

TITULO

SUBSANACION EN LOS PROCESOS DE CONTRATACION

ESTUDIANTE: ELKIN RUBIO RODRIGUEZ

CÓDIGO: 201122996

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL.

INSTITUTO DE POSTGRADOS FORUM

Contenido

TITULO.....	1
INTRODUCCION	3
PROBLEMA DE INVESTIGACION	4
DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	4
FORMULACION DEL PROBLEMA	4
OBJETIVOS	5
OBJETIVO GENERAL	5
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	5
MARCO REFERENCIAL DEL PROYECTO.....	6
MARCO TEÓRICO.....	6
MARCO LEGAL	6
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	7
DESARROLLO DEL PROBLEMA.....	8
QUE SE PUEDE SUBSANAR?	8
HASTA CUÁNDO SE PUEDE SUBSANAR?.....	16
ESQUEMA GRAFICO PROCESO DE SUBSANACION.....	19
BIBLIOGRAFÍA.....	20

INTRODUCCION

Dentro de los procesos de contratación que se realizan en las entidades públicas cobijadas por la Ley 80 y complementarias en nuestro país la subsanación es un ejercicio reglado en derecho, en contraste hoy en día hace curso por parte de muchos proponentes que la subsanación es una oportunidad de estructurar y ajustar la propuesta a lo largo del proceso contractual a conveniencia según vaya evolucionando su situación particular en el mismo e inclusive de manera intencional en caso de visualizar posibles inconvenientes para la ejecución del futuro contrato, a manera de “válvula” de escape dentro del mismo proceso.

Por otro lado, la queja generalizada de los proponentes asiduos en diversas entidades del Estado es la diversidad de criterios por parte de las entidades contratantes ante situaciones puntuales en el desarrollo de la subsanación, la Entidad que permite subsanar inclusive en la audiencia de subasta no comparte ni responde (ni tiene porque hacerlo) ante el proceder de otra entidad que ha fijado una fecha cierta para subsanar antes del evento de subasta y no permite en dicha audiencia siquiera la intervención de los proponentes.

Lo anterior contextualiza algunos de los vacíos que más allá de este ensayo considero que es menester del Legislador definir de manera patente en la Ley en vía de procesos de subsanación transparentes y en concordancia con el principio de Economía consagrado en el Artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

PROBLEMA DE INVESTIGACION

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Gran parte de la controversia se genera, entre otras, por la discrecionalidad de las diferentes Entidades Publicas en la aplicación de:

- Diferentes plazos y términos para ejercer el derecho a subsanar.
- Diferencias de juicio respecto a que es o no subsanable.
- Diferencias de juicio respecto a la aceptación o no de los documentos a acreditar o subsanar.

Lo curioso sin embargo, es que el sustrato de las circunstancias que configuran la posibilidad de ejercer este derecho por parte de los proponentes y la obligación por parte de la entidad, se encuentra soportada en la Ley y es técnicamente clara respecto a la aplicación y desarrollo de los aspectos antes mencionados.

FORMULACION DEL PROBLEMA

Porque se presentan controversias o disparidad de criterios respecto de lo que se puede subsanar por parte del proponente en los mecanismos de selección del contratista?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar las razones por las que se presentan controversias o disparidad de criterios respecto de lo que se puede subsanar por parte del proponente en los mecanismos de selección del contratista.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar las circunstancias que mas generan polémica dentro del ejercicio de subsanación.
 - a. Que se puede subsanar (aspectos de forma y de la esencia).
 - b. Hasta cuando subsanar.

2. Esquematizar el proceso de subsanación de acuerdo a las conclusiones del documento para un sano y expedito ejercicio de subsanación.

Una propuesta grafica que brinde rápidas soluciones a las controversias que surgen en desarrollo del proceso contractual en el momento de subsanar, de manera que mediante la socialización de un sencillo esquema se logre consenso respecto a la aplicación del derecho de subsanabilidad consagrado en la Ley. Lo anterior generará una dinámica precontractual ágil y con la aquiescencia de las partes del justo y claro proceder del derecho a subsanar para todos los proponentes.

MARCO REFERENCIAL DEL PROYECTO

MARCO TEÓRICO

- Circunstancias que más generan polémica dentro del ejercicio de subsanación.
- Hasta cuando subsanar.
- Que se puede subsanar (aspectos de forma y de la esencia).
- Esquema grafico decantado en la Ley para un sano ejercicio de subsanación.

