

REVOCATORIA ACTOS ADMINISTRATIVOS – Doctrina – Noción

“un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador, con el fin de revisar sus propias actuaciones y, dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas”.

TERMINACIÓN PROCESO DE SELECCIÓN – Contratación estatal – Terminación normal – Posibilidades Terminación anormal

Ahora bien, en cuanto a las formas como puede terminar un proceso, esta Corporación ha sostenido que existen tres posibilidades: i) mediante la adjudicación del contrato, ii) la declaratoria de desierto o, iii) mediante la revocatoria del acto de apertura al respectivo proceso de selección. Estas opciones podrían denominarse formas normales de terminación del proceso de selección de contratista, mientras las mismas ocurran por las causales que la ley prevé para su ocurrencia; por el contrario, cada vez que una de estas vías posibles se utilice por parte de la administración en contravía de los supuestos que la ley o los reglamentos establecen para las mismas, se estará ante una terminación anormal del proceso de selección.

DECLARATORIA DESIERTA LICITACIÓN – Acto administrativo – Acción procedente – Término

Ahora, siendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la acción pertinente para combatir el acto administrativo que declara desierta una licitación, el término de caducidad, antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, era el de cuatro meses que consagraba el inciso segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, hoy numeral 2º del mismo artículo de esa misma codificación; mientras que después de la entrada en vigencia de dicha ley, el término de caducidad será de 30 días. Sólo resta advertir que la Ley 446 de 1998 entró en vigencia el 8 de julio de ese mismo año puesto que de acuerdo con su artículo 163 ella entraría a regir a partir de su publicación y ésta se hizo en el Diario Oficial No. 43.335 de aquella fecha. Estos lineamientos serán aplicados en el momento de resolver el caso concreto.

PLIEGOS DE CONDICIONES – Principio de transparencia

Los pliegos de condiciones se instituyen como uno de los principales instrumentos que desarrollan y permiten la efectividad no solamente del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, pues en éste se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no sólo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar.

PLIEGOS DE CONDICIONES – Doble naturaleza

[...] ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico celebrado.

PLIEGOS DE CONDICIONES – Violación – Vicio de nulidad

De esta forma, el pliego de condiciones se erige como uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes quedan sometidos imperativamente a él, de forma tal que el desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo o actuación de los oferentes o contratistas o de la administración que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad

PLIEGOS DE CONDICIONES – Requisitos necesario – Comparación de ofertas

[...] se debe realizar una distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones que son aquellos que sí lo son; de forma tal que se entienda que el

incumplimiento de aquellos no conduce al rechazo o exclusión de las propuestas y por lo tanto son subsanables; y que el incumplimiento de éstos si conduce al rechazo o exclusión de éstas y que por lo tanto no son subsanables.

Al respecto, se ha señalado que existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales que “*atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal*”.

SUBSANACIÓN OFERTAS – Contratación estatal – Noción

Lo anterior significa, que en el plano de la contratación estatal la subsanación de las ofertas, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que bajo esta consideración se estaría violando el derecho de igualdad poniendo en desventaja a los demás participantes.

PLIEGOS DE CONDICIONES – Estructuración – Reglas claras

Dichas reglas constituyen una garantía de objetividad en el proceso de selección, razón por la cual se exige que estas sean “claras, es decir, no generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título”.

SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA – Deber de la administración – Derecho del contratista

Así lo dijo la jurisprudencia contenciosa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, en donde indicó que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico.

RECHAZO IN LIMINE OFERTAS – Estatuto contractual

Es evidente que dicho estatuto previó la imposibilidad del rechazo *in limine* de las ofertas por el incumplimiento de formalidades e impuso a las entidades estatales la carga de alcanzar la claridad en los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas, para de esta manera, evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales de los proponentes. Es decir, que si la entidad no comprende alguna o algunas de las cosas señaladas en la oferta, o si existe contradicción, o si un requisito fue omitido debe la administración solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes para lograr los fines de la contratación.

SUBSANABILIDAD – Ley 1150 de 2007

[...] con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se estableció un nuevo criterio de subsanabilidad que se encuentra consagrado en el artículo 5 párrafo 1, el cual establece que: “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de 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”

A partir de este momento, el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, dejó de ser tan abstracto y empezó a ser determinado, circunscribiéndose a aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, caso en cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección.

SUBSANABILIDAD – Requisitos subsanables

Así pues, podrían subsanarse requisitos tales como la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía. Más no, omisiones tales como el precio de un ítem, el plazo de ejecución de contrato (si se evalúa), etc., por cuanto estos requisitos otorgan puntaje a la propuesta del oferente.

SUBSANABILIDAD – Consejo de Estado – Secuencia jurisprudencial

Sentencia del 26 de febrero de 2011

Sentencia del 14 de marzo de 2013

Providencia del 26 de febrero de 2014

Sentencia del 12 de junio de 2014

Sentencia del 12 de noviembre de 2014

Sentencia del 12 de noviembre de 2014

Sentencia del 13 de febrero de 2015

Sentencia del 11 de mayo de 2015

CONCEPTO DEL COMITÉ EVALUADOR – Obligatoriedad

[...] el Director de la adjudicación o representante legal de la entidad estatal contratante podrá apartarse de la evaluación y calificación de las propuestas efectuada por el comité asesor, siempre y cuando advierta que ésta no se sujetó a las reglas y parámetros objetivos señalados en el pliego de condiciones.

En éste orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección.

En conclusión, el informe de calificación y evaluación de las propuestas no crea en favor del proponente que obtuvo el mayor puntaje el derecho a ser adjudicatario del contrato, pues en últimas se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad la selección del contratista, quién va a verificar que la calificación otorgada por el comité asesor se sujetó a las reglas y parámetros objetivos fijados en el pliego de condiciones.

DAÑO ANTIJURÍDICO – Contratación estatal – Etapa previa contrato

[...] el daño antiujurídico en materia de contratación estatal o en la etapa previa a la celebración del contrato, ha de entenderse como la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable y anormal, a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona; esa lesión debe ser producto de una acción, omisión o inactividad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones pública administrativas de naturaleza precontractual, que la víctima no está en el deber de soportar.

