gil Botero el cual establece que durante el término del traslado del informe de evaluación sí es posible adicionar, completar, modificar y mejorar la oferta en cuanto a los documentos que no sean necesarios para la comparación de propuestas y no otorguen puntaje, ahora en cuanto a que dicha subsanación se trate de hechos posteriores, bien aplicó la entidad lo establecido en la norma en cuanto a lo que se entiende por hechos posteriores ya que afirma que lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso. Ahora en este caso el certificado lo único que acredita es que el revisor fiscal no cuente con antecedentes disciplinarios y que dicho el hecho de que dicho certificado tenga fecha posterior no quiere decir que acredite circunstancias posteriores si no por el contrario, acredita que dicho revisor fiscal hasta el momento no cuenta con antecedentes disciplinarios.

Caso 2.

Aclaración de la oferta económica.

Dentro del mismo proceso de selección presentado en el caso n°1, una vez habilitados los proponentes mediante Informe de evaluación final, y una vez transcurrida la audiencia, se realizó la respectiva apertura del sobre económico, dentro de la cual un proponente presentó en su oferta económica un ítem con la descripción de la actividad de manera incompleta como se observa de la siguiente manera:

Ilustración 1

Sobre dos, oferta económica, proponente N° 30.

8				Sub base granular clase C (incluye suministro, extendido, nivelación, humedecido y	M3	120,84
---	--	--	--	--	----	--------

Nota: Fuente, Secop I. Proceso de selección LP-002-2023- oferta económica proponente N° 30, Municipio de Betulia – Santander.

Para lo cual la entidad requiere al proponente para que aclare dicha situación, a lo cual el proponente manifiesta que “por error de manejo del aplicativo Excel se olvidó de “ajustar texto” de dicha celda por lo cual la celda no mostró todo el contenido que verdaderamente contenía y que se nota que el texto está cortado, pero que la descripción, las unidades y las cantidades son aquellas que fueron requeridas por la entidad. A lo cual la entidad decide rechazar dicha aclaración y procede a aplicar la causal de rechazo, contenida en el literal “O” del numeral 1.15 contenida en el Pliego de condiciones Definitivo (Pliego Tipo) el cual establece que el proponente adicione, suprima, cambie, o modifique los ítems, la descripción, las

especificaciones, el detalle, las unidades o cantidades señaladas en el Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial, de acuerdo con lo exigido por la entidad, se configura causal de rechazo.

Ahora, la entidad interpreta que el proponente suprimió parte de la actividad del presupuesto plasmada en la oferta económica, por lo cual, se encuentra bajo la causal de rechazo del literal O), del acápite 1.15 del Pliego de Condiciones Definitivo.

La entidad aclara que dicha información debía estar registrada en su totalidad de la siguiente manera:

Ilustración 2

Sobre dos, oferta económica, proponente N° 04.

6				Sub base granular clase C (incluye suministro, extendido, nivelación, humedecido y compactación)	M3	120.84
---	--	--	--	--	----	--------

Nota: Fuente, Secop I. Proceso de selección LP-002-2023- oferta económica, proponente N° 04, Municipio de Betulia – Santander.

Análisis de respuesta de la entidad y su aplicabilidad al derecho de la aclaración.

La entidad interpreta que el proponente suprimió de manera parcial en el numeral 6 de la oferta económica, la descripción de la actividad a realizar, por lo cual dio aplicabilidad a la causal de rechazo según lo establecido en el en el numeral 1.15 del pliego de condiciones definitivo, en su literal O. Ahora, En cuanto a suprimir según la real academia de la lengua hace referencia a Hacer cesar, hacer desaparecer, Omitir, callar, pasar por alto.

Ahora, la entidad para la presente decisión no tomó en cuenta el principio de lo sustancial sobre lo formal, ni tampoco tuvo en cuenta la profundidad del significado de suprimir, ya que si bien es cierto a la vista de la oferta económica faltaba la mitad del texto de dicha actividad,

también es cierto que este se notaba entrecortado al final de la celda, y que en ningún momento se omitió, desaprecio o paso por alto dicha actividad, únicamente se está ante la invisibilidad de una palabra en una casilla que se denota que es por un error ofimático, la cual se denota que no fue, si bien es cierto la oferta económica en la licitación pública al ser un requisito puntuable no es susceptible de subsanación, no limita a las entidades a solicitar las respectivas aclaraciones a que hayan lugar con el ánimo de salvaguardar el principio de igualdad, transparencia y selección objetiva. Por lo cual la entidad pudo haber hecho uso del principio de lo sustancial sobre lo formal y entenderse por aclarada la situación de la descripción.

