

“IMPLICACIONES DE LAS REGLAS DE SUBSANABILIDAD EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA”

Autores: Leonardo Correa Guerrero, John Gustavo Sánchez Sanabria, Esther Julia Galeano Serrano

RESUMEN

Las reglas de subsanabilidad en contratación estatal son instrumentos que permiten solucionar o corregir la acreditación de requisitos durante la etapa de selección de oferentes en un proceso contractual con entidades públicas.

La corrección o subsanación de esos requisitos no pueden ni podrán incidir en la asignación de puntajes o evaluación de la propuesta, pues se trata de garantizar a los oferentes la acreditación de documentos conforme a las condiciones del pliego y así asegurar una justa y equitativa competencia en la presentación de ofertas.

Abordar el asunto de requisitos de subsanabilidad es un asunto delicado cuando pueda presentarse alteración en las reglas del juego previamente convenidas en el pliego de condiciones.

Por tanto, se intenta establecer en esta propuesta investigativa, hasta dónde los agentes estatales gozan de la potestad y autonomía para ejercer la subsanabilidad y hasta dónde la facultad normativa no se aplica por diversos criterios de las entidades públicas.

PALABRAS CLAVES

Contratación, Principios, Subsanabilidad, Selección objetiva, Evaluación de la oferta, Aclaración, Modificación

1. INTRODUCCIÓN

La subsanabilidad dentro de los procesos de Contratación Estatal en Colombia se enmarca en lo que expresa el Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en tanto expresa que “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

Lo que supone la facultad al agente estatal de remediar, en el marco de sus atribuciones para poder solucionar situaciones de forma que no incidan en la evaluación comparación de las ofertas y en este sentido afectar la competencia justa y equitativa entre los oferentes.

No obstante, en el caso que nos ocupa, las reglas de subsanabilidad, bien vale la pena abordar el estudio desde una noción más cercana a aquellos imprevistos que suelen ocurrir durante el proceso contractual y que deben solucionarse en procura de corregir yerros, que no incidan en los habilitantes del proceso de selección.

De eso se trata la indagación y que permitirá establecer los alcances de dicha facultad y las implicaciones para el Estado y sus agentes en su aplicación.

2. ACERCA DE LAS REGLAS DE SUBSANABILIDAD.

Conforme a lo reglado por la Ley 1157, las circunstancias subsanables son: la ausencia de requisitos referentes a la futura contratación o al proponente y la falta de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas (no otorgan puntaje).

Como se ha dicho antes, la regla de subsanabilidad permite sanear un defecto que no incida en el otorgamiento de puntaje para la evaluación de ofertas procurando que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta durante el tiempo o plazos establecidos en la etapa de selección del oferente.

Es decir, no es posible hacer ninguna modificación después de vencidos los plazos establecidos en el pliego de condiciones y tampoco en los requisitos habilitantes que dan lugar a la evaluación y selección de la mejor oferta. O para mejor comprensión, lo citado por el Consejo de Estado Sección III, 26 de febrero de 2014, dentro del Expediente No. 25804 el cual reza:

“...En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, ”aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, los que “... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

Esta confusión de saber en qué circunstancias era sí o no posible aplicar la regla y aunado al criterio subjetivo del agente estatal en su aplicación, derivó en demandas contra el Estado alegando vulneración a derechos de igualdad y libre competencia.

2.1. Cuándo es subsanable una oferta.

Conforme a la norma citada, Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, sólo es posible sanear la propuesta cuando no se afecte la puntuación o evaluación de la oferta como tal.

En este sentido, con base en la sentencia en comento, se afirma de manera tajante que la subsanabilidad no es un derecho de la entidad, sino un derecho que le asiste al oferente y que de no facilitársele al proponente el derecho a subsanar, en los casos ya previstos en la norma, se le están vulnerando derechos.

Se trata entonces de sanear requisitos formales que no deben incidir para nada en la asignación de puntajes al momento de la evaluación de las ofertas.

2.2. La discrecional interpretación de la regla de Subsanaabilidad.

Uno de los fines del principio de Subsanaabilidad se enmarca en garantizar la transparencia, celeridad, eficiencia y eficacia en el proceso contractual y por ello conforme a la norma ya citada, son subsanables todos aquellos requisitos o documentos, no necesarios para la comparación de las propuestas, pero no existe claridad suficiente acerca de qué clase de requisitos son subsanables o no.

Esta incertidumbre ha propiciado que muchos agentes estatales interpreten o apliquen criterios subjetivos a la hora de decidir o aceptar el saneamiento de una oferta en el uso de esta regla.