DAÑO PRECONTRACTUAL – Escenario

Son dos escenarios los que concurren en el daño precontractual: i) Un escenario de libertad comercial descrito por el artículo 333 de la Constitución Política, ii) Un escenario de respeto al orden jurídico legal y la buena administración descrito por el artículo 40 de la ley 80 de 1993. En estos dos escenarios se exige a la administración y a los particulares que pretenden contratar con ella, un comportamiento leal que denote buena fe objetiva.

PRINCIPIO DE BUENA FE – Consejo de Estado

[...] lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”.

FORMACIÓN DEL CONTRATO – Terminación injustificada – Genera responsabilidad

Traspolando el supuesto previsto en el artículo 863 del Código de Comercio al ámbito del contrato estatal, puede decirse que una terminación injustificada por parte de la Administración Pública en la formación de un contrato, después de que ésta ha dado elementos necesarios para que los oferentes creen justificadamente en la posibilidad de su celebración, como ocurre cuando, después de fundamentada en estudios previos, abre un proceso de selección en cualquiera de sus modalidades, se elaboran los correspondientes pliegos de condiciones y se reciben las propuestas de los oferentes; si injustificadamente declara desierto un proceso de licitación; será esta una conducta que no consulta la buena fe contractual y generará responsabilidad. Dentro de este contexto normativo será examinado el caso concreto una vez se hayan reseñado las pruebas que obran en el expediente.

IMPUTACIÓN DEL DAÑO – Contractual – Precontractual – Dos ámbitos – Atribución fáctica – Atribución jurídica

Ámbito de atribución Fáctica: Este ámbito hace referencia al análisis que desde la perspectiva de la causalidad cabe hacer dentro del juicio de imputación, procurando determinar el alcance de la relación de causalidad, los eximentes que pueden operar, y la concurrencia causal que puede afectar este momento de estudio de la imputación [...]

Ámbito de atribución jurídica: Este ámbito es propio del debate de la imputación objetiva, esto es, aquél en el que se indaga qué deberes normativos, deberes positivos son incumplidos, omitidos, cumplidos defectuosamente, o en cuáles la posición del Estado frente a medios disponibles razonable y proporcionalmente operan para anticipar o prevenir el daño antijurídico [...]

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL – Motivos – Grupos de casos de responsabilidad

A propósito de los motivos que pueden generar la responsabilidad precontractual, la doctrina establece lo que ha denominado grupos de casos de responsabilidad precontractual así: i) La ruptura injustificada de las negociaciones ii) la celebración de un contrato inválido por violación de la buena fe precontractual y iii) la celebración de un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la violación de deberes precontractuales.

ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE – Llevar proceso hasta terminación

Desde la óptica de la administración contratante también existe un deber de llevar el proceso de selección iniciado hasta su fin; máxime cuando ya existen sujetos que han presentado ofertas conforme a los términos de referencia diseñados por la misma administración; excepción hecha de la autorización que se le ha dado de revocarlo en protección del interés público o social. Sin embargo, aún en este evento, la terminación intempestiva generará responsabilidad frente a los oferentes.

DAÑOS – Etapa precontractual

[...] se producen daños que generan perjuicios respecto de los cuales procede su compensación, y que pueden comprenderse bajo dos categorías que deben distinguirse: (1) el “interés negativo o de confianza”, que comprende aquellos gastos, expensas o pérdidas que se causan por la no celebración del contrato, como los gastos desplegados durante la fase de formación del contrato [v.gr., gastos de desplazamiento, de papelería, de llamadas telefónicas, de oportunidades de suscripción de otros contratos, etc.]; y, (2) el “interés positivo”, que comprende las “ventajas conexas con la ejecución del contrato”, que pueden representarse en la utilidad que se desprende de la naturaleza y condiciones del contrato frustrado, de las expectativas ciertas creadas en función de las actividades, mercados y productos que se relacionaban directamente con el mismo, por ejemplo.

Advierte la Sala sin embargo, que excepcionalmente podrían reconocerse precontractualmente otro tipo de daños ajenos al interés negativo, los cuales no tienen dificultad cuando se trata de una

disminución del patrimonio; en cambio se torna más compleja si el perjuicio consiste en un ingreso futuro. En este mismo orden de ideas se utiliza la categoría de daño emergente, cuando el objeto de la lesión derivada de responsabilidad precontractual es actual y está dentro del patrimonio de la víctima cuando se produce el daño, como ocurre con los gastos asumidos en el desarrollo de las negociaciones; y lucro cesante, cuando la lesión recae sobre un interés que no se encontraba en la esfera del lesionado en el momento del daño, sino a un interés futuro y cierto, que en materia de responsabilidad precontractual tiene que ver con la utilidad futura.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 85001-23-31-000-2011-00109-01(51376)

**Actor: PRODUCTOS MÉDICOS COLOMBIANOS LTDA. - PRODUMEDIC -
ULTRADENTAL S.A.S. ELECTROMEDICINA (INTEGRANTES DE LA UNIÓN
TEMPORAL L.A.S. PRODENTAL)**

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(APELACIÓN SENTENCIA)**

**Contenido: Rechazo de la Nulidad de la Resolución que declara desierta licitación-
Rechazo de la pretensión de incumplimiento del Contrato- Rechazo de la pretensión
de desequilibrio económico del contrato- Revocatoria de los actos administrativos y
el término para impugnar su legalidad- Naturaleza jurídica del acto que declara
desierta una licitación y el término de caducidad para impugnar su legalidad-
Vinculatoriedad del pliego de condiciones- Subsananabilidad de vicios y falencia en las
propuestas contractuales ante las entidades estatales- La no vinculatoriedad del
concepto del comité evaluador- El contexto normativo de la responsabilidad
precontractual.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹ contra la sentencia del 5 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que resolvió:

“1° DECLARAR infundadas las glosas procesales propuestas por la parte pasiva.

2° DENEGAR las pretensiones de los demandantes PRODUCTOS MÉDICOS COLOMBIANOS LTDA “PRODUMEDIC”, ULTRADENTAL S.A.S, L.A.S ELECTROMEDICA S.A (integrantes de la U.T. L.A.S. PRODENTAL) contra el

¹ Fls. 1062 – 1074 del C.P

departamento del Casanare, por haberse declarado desierto la licitación CAS-SSLP-043-2010, acorde con lo indicado en la motivación [...]”