Caso 3.

Aclaración de los requisitos habilitantes.

En la Gobernación del Guainía se adelantó la licitación pública N° GG-SJC-LP-010-2023, cuyo objeto hace referencia a la construcción de infraestructura educativa en C.E. Rafael Núñez de la comunidad de Chaquita, Departamento el Guainía en el cual se estableció en el pliego de condiciones definitivo como requisito habilitante la siguiente experiencia:

Experiencia solicitada.

-Al menos uno de los contratos aportados como experiencia deberá acreditar en su alcance la construcción de un bloque de dormitorios.

-Al menos uno de los contratos aportados como experiencia deberá acreditar en su alcance la ejecución de un sistema de generación fotovoltaico autónomo con sistema de respaldo a través de planta eléctrica de emergencia. (Pag 61, pliego de condiciones definitivo, Departamento de Guainía – Proceso GG-SJC-LP-010-2023).

Sin embargo, una vez realizada la evaluación de los requisitos habilitantes, la entidad le solicita aclaración referente al contrato acreditado, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Con respecto al sistema fotovoltaico se evidencia el Capítulo planta solar, sin embargo, no es claro para el evaluador el ítem sistema de respaldo a través de planta eléctrica de emergencia; si bien se evidencia el NP2-2 Planta eléctrica trifásica de 53KVA220/127V, no es claro el sistema de respaldo. Se solicita aclarar ya que no es muy legible el acta de recibo final de contrato de obra. (Página 5 y 6, Informe Comité evaluador, Departamento de Guainía – Proceso GG-SJC-LP-010-2023).

Por lo anterior el oferente, el día 29 de junio el proponente presenta una aclaración, en la que, dentro de otras consideraciones, el proponente argumenta lo siguiente:

Respecto a la observación formulada en el factor de experiencia de bienes o servicios adicionales en informe de evaluación técnico, específicamente lo que refiere al sistema de respaldo a través de planta eléctrica de emergencia para el sistema fotovoltaico es necesario aclarar que:

Si se revisa con detenimiento el acta de recibo final del contrato 646 de 2013 aportada en propuesta, se puede determinar que el proyecto construido solo contempla dos tipos de generación de energía eléctrica: el sistema fotovoltaico autónomo y la energía producida a través de la planta eléctrica (AC), estos dos sistemas convergen entre sí y pues técnicamente sería inviable instalar un sistema fotovoltaico autónomo de capacidad de 51,72 KW y que paralelamente se hiciera uso de la planta eléctrica, este tipo de energías renovables tiene como objetivo reemplazar la generación de energías convencionales. (Página 2, Unión Temporal Resguardos 2023, Aclaración, Proceso LP-SJC-017 de 2023).

En este caso en particular tal como lo podemos evidenciar se hace una correcta interpretación por parte de la entidad de lo que es susceptible de subsanación, aclaración o modificación, teniendo en cuenta que el oferente presenta un contrato que para la entidad no es claro referente al cumplimiento de lo establecido puntualmente en el pliego de condiciones, y por lo tanto se inhabilita y se requiere al contratista para que aclare si el ítem solicitado cumple con lo requerido, aclarando el proponente el acta de recibo final de obra del contrato que acredita la experiencia que se estableció anteriormente.

Conclusiones.

El principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, así como el principio de economía y transparencia son pilares fundamentales para la toma de decisiones en materia de subsanabilidad. Según el Consejo de Estado en Sentencia, sí es posible que los proponentes puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas siempre y cuando estos documentos no otorguen puntaje y tengan la calidad de requisitos habilitantes, salvo en el caso de la no entrega de la garantía de la seriedad de la oferta, la cual es causal de rechazo de carácter taxativo e irrestricto. También cabe resaltar que no es posible acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, es decir, no es posible subsanar un hecho que no ha ocurrido, lo que sí es posible subsanar es la prueba del hecho ocurrido con anterioridad al cierre. Ahora, en los procesos bajo la modalidad de licitación pública, el plazo para realizar dicha subsanación es durante el término del traslado del informe de evaluación, no obstante, no quiere decir que la entidad no pueda solicitar aclaraciones con ocasión posterior al traslado del informe de evaluación, por lo cual, si es el caso, cada proponente deberá responder dicho requerimiento y aclarar aquello que sea requerido por la entidad.