MARCO LEGAL

- Ley 80 de 1993,
- Ley 1150 de 2007
- Ley 1474 de 2011
- Decreto 734 de 2012

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta el objeto de estudio y el campo de aplicación, el desarrollo del presente ensayo recae necesariamente bajo la metodología del análisis y la síntesis documental.

Considero que el desarrollo lógico debe analizar en primer lugar que leyes se encuentran en posición de generar contrasentido, de manera que se pueda establecer la prioridad de las mismas o la verdadera vocación del legislador en dichas leyes. Lo anterior debe tener apoyo en la jurisprudencia reciente en el tema con fin de encontrar parámetros generales de los conceptos de la Corte, lo cual servirá como elemento de juicio para los objetivos del presente documento

Consecuentemente debe proceder el ejercicio propositivo planteado en los objetivos el cual debe dar respuesta ajustada a la posible inseguridad jurídica relativa al derecho de subsanación.

DESARROLLO DEL PROBLEMA

QUE SE PUEDE SUBSANAR?

La Ley 80 de 1993, ya preveía la necesidad de crear una instancia dentro del proceso contractual donde se permitiera aclarar o enmendar aspectos de la propuesta que no fuesen de su esencia, de la Ley en comento, especialmente en lo normado en numeral 7 del Artículo 30- De la Estructura de los Procedimientos de Selección:

De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

Sin embargo el verdadero sustrato del ejercicio de subsanar recae en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Lo anterior se traduce en la convicción de que lo más importante dentro de una oferta corresponde a su esencia, para el caso que nos ocupa, aquellos aspectos que asignan puntaje. De tal manera y bajo la premisa que todas las ofertas son evaluadas con un mismo rasero en los aspectos jurídicos, técnicos y financieros que indica el pliego de condiciones, la única forma de COMPARAR y diferenciar las propuestas para escoger la más conveniente es el ofrecimiento como tal, lo esencial de la propuesta es lo que efectivamente se está ofreciendo –productos y/o servicios – y NO las características del proponente.¹ En esta idea radica el principio de la selección objetiva.

Acá es importante mencionar que aunque características inherentes a la empresa como su antigüedad, su capacidad financiera o su organización operacional son relevantes o coloquialmente “esenciales”, para efectos del proceso contractual deben ser observados como requerimientos mínimos que deben ser cualificados de igual manera para todos los proponentes, insisto que lo esencial es aquello que el proponente “A” ofreció de más o de menos (en todo caso diferente) al proponente “B”, según establezca como un beneficio la entidad contratante en el pliego de condiciones² y que define entonces, aquello que se puede subsanar.

Lo anterior tiene además una lógica que precede el estatuto de contratación y que para efectos de este ensayo sirve para definir uno de los objetivos del mismo: Se puede subsanar aquello en lo que debo ser igual a los demás, ya que siendo igual a los otros en el aspecto que sea, cuestionando al otro me estoy poniendo bajo sombra de duda a mí mismo, por ende solo hay cabida a refutar lo que es diferente a mí.

¹ Párrafo primero, Artículo 5 Ley 1150 de 2007

² Art. 88, Ley 1474 de 2011.

Con esta claridad se hace necesario poner de presente que existe una diferenciación entre las condiciones habilitantes, las cuales son inherentes al proponente y se incorporan en el marco de lo jurídico y lo financiero y aquellos elementos relativos a la oferta la cual se compone de lo técnico y lo económico, según hablan los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo...”

“2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos...”

No es casual pues que las condiciones habilitantes (jurídicas y financieras) estén consignadas de manera estandarizada en un documento que para efectos de los procesos contractuales ya tiene que haber sido objeto de verificación por un tercero autorizado para tal efecto: El Registro Único de Proponentes. Siendo apenas obvio que las condiciones técnicas y económicas se enmarquen para cada negocio en particular y es en si lo que compone la ESENCIA de la propuesta.

Ahora, analicemos la siguiente situación: En el caso de los procesos de selección cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización el único factor de evaluación debe ser el menor precio – numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007-, así mismo el párrafo 1 del mismo artículo afirma que *“...En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”*

Así las cosas, si en un proceso de selección abreviada con subasta inversa el único mecanismo de asignación de puntaje es el precio, cabría la posibilidad de subsanar la oferta técnica?