Tal duda permite a las entidades estatales que acomoden los pliegos de condiciones para favorecer a determinado oferente y por esta vía descalificar automáticamente a otros proponentes que, inclusive, puedan presentar una oferta más favorable.

Esa permisividad surgida de la duda contribuye a beneficiar de manera soterrada a un oferente mediante la exigencia de requisitos no necesarios para la comparación de la oferta, pero a los cuales se les asigna puntaje y en estas condiciones la transparencia pasa a un segundo plano dándole paso a favoritismos indelicados en el proceso de selección.

3. MOTIVACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Uno de los bastiones que la Administración Pública ha venido pregonando tiene relación con la práctica objetiva, honesta y transparente de los procesos de selección de oferentes en donde se minimice el riesgo incurrir en actos indecorosos y deshonestos que ponga en riesgo los fines mismos del Estado. Y en esa perspectiva, es importante tener en cuenta hasta donde la aplicación de las reglas de subsanaabilidad puede convertirse en ese riesgo que eventualmente contradiga esos fines axiológicos subyacentes en los fines y principios del Estado.

3.1. Relevancia del tema

Para los investigadores y especialistas en Contratación Estatal, es de mucha importancia comprender y saber interpretar los alcances normativos de la aplicación de la Regla de Subsanción, en la medida que por esta circunstancia es que se han presentado serias controversias en relación al derecho que le asiste al oferente de remediar requisitos que no inciden en la puntuación de la oferta y de otra parte el criterio de transparencia y objetividad que debe primar en el agente estatal al momento de valorar objetivamente cuando procede la posibilidad de subsanar aspectos no formales dentro de un proceso licitatorio.

Como quiera que existen incertidumbres acerca de qué se entiende taxativamente por cuáles son esos requisitos subsancionables, es que el Estado ha debido afrontar demandas que buscan proteger el interés de aquel oferente que no se le permitió subsanar, sabiéndose que podría ser la mejor oferta en comparación con la ganadora.

Es así como mediante distintas sentencias proferidas por los altos tribunales, en especial, el Consejo de Estado, los togados han puesto en cintura las potestades de los agentes estatales en la aplicación de las reglas, pues en muchas ocasiones dicha inoperancia o irregularidad ha derivado en demandas de particulares contra el Estado generando graves consecuencias económicas para las finanzas públicas en la medida que ha habido situaciones en donde efectivamente se han lesionado los intereses de los particulares y en consecuencia el Estado ha debido indemnizarlos por cuenta de tales actuaciones.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado dentro de los procesos 27.986 de la subsección C de la Sección Tercera del Consejo y el fallo No. 29.855, resuelto por la subsección A.

En este caso, el Consejo de Estado advirtió que "... no toda desviación del pliego conduce al rechazo de los ofrecimientos, ni siquiera si la entidad estableció que ese apartamiento sería causal para hacerlo, pues los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella; por tanto, una contravención que se explica con la ayuda de otros documentos de la misma oferta no autoriza el rechazo de una propuesta".

Como puede observarse, no es omnímoda ni caprichosa la potestad del agente estatal en la interpretación de la regla de Subsanción pues imperan principios prevalentes de rango constitucional y legal, que aun así no estén taxativamente escritos en la norma, sobre cuáles requisitos son o no subsancionables, existe un deber supremo consagrado que debe tenerse en cuenta en todas sus actuaciones.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Virtud de la Ley 1150, modificatoria de la Ley 80 de 1993, los requisitos de subsanabilidad se refiere a: I) La ausencia de requisitos referentes a la futura contratación o al proponente; II) La falta de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, los cuales no otorgan puntajes.

No obstante, algunas entidades públicas aún mantienen la rigidez de criterio en cuánto no aceptar propuestas que presenten ausencias de requisitos no formales y por tanto el rechazo de la oferta resulta inminente.

De otro lado, esta circunstancia ha derivado en conflictos de los oferentes con el Estado al verse vulnerados derechos que afectan el libre ejercicio de la sana competencia entre particulares para acceder a los contratos estatales.

El proceso de contratación en Colombia, suficientemente reglado y vigilado plantea la dificultad que se suscita durante el proceso contractual en cuanto la necesidad de subsanar requisitos o condiciones establecidas en dichos procesos licitatorios o de contratación, en la medida que los alcances de dichas modificaciones puedan afectar las reglas preestablecidas en la adjudicación de contratos. Esta circunstancia plantea una importante reflexión acerca de tal posibilidad de subsanabilidad respecto de la selección objetiva y transparente de los oferentes en relación a un proceso de contratación específico.