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 12 de julio de 2011², **Productos Médicos Colombianos Ltda – Produmedic – Ultradental S.A.S. Electromedicina, miembros de la Unión Temporal L.A.S. PRODENTAL** – presentaron demanda contra **el Departamento de Casanare** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. – Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0039 del 3 de febrero de 2011 por medio de la cual se declaró desierto el proceso de licitación pública N° CAS-SS-LP-043-2010.

1.2. – Que a su vez, se declare nulo el acto ficto presunto negativo que dio respuesta al recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución 0039 de 3 de febrero de 2011.

1.3. – Que como consecuencia de lo anterior:

1.3.1. – Se declare que la entidad demandada es responsable por los perjuicios de todo orden causados a la Unión Temporal L.A.S PRODENTAL y que se condene a la misma al pago de aquellos debidamente actualizados con base en la determinación de las sumas que se prueben en el proceso con base en la utilidad esperada por la ejecución del proceso de contratación declarado desierto.

1.3.2. – Como pretensión subsidiaria a la anterior, solicitó que:

1.3.2.1. – De no ser posible determinar la cuantía de los perjuicios conforme a la pretensión principal, solicita se condene en forma genérica señalando las bases con arreglo a las cuales se podría hacer la liquidación incidental.

1.4 – Costas y agencias en derecho.

2. Fundamentos Fácticos.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

² Fls. 1 – 29 del C.2

La entidad demandada mediante convocatoria pública del 18 de noviembre de 2010 abrió el proceso de contratación N° CAS-SS-LP-043-2010 con el propósito de adquirir equipos biomédicos para diferentes E.S.E del Departamento en el área materno infantil; especificando dentro del pliego de condiciones aspectos relativos al objeto, regulación jurídica, factores objetivos de selección y todas las circunstancias que la entidad demandada consideró necesarias para el proceso de selección. Dentro de dichas circunstancias, se determinaron como factores de calificación el económico, que otorgaba 600 puntos; y la calidad, la cual brindaba 400 puntos. La parte demandante dentro de la oportunidad señalada en el pliego de condiciones presentó propuesta técnica y económica.

El 31 diciembre de 2010, la entidad demandada, mediante resolución N° 10048-0404 decidió suspender el proceso de licitación para reiniciarlo el 25 de enero de 2011. Antes de reiniciar el proceso la entidad procedió al saneamiento de un vicio de procedimiento contractual mediante resolución N° 10048 - 0022 del 24 de enero de 2011, en la cual subsanó un error en lo concerniente al traslado de los informes de evaluación de las propuestas, fijando el mismo entre el 28 de diciembre de 2010 y el 26 de enero de 2011.

Dentro del término de traslado, esto es, el 26 de enero de 2011, uno de los proponentes presentó observaciones a la propuesta entregada por la Unión Temporal integrada por las demandantes, según las cuales dicha propuesta contrariaba aspectos que, según lo afirmado en la demanda, ya habían sido objeto de pronunciamiento por parte del comité evaluador de los pliegos. No obstante, en acta del 27 de enero de 2011, este comité señaló como inhábil la propuesta por la parte demandante en su aspecto técnico.

Afirma la parte actora que, pese a haberlo solicitado, no se le dio la oportunidad para contradecir la objeción propuesta en su contra, comoquiera que no se le permitió acreditar las condiciones técnicas de una incubadora, mediante una certificación de la empresa que producía este dispositivo médico; y por el contrario, según su dicho, con base en la misma, el comité evaluador declaró inhábil la propuesta de la parte demandante, durante la audiencia de adjudicación, el día 28 de enero de 2011.

El 3 de febrero de 2011, el departamento de Casanare, mediante resolución N° 0039 declaró desierta el proceso de licitación pública N° CAS-SS-LP-043-2010, acto que, según lo manifestado en la demanda, está fundamentado en razones ajenas a lo dispuesto por la ley 80 de 1993 para que proceda la Declaratoria de Desierta. Este acto administrativo fue recurrido en reposición por la parte demandante el 9 de febrero de 2011, el cual, después de transcurridos dos meses y hasta la fecha de la presentación de la demandada no fue resuelto por parte de la administración, operando así, a juicio de la parte demandante, el silencio administrativo negativo.

3. Concepto de la violación.

Para la parte actora a lo largo del proceso de licitación pública adelantado por el departamento de Casanare se violaron: el numeral 8 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, y los artículos 25.18 y 26 de la ley 80 de 1993.

Como argumentos de la violación expuso los siguientes:

a. “violación del artículo 30 numeral 8 de la Ley 80 de 1993”:

Respecto de esta norma, resaltó la condición perentoria de los términos establecidos en las disposiciones que regulan la contratación estatal y cómo los mismos garantizan la igualdad de armas entre los participantes dentro de un proceso público contractual; circunstancia que fue desconocida por la entidad demandada en el momento en que habilitó por un día más la posibilidad de allegar observaciones sobre los informes de evaluación, hecho que desembocó en la declaratoria de una inhabilidad en contra de la parte demandante.

Como sustento de lo anterior encuentra la parte actora que, al reiniciarse el proceso licitatorio ya habían transcurrido 4 días hábiles del traslado de los informes de evaluación, y comoquiera que la resolución 100-48 de 2011 determinó que el proceso de licitación iniciaba desde la expedición de la misma, a juicio de la demandante bastaba con que trascurriera ese día (25 de enero de 2011) para que se cumpliera el plazo dispuesto en la norma que se considera violada, toda vez que la misma establece: “8o. *Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. [...]*”, y la observación realizada por el proponente fue radicada el 26 de enero de 2011, es decir, un día después de que hubiere vencido el término para poder ejecutar dicha facultad.

b. “Violación del derecho de defensa, contradicción y debido proceso”:

Se centra la discusión respecto de la observación presentada por parte de uno de los proponentes contra la oferta exhibida por la parte demandante, en cuanto la misma i) no constituía un factor de evaluación de la propuesta, comoquiera que solamente se tomaron como factores decisorios el económico y la garantía de los bienes ofrecidos, ii) ya había sido objeto de estudio por parte del comité evaluador en acta del 27 de enero de 2011, donde se determinó no reconocer esa observación y declarar como procedente la

propuesta; y iii) no se permitió que la entidad demandante refutara la observación a través de certificación documental.