La respuesta sería un SI en caso que la entidad requiriera aclaración a la oferta técnica presentada en oportunidad dentro de la oferta, tema posterior sería la validación de cumplimiento de dicha subsanación, la cual estaría supeditada no solo a la efectiva enmienda o aclaración al cumplimiento técnico sino también a que la misma cumpliera con las condiciones del párrafo 5 del artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012:

“...ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.”

Aunque ya se mencionó que no es válido adicionar ni mejorar, no está de más mencionar que este ejercicio es válido también siempre que no haya una modificación de la oferta técnica inclusive en el más mínimo sentido, acá el sentido de subsanar recae exclusivamente en el contexto de aclarar la información consignada de manera previa dentro de la oferta técnica al momento de la presentación de la oferta al cierre del proceso.

Así mismo, la respuesta sería un NO rotundo si dentro de la propuesta presentada en la fecha programada para la entrega de propuestas no obra un documento de ofrecimiento técnico o la respuesta a las fichas donde se detallan el cumplimiento a las características técnicas uniformes que menciona el numeral 1 del artículo 2.2.3 del Decreto 734 de 2012 y según establece el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, *“las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”*, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones, incluida la ficha técnica, ya que en caso de darse esta situación, al subsanar entregando una oferta técnica claramente se estaría configurando una adición al contenido de la oferta.

En general, lo sustancial sobre lo formal es un sistema de saneamiento de defectos que NO afectan sustancialmente la oferta y que habilita a la entidad a no privarse de una oferta que pudiera ser considerada para suplir sus necesidades. Para el caso particular, la no presentación dentro de la propuesta de una oferta técnica es una afectación gravísima *per se* de la misma, al considerarse esta parte fundamental de un ofrecimiento total, en concordancia con lo expresado en el párrafo anterior, a esa invitación reglada a cotizar en que se convierte el pliego de condiciones.

Lo anterior se complementa en la respuesta No 4 del concepto del Consejo de Estado³ al Ministerio de Transporte ante inquietud similar:

“Lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre

³ Concepto de Mayo 20 de 2010. Radicación: 11001-03-06-000-2010-00034-00 (1.992). Consejero Ponente: Dr. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.”

Ahora, más allá de que algún requisito sea susceptible de ser subsanado, la entidad contratante debe aceptar mi subsanación?

La respuesta claramente es NO, sin embargo de que depende esto? La respuesta se somete al cumplimiento de los siguientes criterios:

1. El documento subsanado efectivamente enmienda o soluciona la falla del requerimiento mínimo exigido en los pliegos o la Ley.
2. No adiciona, complementa o modifica la oferta presentada.
3. No acredita un hecho ocurrido con posterioridad al cierre del proceso.

El primer criterio es el más obvio y asumiré que no requiere mayor explicación, no sin embargo el segundo y tercero, los cuales ampliaré así:

- Adicionar una oferta corresponde al intento de subsanación que pretende incluir un ofrecimiento que NUNCA fue mencionado en la oferta original.
- Complementar una oferta corresponde al intento de subsanación que pretende que a un ofrecimiento hecho se le atribuyan características que NO son propias del mismo.
- Modificar una oferta corresponde al intento de subsanación que elimina características de la misma y/o las reemplaza por otras diferentes.

El último criterio establece un parámetro que en primera instancia podría verse desde una óptica muy básica, (en muchos de los casos así puede ser) por lo cual es necesario tener en cuenta lo expresado en el concepto del consejo de estado antes mencionado, es importante no confundir la prueba -Ej. El documento físico aportado para subsanar- y el requisito –la información que acredita dicho documento- esto es, que aunque el documento emitido pueda tener una fecha de expedición posterior a la fecha de cierre del proceso contractual, si acredita hechos que ocurrieron con anterioridad a la misma, son perfectamente validos dentro del ejercicio de subsanación. Sin embargo para efectos positivos de una subsanación de este tipo, es indispensable que se mencione textualmente en la prueba que el requisito es efectivamente cumplido en una fecha cronológica anterior al cierre del proceso.