Es decir, si las condiciones ya han sido avisadas en los prepliego y pliegos finales, en dónde se justifica entonces la modificación de dichas condiciones posterior a su publicación y de contera, variar las reglas del juego preestablecidas en la apertura del concurso.

Si nos atenemos a la intencionalidad del referido artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, es claro que todo concurso se sustenta en la capacidad que debe tener el oferente para proponer las condiciones más favorables al Estado y a la obligación de los agentes públicos de actuar con total objetividad, desligada de factores subjetivos ligados a relaciones, de cualquier tipo de estos con relación a eventuales proponentes en donde pueda existir conflicto de intereses.

Y es acá donde se hace necesario advertir el pronunciamiento del Magistrado Enrique Gil Botero, miembro de la Comisión tercera del H. Consejo de Estado, quien mediante sentencia proferida el 26 de febrero de 2014, sentenció de manera contundente sobre la manera en que esta facultad debe aplicar en ausencia de una reglamentación más específica sobre el asunto, cuando de manera inequívoca señala que “defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas ‘usualmente indicado en los pliegos de condiciones’, sin exceder del día de la adjudicación”.

Como se logra observar, se identifica el problema sobre la base que si bien existe una norma que trata sobre la aplicación de las reglas de subsanabilidad, ésta aún carece de una reglamentación más centrada en los alcances, facultades y potestades del agente estatal en su aplicación y los efectos que ella puede tener en el equilibrio justo entre los oferentes que participan de un determinado proceso licitatorio.

5. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿La aplicación de las reglas de subsanabilidad altera o modifican las condiciones iniciales del proceso contractual?

6. JUSTIFICACIÓN

Dentro del proceso contractual es importante tener claridad sobre los aspectos formales, como aquellos que no inciden de manera directa o fundamental en la esencia de la propuesta, como son la idoneidad del proponente, su experiencia, capacidad financiera, administrativa y operativa, entre otros, versus aspectos formales que no inciden en los aspectos relativos a los anteriormente enunciados. (Mármol, 2013)

Es claro que el término para subsanar es el comprendido entre la publicación de la convocatoria hasta la adjudicación del contrato, por tanto existe un lapso de tiempo suficiente para corregir, completar, aclarar o ampliar la información del oferente y de esta manera el funcionario evaluador disponga de mayores elementos de juicio, sin que ello quiera decir que a falta de ellos, sea razón suficiente para negar la participación del proponente durante las distintas etapas del concurso. (Mármol, 2013)

Tal disposición no es caprichosa, obedece a la necesidad de resolver de manera oportuna aspectos, que no siendo esenciales o sustantivos, coadyuven a consolidar un mejor juicio de razón acerca de quienes aspiran a contratar con el Estado.

Tal como se ha venido diciendo, prima lo sustantivo sobre lo formal y la actuación del evaluador debe tener en cuenta dicha premisa sin que ello sea impedimento o excusa para negar u obstaculizar la evaluación y calificación de una propuesta, cuando en lo estrictamente sustantivo, cumple cabalmente las exigencias y requisitos preestablecidos.

Ahora bien, tal actuación de subsanabilidad no es el libre albedrío del proponente cumplirlo o no, es una obligación responder y acreditar a la entidad con las exigencias que se le hagan y de no hacerlo, según el concepto el H. Consejo de Estado, el hecho de no cumplir con los requerimientos legalmente notificados, presta mérito suficiente para rechazar la oferta puesto que no puede quedar supeditada a la voluntad del proponente su cumplimiento o no.

De igual manera el cumplimiento de tales requerimientos tiene límites en el tiempo y no podrán ir más allá de la fecha de cierre del proceso del respectivo concurso y los plazos para subsanar tienen que ser razonables, como también oportunos, en la medida que no se pueden exigir informaciones o aclaraciones que no tengan relación directa y pertinente con el proceso contractual.

Ahora, es importante dejar claro que es sólo el Estado a través de sus entidades públicas las facultadas para exigir o solicitar información o aclaración de los oferentes, esta atribución es única y exclusiva del contratante y el oferente no cuenta con esta atribución.

También es claro que lo que se puede remediar es la prueba, mas no el requisito, es decir lo que se pretende es documentar física o materialmente una información requerida por la entidad contratante, sin que ello signifique que la subsanabilidad conlleva a acreditar o allegar un requisito. No, pues ello implica un cambio a las reglas del juego y una grave afectación a la valoración objetiva de requisitos y además corre el riesgo de afectar lo sustantivo o esencial del contrato, cosa que sí sería grave y muy seguramente viciaría de nulidad el proceso licitatorio. (Santos, 2013)

A manera de conclusión, se podría afirmar que las reglas de subsanabilidad buscan resolver aspectos formales del proceso contractual y por ende no puede afectar la esencia de la propuesta y de las exigencias de la entidad contratante.