c. “violación de las reglas de subsanabilidad”:

Arguyó la actora que con fundamento en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se le prohibió defender su propuesta a través de la documentación correspondiente, con lo cual, según su criterio, y sin que haya argumentación alguna, se desconoció el debido proceso de licitación pública,

d. “violación de las reglas de criterios de calificación”:

Al respecto argumentó que la entidad demandada decidió, cometiendo un abuso del poder, crear una nueva causal de evaluación con posterioridad a la expedición del pliego de condiciones; el cual se puede definir como cumplimiento de los parámetros técnicos, sin perjuicio de que dicha circunstancia había sido evaluada con anterioridad en acta del 27 de enero de 2011.

e. “violación de la norma que establece las causales de declaratoria de desierta”:

Sobre el particular, la parte demandante argumenta que de acuerdo con el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no le era dable a la entidad demandada señalar la declaratoria de desierta de un proceso de licitación mediante un acto administrativo que desconoce uno previo y ejecutoriado que le brindo una seguridad jurídica a quien se beneficiaba del mismo, y en esa misma medida no podría haber sido modificado sin acudir a la aceptación del particular afectado.

En virtud de lo anterior, pregona la parte actora que no se vislumbra de ninguna manera que haya acaecido alguna de las causales pertinentes que generen una declaratoria de desierta.

3. El trámite procesal

3.1- Admitida la demanda y notificada la demandada del auto admisorio, el asunto se fijó en lista. El apoderado del Departamento de Casanare presentó su escrito de contestación a la demanda, en el cual manifestó que la actuación de la administración se limitó a garantizar el debido proceso y a sanear un vicio en el procedimiento, siendo que la misma no desconoció ninguna regulación normativa; también se opuso a todas y cada una de las pretensiones, admitió unos hechos, negó algunos y afirmó que otros debían probarse. Adicionalmente, propuso la excepción de presunción de legalidad del acto administrativo que declaró desierta la licitación. Concluyó que: “[...] *el acto administrativo mediante el*

cual se declaró desierta la licitación pública es legal, se encuentra debidamente motivado y el criterio bajo el cual se expidió es ciertamente objetivo, pues obedeció a la recomendación del comité evaluador, en razón a que la propuesta no cumplía con el requisito habilitante [...]”.

3.2- Cuando el presente proceso se encontraba en el periodo probatorio, la entidad demandada, revocó la resolución que había dado apertura al proceso licitatorio dentro del cual se prohirieron los actos administrativos aquí demandados, esto ocurrió mediante Resolución 671 del 16 de noviembre de 2011. Después de decretar³ y practicar pruebas se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las partes y el Ministerio Público.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El 5 de marzo de 2014, el Tribunal Administrativo de Casanare negó todas las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión el *A quo* adujo:

- Comenzó el Tribunal de primera instancia por advertir que existía un hecho trascendente que las partes no habían discutido, consistente en que la entidad demandada, una vez presentada la demanda había revocado el acto de apertura de la licitación, aduciendo que en el mismo se habían omitido las publicaciones previas previstas en el numeral 3º del artículo 30 de la ley 80 de 1993, por lo cual estimó necesario verificar las consecuencias de tal omisión.

- En este propósito encontró que en virtud del principio de publicidad, la actuación de la administración al desconocer el numeral 3 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, vicia de nulidad su actuación en la etapa precontractual, la cual deberá rehacerse en su totalidad, como quiera que en el curso del proceso se allegó copia de la resolución N° 671 del 16 de noviembre de 2011, en la que se dispuso la revocatoria de manera directa y total de todos los actos administrativos expedidos con posterioridad a la resolución de 18 de noviembre de 2010, mediante la cual ordenó la apertura del proceso contractual - licitación pública CAS-SS-LP-043-2010 por cuanto se adelantó sin surtir las publicaciones previas que la normatividad citada exigía.

- A propósito de los perjuicios reclamados dispuso que el acto que declara desierta una licitación no confiere derechos ni define situaciones jurídicas concretas en favor de nadie,

³ Fls. 986 – 987 C.5

por su propia naturaleza; toda vez que se podrá rehacer el proceso de licitación, si existieron vicios de trámite; o surtir uno completamente diferente, según las circunstancias, lo cual hace inoperable inclusive las salvaguardas establecidas en los artículos 71, 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo respecto del acto revocatorio de un proceso licitatorio, como quiera que la administración no solo se limita a revocar el acto viciado, sino que a su vez precisará que el mismo pierda sus fundamentos fácticos y jurídicos.

- El Tribunal consideró que el simple hecho de participar en un proceso de selección no otorga el derecho al contrato ni a las utilidades que de su ejecución se puedan generar, toda vez que el derecho se limita a poder competir en igualdad de condiciones; y solo hasta que se acrediten las condiciones para participar y la propuesta presentada, se entrarán a calificar las mismas; pero cuando el proceso de selección resulta fallido por insalvables vicios de trámite desde su origen, como ocurrió en el *sub judice*, concluye el *a quo* que simplemente no hubo licitación, ni se llegó a una etapa de comparación; por lo tanto no puede estudiarse cuál era la mejor propuesta, lo cual reduce el derecho de aquellos oferentes que hicieron parte de la convocatoria revocada a poder volver a participar sin costos adicionales, si los hubiere.

- Por otro lado, pese a que señaló que las pretensiones no prosperarían porque el proceso de selección fue legitimamente revocado, señaló en gracia de discusión, la improcedencia de las pretensiones alegadas por la parte actora desde un punto de vista de justicia material, toda vez que la propuesta era defectuosa y que la misma no cumplía con las especificaciones requeridas.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 31 de marzo de 2014, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación⁴ en el que solicitó que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Para lo anterior argumentó:

(i) Que el acto causante de la controversia no pudo ser objeto de revocatoria directa, como quiera que la parte actora agotó la vía gubernativa mediante los recursos permitidos para tal fin, y en el mismo sentido, la ley establece que no podrá declararse la revocatoria directa de un acto administrativo cuando sobre el mismo se haya dictado auto admisorio de la demanda en un proceso judicial. En criterio de los demandantes, el acto revocado al declarar desierto el proceso de licitación contiene una manifestación de voluntad que potencialmente puede generar la vulneración de derechos particulares, razón por la que debe ser objeto de examen judicial, es decir, se trata de un evento en el cual existen

⁴ Fls. 1062 – 1074 C.P

situaciones consolidadas a favor de particulares que constituyen derechos y expectativas protegidas por el ordenamiento jurídico.