Subsanar, aclarar y modificar son acciones diferentes, siendo la subsanación un derecho que la norma a otorgado al proponente para que dentro del plazo y bajo las condiciones exigidas allegue los documentos que no fueron entregados en la propuesta inicial, cabe resaltar que dicho termino en la licitación pública es hasta el traslado del informe de evaluación de la propuesta y sobre circunstancias que no hayan ocurrido después del cierre de entrega de propuestas. Mientras que aclarar es la manifestación por parte del proponente a la entidad que permite entender hechos, situaciones o descripciones de la propuesta o aún más de la oferta económica sin que sea necesario que se allegue algún documento y se pueda entender de manera más clara alguna situación presentada y de esta manera obtener un informe de evaluación más acertado, cabe resaltar que en cuanto a la licitación pública dicha situación se puede presentar aun estando en audiencia pública antes de la adjudicación. Ahora, en cuanto a la modificación de la propuesta dicha acción va ligada al derecho de subsanar ya que el Consejo de Estado en Sentencia con radicado 25.804 de 2014 ha sostenido que, si es posible modificar, adicionar, completar o mejorar las propuestas, pero en los aspectos que la ley permite y no en los que prohíbe, es decir en aquellos que no otorgan puntaje y cuyas circunstancias hayan sido con anterioridad al cierre de entrega de propuestas.

La jurisprudencia ha emitido diferentes conceptos referente a la subsanabilidad de las ofertas presentadas, siempre bajo el entendido de que el estatuto de contratación estatal ha establecido previamente que los requisitos habilitantes son objeto de subsanación y caso contrario sucede para los requisitos que otorgan puntaje, no es un hecho desconocido que la doctrina por su parte ha planteado distintas posiciones de acuerdo a cada caso en particular, sin embargo es importante tener claro que la discrecionalidad de las entidades estatales tiene un papel importante en la decisión final referente a la subsanación o no de una oferta, por cuanto

cada pliego de condiciones es particular y el mismo si bien no puede apartarse de la ley, tiene requisitos muy específicos y diferentes entre sí.

Bibliografía.

Beltrán Pardo Abogados y Asociados S.A.S (2022), - Colombia Compra Eficiente – Relatoría – Concepto C-728 de 2022- principio de selección objetiva– Rechazo de las ofertas – Subsanabilidad / subsanabilidad de las ofertas – Alcance de la regla – Ley 1882 de 2018– Ámbito temporal – Criterio material.

<https://www.beltranpardo.com/>.

Beltrán Pardo Abogados y Asociados S.A.S (2022), - Colombia Compra Eficiente – Relatoría – Concepto C-285 de 2022- principio de selección objetiva– Rechazo de las ofertas – Subsanabilidad / subsanabilidad de las ofertas – Alcance de la regla – Ley 1882 de 2018– Ámbito temporal – Criterio material.

<https://www.beltranpardo.com/>.

Colombia Compra Eficiente - Documentos tipo infraestructura de transporte - Documentos Tipo de Licitación de Obra Pública de Infraestructura de Transporte.

Concepto C-393 de 2020, Colombia compra eficiente, documentos tipo – capacidad residual – capacidad de organización – certificados antecedentes contador – vigencia.

Concepto C-728 de 2022, Colombia compra eficiente, Subsanabilidad de las Ofertas y su alcance según la ley 1882 de 2018.

Congreso de la República, Ley 1882 de 2018, artículo 1 y artículo 5 – “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de la República, Ley 80 de 1993, artículo 25 y artículo 30 – “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Congreso de la República, Ley 1150 de 2007 artículo 5 –“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Constitución Política de Colombia, art 29; art 209; art 228 – 7 de julio de 1991 (Colombia).

Convención Interamericana de Derechos Humanos – art 8; art 25. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (M.P Jaime Enrique Rodríguez Navas), Radicación N°: 2110785 68001-23-31-000-2001-01182-01(41198), veintiséis (26) de febrero de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera, Subsección C, (M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación N°: 11001-03-26-000-2009-00018-00 Veintiséis (26) de enero de 2011.