Hay requisitos que no se pueden subsanar? Efectivamente si, hay defectos muy graves que sin constituir factores de evaluación no es posible que sean enmendados, como por ejemplo la garantía de seriedad de la oferta según establece el Artículo 5.1.7. del Decreto 734 de 2012. Pero porque es tan grave si el Artículo 5.1.8. del mismo Decreto Incluye varias excepciones para la presentación en la oferta de la garantía de seriedad, inclusive aquella contemplada para las selecciones abreviadas con subasta inversa.

Es necesario mencionar que la razón de ser de la garantía de seriedad radica en convertirse en el respaldo a la irrevocabilidad de la oferta, lo cual para efectos del proceso de contratación soporta lo siguientes hechos:

- Los costos en tiempo y recursos administrativos para el desarrollo de un proceso contractual que pudiera resultar fallido y los intereses que este representa.

- Es una forma de advertir a proponentes que no tienen interés real en contratar y que piensan que no asumirían mayores consecuencias al retirar sus ofrecimientos.

En caso de pretender subsanar un póliza de seriedad no presentada conjuntamente en la propuesta, más allá de que se podría estar configurando un hecho ocurrido con posterioridad al cierre del proceso, en caso que la póliza tenga fecha de expedición posterior al cierre del proceso, NO es viable hacer ofrecimientos sin la garantía de seriedad que exige el mismo estatuto de contratación, pues la misma es consustancial a la oferta y constituye por tanto un requisito indispensable para participar en el proceso de selección (artículo 7 Ley 1150 de 2007)⁴

En conclusión, la póliza de seriedad se convierte en la manifestación de irrevocabilidad de la oferta, requisito que debe ser concurrente con la misma desde el momento de su presentación. A manera de contextualización, que pasaría durante el tiempo que transcurre entre el cierre del proceso y el recibo de subsanación de la presentación de la póliza de seriedad? Es por tal motivo que la póliza de seriedad no es subsanable en su presentación. Sin perjuicio de lo anterior, son saneables, en los términos previstos en la ley y sus decretos reglamentarios, los defectos de la póliza presentada oportunamente, en la medida que ésta no es un factor de comparación de las propuestas.

En los casos previstos en la Ley en que no se exige póliza, se contemplan las mismas sanciones que conlleva el acto administrativo de hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta.

⁴ Concepto 1927 del 6 de noviembre de 2008. Número Único 11001-03-06-000-2008-00079-00.

HASTA CUÁNDO SE PUEDE SUBSANAR?

El artículo 2.2.8. del Decreto 734 de 2012 establece respecto de las Reglas de subsanabilidad:

En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

*Tales requisitos o documentos **podrán** ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.*

Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

Para la respuesta a la inquietud, es importante recaer en el texto subrayado, ya que en últimas el ejercicio de subsanar no es un derecho:

“Lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta a lo largo del proceso contractual”⁵

Sin embargo, de acuerdo con lo anterior, aun cuando se vislumbra potestativo, es deber de la Entidad ejercer esta posibilidad? Pienso que la respuesta es un imperioso SI, en correspondencia con los principios de Transparencia, Economía y Responsabilidad.

La manera de ejercer dicha posibilidad (donde) debe ser establecida en el pliego de condiciones junto las fechas máximas para tales efectos. Sin embargo, lo anterior ha sido escenario de no pocas controversias frente a lo normado en el párrafo cuarto del Artículo de 2.2.8 del Decreto 734 de 2012

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto”