(ii) En cuanto a la deficiencia de los productos ofrecidos a los que hace referencia el *A quo*, la parte actora precisa que la conclusión a la que llega el Tribunal para determinar la insuficiencia en el cumplimiento de los requisitos por parte de la demandante, fue consecuencia de una observación que se presentó en un momento posterior a aquél en el que el comité evaluador había ya habilitado la propuesta presentada por la unión Temporal que integraban las demandantes. Concluye entonces que de esta manera se produjo una violación a los términos legales establecidos en la ley de contratación estatal para la presentación de observaciones.

iii) Adujo igualmente que los catálogos de los productos ofrecidos no se emiten de forma particular para un concreto proceso de licitación, circunstancia frente a la cual cobra importancia la posibilidad de aclarar las ofertas, como lo dispuso la ley 1150 de 2007.

Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Concedido el término a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos de conclusión y rendir concepto de fondo, respectivamente, las partes guardaron silencio. El Ministerio Público presentó concepto.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En concepto del Ministerio Público, la revocación directa del acto que da inicio al proceso licitatorio deja sin objeto la controversia, comoquiera que la resolución 0039 de 2011 no creó a favor de ninguno de los oferentes una situación particular como tampoco les reconoció derecho alguno; a su vez pone de presente que el agotamiento de la vía gubernativa es un límite en los eventos en los que la revocatoria sea consecuencia de una solicitud por parte del interesado, no así en la declaratoria de oficio.

Por otra parte, señala el Ministerio Público que al tratarse el *sub examine* de una actuación administrativa de carácter general, los efectos de su revocatoria se entienden hacia el pasado, con lo cual no puede efectuarse un examen de validez respecto de los actos expedidos dentro de dicho proceso, que conjuntamente no consolidaron ninguna situación de derecho a favor de ninguna persona, no obstante que la fecha en la cual se profirió el acto que decretó la revocatoria directa de la licitación pública fue posterior a la fecha en la cual se admitió la demanda por parte del *A quo*.

En segundo lugar, resalta el agente del Ministerio Público que la Unión Temporal Demandante no acreditó por qué se le debió adjudicar el contrato, comoquiera que no demostró con base en los requerimientos fijados por el pliego de condiciones que su oferta fuera la más favorable. Al respecto y luego de analizar las pruebas que reposan en el expediente, concluye que la parte actora no ofertó de conformidad con las exigencias del pliego de condiciones, lo cual permite asegurar al Ministerio Público que la decisión de declarar desierta la licitación fue la acertada y que en ese orden de ideas no habría lugar a declarar la nulidad de la resolución 0039 de 2011, ni tampoco indemnizar a la parte demandante por la utilidad dejada de percibir. Concluye entonces que se debería confirmar la sentencia apelada por sustracción de materia, o subsidiariamente, porque no se probó que la actora debía ser favorecida con la adjudicación del contrato.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de algunos de los conceptos adoptados por el a quo como *ratio decidendi* para sustentar su decisión, junto a otros que la Sala estima necesarios para la decisión que habrá de tomarse, así: (1) La revocatoria de los actos administrativos, sus efectos y la oportunidad para realizarla. (2) La terminación normal y anormal del proceso de selección de contratistas. (3) La naturaleza jurídica del acto que declara desierta una licitación y el término de caducidad para impugnar su legalidad. (4) La vinculatoriedad del pliego de condiciones. (5) La Subsannabilidad de vicios y falencias en las propuestas contractuales ante las entidades estatales. (6) La no vinculatoriedad del concepto del comité de evaluador. (7) El contexto normativo de la responsabilidad precontractual. Seguidamente se reseñarán los hechos probados (8), y finalmente, se realizará el análisis del caso concreto (9), para lo cual se examinarán cada uno de los argumentos que se utilizaron como el fundamento de la alzada.

1. La revocatoria de los actos administrativos, sus efectos y la oportunidad para realizarla.

Sobre la revocatoria de los actos administrativos, si bien el Código Contencioso se limita a señalar las causales, su oportunidad, su trámite y sus efectos; a nivel doctrinal se ha dicho que ésta constituye:

“un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador, con el fin de revisar sus propias actuaciones y, dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas”⁵.

⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Bogotá, 2004 pág. 301.

De otra parte, si bien sobre sus efectos la tesis mayoritaria sostiene que los mismos son *ex nunc*, es decir, que se producen a partir de la ocurrencia de la revocatoria; aún en los casos en que la jurisprudencia ha sostenido los efectos *ex tunc*, los mismos se tornan nominales, pues la misma jurisprudencia ha sostenido que la revocatoria deberá respetar las situaciones jurídicas concretas o individuales producidas durante la vigencia del acto revocado⁶.

Ahora bien, en cuanto al medio de contro idóneo para pretender los perjuicios derivados de la revocatoria de un acto administrativo, la Corporación a este respecto en algunos oportunidades ha señalado que la acción para este propósito es la de nulidad y restablecimiento del derecho; y en otras se ha indicado que la procedente con este fin es la acción de reparación directa. En el *sub judice* la demanda se instauró por la vía de la nulidad y el restablecimiento, toda vez que dentro de la oportunidad para hacerlo la parte actora cuestionó ante la jurisdicción la legalidad del mismo, y fue después de presentada la demanda que la administración, al parecer, revocó el acto.

En cuanto concierne a los límites temporales que tiene la administración para revocar sus propios actos, el artículo 71 del Código Contencioso Administrativo establece que la revocatoria de los actos administrativos podrá hacerse, en el evento en que contra los mismos se hayan ejercido las acciones contencioso administrativas, hasta antes de que se haya admitido la correspondiente demanda.

2. La terminación normal y anormal del proceso de selección de contratistas

Ahora bien, en cuanto a las formas como puede terminar un proceso, esta Corporación ha sostenido que existen tres posibilidades: i) mediante la adjudicación del contrato, ii) la declaratoria de desierto o, iii) mediante la revocatoria del acto de apertura al respectivo proceso de selección. Estas opciones podrían denominarse formas normales de terminación del proceso de selección de contratista, mientras las mismas ocurran por las causales que la ley prevé para su ocurrencia; por el contrario, cada vez que una de estas vías posibles se utilice por parte de la administración en contravía de los supuestos que la ley o los reglamentos establecen para las mismas, se estará ante una terminación anormal del proceso de selección.