De otra parte, esta facultad es atribuible única y exclusivamente a la entidad pública y esta posibilidad no es aplicable para el oferente, en la medida que es el proponente quien se somete a las reglas del juego impuestas por el contratante, sobre todo cuando es la entidad pública quien en su responsabilidad social y económica con los fines supremos del Estado, debe velar por la defensa de los intereses públicos. (Santos, 2013)

Es claro que la subsanabilidad no es atemporal, ella se surte durante el proceso contractual, hasta el cierre del mismo y el no cumplimiento de los requerimientos del contratante, podrá dar motivo al rechazo de la oferta.

Lo que se subsana no es el requisito, es la prueba. Es la demostración documental y material de información necesaria para la entidad contratante, lo que no puede implicar que se haga uso de tal regla para imponer, variar o reducir requisitos ya preestablecidos en el respectivo pliego de condiciones.

El principio de imparcialidad es imprescindible en todo momento y cuando sea necesario subsanar algún detalle del proceso, éste se deberá surtir en igualdad de condiciones para los oferentes y se deberá hacer de manera pública, haciendo uso de los medios de comunicación

disponibles que den fe de la diaphanidad y transparencia en el manejo y conducción del respectivo proceso contractual.

La aplicación de la Regla de Subsanabilidad no es el libre albedrío del proponente, es una obligación responder y acreditar a la entidad con las exigencias que se le hagan y de no hacerlo, según el concepto el H, Consejo de Estado, el hecho de no cumplir con los requerimientos legalmente notificados, presta mérito suficiente para rechazar la oferta puesto que no puede quedar supeditada a la voluntad del proponente su cumplimiento o no.

De igual manera el cumplimiento de tales requerimientos tiene límites en el tiempo y no podrán ir más allá de la fecha de cierre el proceso del respectivo concurso y los plazos para subsanar tienen que ser razonables, como también oportunos, en la medida que no se pueden exigir informaciones o aclaraciones que no tengan relación directa y pertinente con el proceso contractual.

Ahora, es importante dejar claro que es sólo el Estado a través de sus entidades públicas las facultadas para exigir o solicitar información o aclaración de los oferentes, esta atribución es única y exclusiva el contratante y el oferente no cuenta con esta atribución.

También es claro que lo que se puede remediar es la prueba, mas no el requisito, es decir lo que se pretende es documentar física o materialmente una información requerida por la entidad contratante, sin que ello signifique que la subsanabilidad conlleva a acreditar o allegar un requisito. No, pues ello implica un cambio a las reglas del juego y una grave afectación a la valoración objetiva de requisitos y además corre el riesgo de afectar lo sustantivo o esencial del contrato, cosa que sí sería grave y muy seguramente viciaría de nulidad el proceso licitatorio.

Empero, es posible aclarar –no subsanar– documentos que soportan dichos factores, tal como una copia no legible aportada por el proponente, siempre que no la cambie por otra en desmedro de los demás oferentes, o la indicación de datos ausentes en los documentos presentados y que sirven para puntuar, como fechas de inicio, terminación, u otros, sin que pueda permitir mejorar las ofertas, pero que aclaren aspectos de los documentos previamente presentados.(Guerra Moreno, 2015)

No obstante, se deberían eliminar las causales de rechazo de los pliegos de condiciones que son propias de la subsanabilidad, como cuando se indica el rechazo de una oferta por no haber presentado el RUP en firme al momento del cierre –lo cual quedó superado con las circulares 12 y 13 de Colombia Compra Eficiente–, o de inadmitir ofertas por ausencia de determinados documentos tales como copias de documentos probatorios de requisitos NO HABILITANTES , pero en particular, se considera subsanable la acreditación de la inscripción ante el RUP y la Garantía de Seriedad exigida en los pliegos de condiciones.

A manera de colofón, se podría afirmar que las reglas de subsanabilidad buscan resolver aspectos formales del proceso contractual y por ende no puede afectar la esencia de la propuesta y de las exigencias de la entidad contratante.

De otra parte, esta facultad es atribuible única y exclusivamente a la entidad pública y esta posibilidad no es aplicable para el oferente, en la medida que es el proponente quien se somete a las reglas del juego impuestas por el contratante, sobre todo cuando es la entidad pública quien en su responsabilidad social y económica con los fines supremos del Estado, debe velar por la defensa de los intereses públicos.