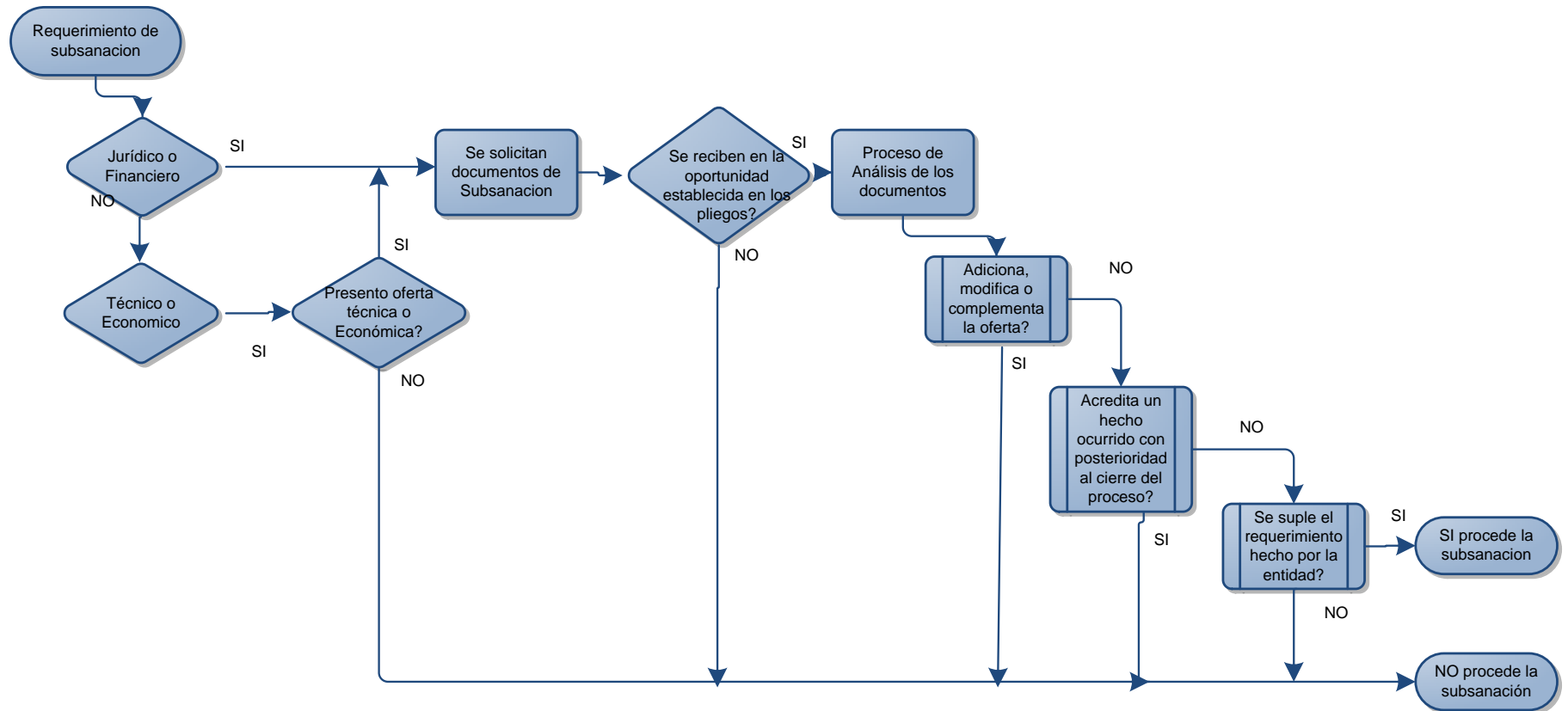
Es este uno de los párrafos que pienso generan mayor controversia dentro de la evaluación de los proceso contractuales y que lamentablemente después de muchas derogatorias aún no ha sido corregido o más bien aclarado por la fuerza de la Ley y no de jurisprudencia, la cual en muchos casos es contradictoria.

⁵ Concepto de Mayo 20 de 2010. Radicación: 11001-03-06-000-2010-00034-00 (1.992). Consejero Ponente: Dr. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Ya habiendo sido motivo de consulta, amplia jurisprudencia ha determinado que la acepción de “*hasta*” infiere un momento en el tiempo antes de la fecha de realización del evento de subasta inversa y determinado con anticipación en el cronograma del proceso, por lo cual es errado de parte de un proponente, como usualmente sucede, suponer o intentar subsanar antes del inicio de dicha audiencia o antes de iniciar los lances de mejora de oferta.

En conclusión, el ejercicio de subsanar es válido únicamente hasta la fecha en la cual la Entidad lo dejó establecido en el pliego de condiciones.

ESQUEMA GRAFICO PROCESO DE SUBSANACION



BIBLIOGRAFÍA

- PINO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2005.
- MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2005.
- Concepto de Mayo 20 de 2010. Radicación: 11001-03-06-000-2010-00034-00 (1.992). Consejero Ponente: Dr. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil
- Concepto 1927 del 6 de noviembre de 2008. Número Único 11001-03-06-000-2008-00079-00. Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil
- Ley 80 de 1993.
- Ley 1150 de 2007.
- Ley 1474 de 2011.
- Decreto 734 de 2012.