En efecto, el pliego de condiciones deberá establecer cuál será la forma como se calificará y se determinará el adjudicatario del contrato; por su parte el artículo 30 numeral 9º de la ley 80 de 1990 prescribe la posibilidad de que dentro del término de adjudicación

⁶ Para conocer las dos posiciones consúltese la sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 13 abril de 2000, exp. 2000- N5363. A propósito de decisiones recientes en que se niegan los efectos *ex tunc*, véase Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2015, exp. 2011-0124-01.

la administración pueda declarar desierta una licitación, conforme a lo prescrito por dicho estatuto; y el Decreto 2472 de 2008, durante su vigencia, autorizó a la entidad a que revocara el acto de apertura a un concurso de méritos para la protección del interés general, si los ajustes hechos a los estudios previos los impactaban de manera fundamental.

3. Naturaleza del acto que declara desierta una licitación y el término de caducidad para impugnar su legalidad.

Determinado que el acto de declaratoria de desierta de una licitación, pese a estar previsto en la legislación, puede constituir una forma anormal de terminar dicho proceso, cuando el mismo no está sustentado en los motivos expuestos por la ley o el pliego de condiciones para que operen; es oportuno ahora precisar su naturaleza, pues ésta puede influir en la forma como se cuenta el término de caducidad para enjuiciar su legalidad ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En lo que atañe a la acción procedente para cuestionar el acto que declara desierta una licitación es la acción de nulidad y restablecimiento, y a propósito del término de caducidad que se tiene para ejercer la misma, en cuanto acto precontractual, se ha dicho:

“si se hace un recuento de la situación vigente en la materia hasta la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, encontramos lo siguiente: frente a los actos administrativos precontractuales, de acuerdo con el caso, serían procedentes las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho según la pretensión invocada por el accionante; respecto del acto de adjudicación o de declaratoria de desierta de la licitación o proceso de escogencia, la acción pertinente sería la de nulidad y restablecimiento del derecho, por así disponerlo el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, y para la declaración de desierta, la relación jurídica que se desprende del artículo 77 indicado, en concordancia con el 50 incisos 1º y final CCA, en la medida en que constituye un acto definitivo dentro del procedimiento contractual que le pone fin al proceso de selección ... Con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998 la situación jurídica de los actos previos a la celebración del contrato y de las acciones pertinentes para su control la podemos reconducir en los siguientes términos: el artículo 87 CCA fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446, haciéndose claridad de que unos son los actos producidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual previa a la existencia del contrato, y otros los producidos durante la ejecución o liquidación con ocasión también de la actividad contractual. Para los primeros se indica perentoriamente que las acciones procedentes en los eventos de suscitarse algún litigio serán las de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de 30 días hábiles para ambas acciones. Los segundos continúan dentro de la

*regla ordinaria desarrollada por la jurisprudencia, de que su impugnación será a través de la acción contractual.*⁷

Sin embargo, el artículo 87 del código Contencioso Administrativo con la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 aclaró que una vez celebrado el contrato *“la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.”*

Ahora, siendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la acción pertinente para combatir el acto administrativo que declara desierta una licitación, el término de caducidad, antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, era el de cuatro meses que consagraba el inciso segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, hoy numeral 2º del mismo artículo de esa misma codificación; mientras que después de la entrada en vigencia de dicha ley, el término de caducidad será de 30 días. Sólo resta advertir que la Ley 446 de 1998 entró en vigencia el 8 de julio de ese mismo año puesto que de acuerdo con su artículo 163 ella entraría a regir a partir de su publicación y ésta se hizo en el Diario Oficial No. 43.335 de aquella fecha. Estos lineamientos serán aplicados en el momento de resolver el caso concreto.

4. La vinculatoriedad de los pliegos de condiciones

Los pliegos de condiciones se instituyen como uno de los principales instrumentos que desarrollan y permiten la efectividad no solamente del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, pues en éste se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no sólo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar⁸.

Así las cosas los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico celebrado⁹.

⁷ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Contencioso administrativo*. t. III, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 251-252.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, Exp. 8031.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

De esta forma, el pliego de condiciones se erige como uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes quedan sometidos imperativamente a él, de forma tal que el desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo o actuación de los oferentes o contratistas o de la administración que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad.

En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas este que se contiene precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el *iter* contractual¹⁰.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas.

Previamente a la expedición de la Constitución Política de 1991 la regulación de los procesos de selección se encontraba estructurada en una filosofía de excesivo formalismo y rigurosidad, circunstancia que dio lugar a que ante el incumplimiento o inobservancia de requisitos meramente formales, más no sustanciales, las entidades estatales rechazaran o eliminaran propuestas favorables para la satisfacción de sus intereses.

Con el advenimiento de la Constitución Política de 1991 y la posterior expedición de la ley 80 de 1993, el legislador quiso eliminar e incluso matizar el excesivo

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de mayo de 2013, Exp. 25.592.

rigorismo que permeaba los procesos de selección del contratista, estableciendo principios y reglas que limitaran la facultad de las entidades contratantes para rechazar, eliminar o excluir las ofertas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales¹¹.

En efecto, mediante el Numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 el legislador fue claro al señalar que el incumplimiento de los requisitos o la falta de documentos relativos a la futura contratación o al proponente, innecesarios para realizar un ejercicio comparativo de las propuestas presentadas, no serían un título válido y suficiente para que la entidad estatal contratante pudiera rechazar o excluir algunas de las propuestas presentadas.

Dicha regla se reprodujo posteriormente en el párrafo 1º de la Ley 1150 de 2007 al señalar 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. 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”*.

Por su parte, los numerales 7º y 8º del artículo 30 de la ley 80 de 1993 consagran por una parte, el deber de la administración de establecer en los pliegos de condiciones el plazo dentro del cual van a realizar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para evaluar las propuestas y deberán resolver las aclaraciones y explicaciones presentadas por los oferentes, y de otro, la facultad de los proponentes de presentar observaciones frente a los informes de evaluación de las propuestas elaborados por el comité asesor de la entidad.