Es claro que la subsanabilidad no es atemporal, ella se surte durante el proceso contractual, hasta el cierre del mismo y el no cumplimiento de los requerimientos del contratante, podrá dar motivo al rechazo de la oferta. (Guerra Moreno, 2015)

Lo que se subsana no es el requisito, es la prueba. Es la demostración documental y material de información necesaria para la entidad contratante, lo que no puede implicar que se haga uso de tal regla para imponer, variar o reducir requisitos ya preestablecidos en el respectivo pliego de condiciones.

El principio de imparcialidad es imprescindible en todo momento y cuando sea necesario subsanar algún detalle del proceso, éste se deberá surtir en igualdad de condiciones para los oferentes y se deberá hacer de manera pública, haciendo uso de los medios de comunicación disponibles que den fe de la diaphanidad y transparencia en el manejo y conducción del respectivo proceso contractual.

7. CONCLUSIONES

Luego del análisis y estudio de la procedibilidad en la aplicación de las reglas de subsanabilidad, se puede colegir a manera de conclusión, que:

Es claro que las reglas de subsanabilidad se constituyen en la posibilidad de remediar aquellas situaciones que le permitan al oferente aclarar requisitos que no afecten la esencia del proceso concursal y que contribuya a garantizar la igualdad y equidad entre todos los oferentes respecto de aquellos requisitos que no afecten el puntaje de evaluación de las ofertas. (Niño, 2012)

De igual manera la posibilidad de remediar esas situaciones no son eternas en el tiempo, deben ser antes del acto de adjudicación en donde todos los oferentes podrán aclarar, remediar o acreditar los documentos o certificaciones que deban surtir para armonizar el proceso con criterios de equidad y transparencia.

Con base en los pronunciamientos del Consejo de Estado, a ninguna entidad le es permitido rechazar propuestas cuando se presenten ausencia o yerros en documento estrictamente formales que no incidan en la modificación o alteración de las condiciones preestablecidas en el pliego de condiciones, conocidos como requisitos habilitantes.

El funcionario público está facultado para hacer uso de dicho instrumento procedimental, siempre y cuando, se reitera, no afecte la naturaleza misma del proceso concursal.

El derecho a subsanar no es del Estado, sino es un derecho que le asiste al oferente.

Esto con el fin de evitar el rechazo de las ofertas, para lo cual las entidades estatales tienen la obligación de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

La ausencia de claridad respecto de cuáles son los requisitos subsanables se ha prestado para que los pliegos de condiciones sean diseñados o direccionados de acuerdo al perfil de un solo proponente, lo que afecta el principio de transparencia del proceso concursal, en detrimento del interés del oferente y en riesgo de potenciales demandas en contra del Estado.

Las entidades están obligadas a conceder al proponente la oportunidad de corregir los documentos aportados en la oferta, pues en caso contrario, estarían violando derechos del oferente y de paso estarán incumpliendo las obligaciones que le ordena la ley.

Es necesario que el legislador, mediante la promulgación de una ley en particular, provea la certeza jurídica que evite la arbitrariedad del agente estatal en la interpretación y aplicación de la Regla de Subsanción en donde su razonamiento sea conforme a los principios y fines de la Contratación Estatal y que sus actuaciones satisfagan los intereses del Estado y el de los particulares en su justo derecho a participar con todas las garantías en procesos licitatorios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Guerra Moreno, D. (2015). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano, a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 157-184

Laguado R., (2004). *Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia*. Londres. Edición original:

Mármol, G. J. (2013). Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 145-169.

Niño Meléndez, D. A. (2012). Aplicabilidad y logros de la política antitrámites en las entidades del Estado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 41-55.

Pino, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Procuraduría General de la Nación. (2005). *Instituto de Estudios del Ministerio Público. Selección de Contratistas Contratación Directa*. (2ª ed.) Bogotá: Autor.

Revista Semana. *La Vena Rota*. Bogotá: Edición 1092 de 4 de julio de 2003

Revista Semana. *La gran constructora: Las actividades de la Universidad de Cartagena*, publicado en la edición 1204.

Santos Ibarra, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la luz de la Ley 1437 de 2011. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 133-144.

TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION PUBLICA: RETOS HACIA EL FUTURO, con ocasión de la reforma a la Ley 80/93.

Torres, J. (1998). *Interventoría de contratos de informática*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Procuraduría General de La Nación.

Uribe Holguín, R. (1980). *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Ustariz, L. (1997). *Régimen de los conflictos de interés*. Bogotá: Asobancaria.