Expediente: 1992. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de estado - sección tercera, radicación: 66001-23-33-000-2017-00373-01 (65134) expediente (65.134) C.P: Nicolás Yepes corrales; veintiocho (28) de febrero dos mil veintidós (2022).

Consejo de estado - sección tercera, radicación número: 25000-23-26-000-2008-00506-01 (48.615), expediente (48.615), C.P: María Adriana Marín; cuatro (4) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Radicado N° 13001-23-31-000-1999-00113-01 consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010). Radicación N°: 11001-03-06-000-2010-00034-00 (1992). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 40660. Fecha: 29 de julio de 2015. Radicación N°25000-23-31-000-2005-01178-0140660. C. P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Daza Sierra, N (2017), La subsanabilidad de requisitos en la licitación pública y su impacto frente a los principios de la contratación estatal en Colombia (Tesis de Maestría).<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10547/Dazanidia2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Decreto 1082 de 2015 "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional" (mayo 26 de 2015).

Documentos Tipo, versión 3 agua potable y saneamiento básico, Colombia compra eficiente.<https://www.colombiacompra.gov.co/content/01-documentos-tipo-para-los-procesos-de-licitacion-para-obras-de-infraestructura-de-agua>

Gallego Peláez, V. (2016). Contenido del concepto de subsanabilidad de los requisitos habilitantes en los procesos de contratación estatal. Universidad de los Andes (Tesis de Maestría).<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/53376/13086.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

González Hernández (2018) - La inestabilidad de la regla de subsanabilidad en la contratación pública (Tesis de Maestría).

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/20437/Gonz%C3%A1lezHern%C3%A1ndezJuanCarlos2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

López Rodríguez, A. 2018. Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 21 (nov. 2018), 263–310. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.12>.

Quiroga Mora, C, Fernández Castillo, S (2022), El régimen de subsanabilidad de las ofertas en las modalidades de selección de subasta inversa y mínima cuantía en Colombia. (Tesis de Maestría).

Ramos Acevedo, J, Ramos Acevedo, A (2018) –Libro, Contratación Estatal Teoría General y Especial.

Rosero Melo, B (2019) –Libro Contratación Estatal – Manual Teórico – Práctico.

Rico Puerta, L (2021)- Libro: Teoría general y práctica de la contratación estatal – decima segunda edición.

Rodríguez Tamayo, M (2020) –Libro – Derecho disciplinario de la contratación estatal.

Secop I- Proceso de selección LP-002-2023, Municipio de Betulia – Santander, imagen, observación en audiencia presentada por Carlos Arturo Corzo, representante legal de Consorcio Glecar B.

Secop I- Proceso de selección LP-002-2023, Municipio de Betulia – Santander, Observación en audiencia presentada por Carlos Arturo Corzo, representante legal de Consorcio Glecar B.

Secop I. Proceso de selección LP-002-2023, Municipio de Betulia – Santander.

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=23-21-37566&g-recaptcha-response=>

Secop I. Proceso de selección GG-SJC-LP-010-2023, Gobernación del Guainía –

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=23-1->

[229678&g-recaptcha-response=](https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=23-1-229678&g-recaptcha-response=)

Sarmiento Castro, H. (2022). Implicaciones jurídicas de la subsanabilidad de las ofertas en procesos de contratación pública en Colombia. Universidad Externado de Colombia (Tesis de Maestría). [https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/eb9fe978-](https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/eb9fe978-2d4d-4a39-b3e7-accf6ee380c1)

[2d4d-4a39-b3e7-accf6ee380c1](https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/eb9fe978-2d4d-4a39-b3e7-accf6ee380c1)

Torres Benjumea, R (2017), La oferta como negocio jurídico y los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública (Tesis de

Maestría).[https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9687/TorresRicardo2017.](https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9687/TorresRicardo2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9687/TorresRicardo2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Quiroga Mora, C, Fernández Castillo, S (2022), El régimen de subsanabilidad de las ofertas en las modalidades de selección de subasta inversa y mínima cuantía en Colombia. (Tesis de Maestría).[https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22943/TESIS.pdf?seq](https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22943/TESIS.pdf?sequence=3)

[uence=3](https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22943/TESIS.pdf?sequence=3)