A su vez, al numeral 6º de la norma en comento establece que las diversas propuestas presentadas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos previstos en el pliego de condiciones.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 27.986.

Con todo lo expuesto se tiene que por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas¹².

Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas.

En éste orden de ideas, se debe realizar una distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones que son aquellos que sí lo son; de forma tal que se entienda que el incumplimiento de aquellos no conduce al rechazo o exclusión de las propuestas y por lo tanto son subsanables; y que el incumplimiento de éstos si conduce al rechazo o exclusión de éstas y que por lo tanto no son subsanables.

Al respecto, se ha señalado que existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales que *“atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”*¹³.

5. Subsanación de vicios y falencias en las propuestas contractuales ante las entidades estatales

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 24.059.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21.324.

Previo a adentrarse en el estudio de la procedibilidad de la subsanación de las ofertas presentadas en el marco de un proceso contractual adelantado por una entidad pública, la Sala considera pertinente revisar el alcance de la palabra subsanar, y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este debe entenderse como reparar o remediar un defecto.

Lo anterior significa, que en el plano de la contratación estatal la subsanación de las ofertas, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que bajo esta consideración se estaría violando el derecho de igualdad poniendo en desventaja a los demás participantes.

En el marco antes referido, a continuación se hará un análisis de los supuestos en que hay lugar a subsanar los vicios o las falencias de una propuesta presentada ante una entidad, en el escenario de un proceso de selección contractual.

5.1) Regla general. La estructuración de propuestas contractuales. Carga estructuradora del interesado.

En materia de contratación estatal, la estructuración de las propuestas contractuales es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad y puestos a consideración de los proponentes en el escenario del proceso de selección. Es decir, que la administración deberá elaborar el pliego de condiciones de manera concienzuda con su necesidad, de forma clara y completa, estableciendo reglas justas que permitan escoger objetivamente al mejor proponente y por supuesto, todo esto con sujeción a la Constitución, a la ley y a los principios de la contratación estatal

Así pues, el pliego se erige en uno de los conjuntos normativos que reina los procesos contractuales del Estado y *“constituyen un todo lógico y sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad”*¹⁴ quedando por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes sometidos imperativamente a él, en virtud de lo contemplado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, al momento de la confección del pliego de condiciones la entidad deberá tener presente que el establecimiento de factores y demás reglas, debe atender a premisas de carácter coherente, tal y como lo dispone el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993¹⁵.

¹⁴ *Ibídem.*

¹⁵ Artículo 24 numeral 5:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

Dichas reglas constituyen una garantía de objetividad en el proceso de selección, razón por la cual se exige que estas sean *“claras, es decir, no generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título”*¹⁶.

Es decir, que los pliegos no deben contener términos ambiguos que generen duda o induzcan en error a los proponentes y mucho menos estar redactados de tal manera que se dirijan a un solo oferente, actuar de esta manera, implicaría quebrantar los principios que inspiran el recto ejercicio de la administración y acarrearía las responsabilidades previstas en la ley.

Lo expuesto, se soporta en el desarrollo de los principios que rigen la contratación estatal, como el de transparencia, que impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte, que queden

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación o concurso.

) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciadas a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia. *“En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar “... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...” , esto es, los requerimientos en realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (lit. a art. 24.5 Ley 80 de 1993).”*

definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas que se contienen precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente, constituye una regulación que cubre imperativamente a todo el *iter* contractual¹⁷.

Es decir que, la entidad tendrá la facultad de establecer los requisitos que considere necesarios para que los proponentes puedan hacer parte del proceso y se celebre el futuro contrato, no obstante, dicha facultad no es de carácter absoluta, y en todo caso, se encuentra sujeta a lo establecido en el estatuto de contratación.

Así lo reconoció la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia del primero de octubre de 2014¹⁸, en donde señaló que la facultad de confeccionar el pliego de condiciones, está limitada por las reglas y principios constitucionales y legales en la materia, de manera que la facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyen a la selección objetiva del futuro contratista, y por el contrario restringen la aplicación de dicho principio¹⁹.

De manera pues, que si bien la entidad goza de libertad configurativa a la hora de crear el pliego de condiciones, también es cierto, que le está vedada la posibilidad de establecer causales de rechazo de los proponentes diferentes a las establecidas en la ley²⁰, como

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de mayo de 2013, Exp. 25.592.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 1 de octubre de 2014.. Exp: 30.614.

¹⁹ “En reiterados pronunciamientos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la entidad estatal contratante, dada su condición de directora del procedimiento de selección contractual, ostenta cierta autonomía en la confección del pliego de condiciones, propósito para el cual tienen facultad para incorporar los requisitos que deben reunir los oferentes. De igual forma, esta Corporación ha sido categórica al considerar que dicha autonomía en modo alguno es absoluta, en tanto en su ejercicio no podrán desconocerse las reglas y principios de estirpe constitucional y legal que orientan la contratación estatal.

En esa misma línea debe advertirse que en ejercicio de dicha facultad la entidad podrá establecer requisitos y exigencias que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato. En contraposición a la premisa expuesta, se deriva que la amplitud de su facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan a la selección objetiva del futuro colaborador de la Administración y, por el contrario, obstaculicen o impidan la materialización del referido principio.

En línea con lo anotado ha de advertirse que si bien, según lo consagra el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las propuestas deben acatar las exigencias previstas en el pliego de condiciones, no es menos cierto que dicha previsión necesariamente debe armonizarse con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 del mismo Estatuto según el cual la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. (...).” Consejo de Estado. Sentencia del 1 de octubre de 2014. C.P: Hernan Andrade Rincón (E). Exp: 30.614.

²⁰ “En desarrollo de los principios y las normas de la contratación estatal, la entidad estatal contratante no tiene competencia para crear o consagrar causales de rechazo o –en este caso- de descalificación de las propuestas, en tanto carece de la potestad para fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal, como tampoco le está permitido crear inhabilidades o incompatibilidades distintas de las previstas en la Constitución o en la Ley, puesto que por esta vía se limitaría en forma ilegal la participación de los proponentes²⁰, amén de que resultaría contraria a los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad,

por ejemplo señalar que la no presentación del RUP constituye per se, un factor de rechazo de la propuesta. Igualmente, está completamente proscrita la posibilidad de consagrar inhabilidades o incompatibilidades no establecidas en la Constitución o en la Ley; actuar así, significaría para la entidad inmiscuirse en un terreno prohibido por la Carta Política y por la normatividad vigente en materia contractual.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas.

El desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende, cualquier acto administrativo que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad. Así lo ha referido la doctrina al afirmar que *“el desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna. En caso de que la autoridad sea renuente a declarar ineficaz de pleno derecho el pliego o alguna parte del mismo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa²¹”*.²²

De esta manera, se impone a la entidad contratante la obligación de hacer los pliegos de manera responsable y detallada, definiendo reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, asegurando una escogencia objetiva y evitando la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

En conclusión, el pliego de condiciones constituye el estandarte sobre la cual se funda el proceso de selección y el futuro contrato, es por esto, que la administración y los proponentes quedan vinculados de manera inexorable a lo allí consignado, siendo deber de la administración realizar los estudios y análisis pertinentes, para determinar las

establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.” Consejo de Estado. Sentencia del 27 de marzo de 2014. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp: 24.845.

²¹ “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados...”.

²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia.

necesidades de la entidad, lo cual permitirá definir los requisitos de carácter jurídico, financiero y técnico que deberán cumplir los oferentes.

De forma que, la premisa general indica que en aquellos casos en que la entidad estatal elabore los pliegos de condiciones teniendo en cuenta los presupuestos y requisitos antes mencionados, no habría lugar a errores en las propuestas o por lo menos se minimizarían, es decir, que unos buenos pliegos generan unas buenas propuestas. Mientras que en aquellos casos en que la administración se aparte de esta premisa, esto es, que los pliegos sean ambiguos, poco claros o confusos, sin lugar a dudas, obtendrá como resultado ofrecimientos con errores o vicios, evento en el que dependiendo del caso concreto llevaría a la aplicación de la regla excepcional de la subsanabilidad, al rechazo de la propuesta y el más grave de todos a la declaratoria de desierta del proceso contractual iniciado.

5.2) Regla de excepción. La subsanabilidad como carga de la administración. Deber y carga de verificación. Cumplimiento de exigencias.

Teniendo en cuenta lo dicho en el acápite anterior, es preciso señalar que existen eventos en que las propuestas presentan errores, falencias o vicios, los cuales pueden ser consecuencia de pliegos ambiguos, poco claros o que no atienden a criterios objetivos o a falta de cuidado del proponente en la confección de su ofrecimiento, es así como, bajo este criterio de manera excepcional surgirá la etapa de la subsanación.

Siendo preciso destacar, que la subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, si no excepcional, de allí que la confección de los pliegos de condiciones revista suma importancia en el señalamiento de criterios técnicos, financieros y jurídicos claros, precisos y objetivos, que permitan la realización de ofrecimientos del mismo orden que posibiliten a la entidad pública contratante la comparación objetiva de las propuestas.

De esta manera, se entiende que la subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente.

Así lo dijo la jurisprudencia contenciosa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, en donde indicó que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los

términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico²³.

Por tanto, si las entidades contratantes no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta dudosa o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirían la obligación que les asigna la ley. Es decir, que la posibilidad de corregir los errores de la oferta ante la entidad estatal al ser un derecho, es de obligatorio cumplimiento para la administración, razón por la cual su desconocimiento daría la posibilidad al oferente de acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento.

Lo anterior busca significar, que la inactividad de la administración no debe afectar al oferente, por el contrario, ante el silencio de la entidad se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento del rechazo o descalificación de la propuesta, tal y como lo dijo esta Subsección en sentencia del 11 de mayo de 2015²⁴.

5.2.1) Fundamentos constitucionales de la subsanabilidad - Art. 209 de la Constitución Política.

Previamente a la expedición de la Constitución Política de 1991, la regulación de los procesos de selección se encontraba estructurada en una filosofía de excesivo formalismo y rigurosidad, circunstancia que dio lugar a que ante el incumplimiento o inobservancia de requisitos meramente formales, más no sustanciales, las entidades estatales rechazaran o eliminaran propuestas favorables para la satisfacción de sus intereses²⁵.

Así, encontramos que en los Decretos Ley 150 de 1976²⁶ y 222 de 1983²⁷ la posibilidad de subsanar la oferta era limitada, por no decir que nula, pues prevalecía la idea del formalismo procedimental sobre lo sustancial, sacrificando de esta manera la posibilidad que tenía la administración de contratar con personas que contaban con altas capacidades técnicas y económicas, pero al no cumplir, por ejemplo el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los

²³ “Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué “solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, si lo que responderían no se pudiera tener en cuenta?”. Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp: 25.804.

²⁴ Consejo Estado. Sentencia del 11 de mayo de 2015. Exp: 34.510.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de febrero de 2015. Exp: 30.161.

²⁶ Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.

²⁷ Por el cual se expiden normas sobre los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc., se veían estas propuestas enfrentadas a ser rechazadas por parte de las entidades estatales.

Esta situación condujo a que la Constituyente del año 1991²⁸ estableciera la necesidad de dejar de lado ese excesivo rigorismo y formalidad en la actividad contractual del Estado, estableciendo los principios que debían inspirar la función administrativa²⁹, y la exigencia de que en todas las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procedimental³⁰.

Es así como, se abrió paso a la posibilidad de que en materia de contratación estatal hubiese lugar a la subsanabilidad de las ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209³¹, del cual emana la idea según la cual existe prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, rompiendo de esta manera con la legalidad formal y fundando el ejercicio administrativo en principios.

La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado la importancia de la cláusula de competencia especial de la Administración que desarrolló el artículo 209 constitucional, en los siguientes términos:

*“4.2.2.- Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional³², siendo estas: **i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico –***

²⁸ “(...) cuando se advierte que la Administración también está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1º, esto es, que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* y el artículo 2º a cuyo tenor se lee que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de abril de 2015. Exp.50219

²⁹ Artículo 209 CN

³⁰ Artículo 228 CN

³¹ *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

³² Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

4.2.3.- Resulta claro, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción³³.³⁴ (negrilla fuera de texto)

No cabe duda que de los principios y valores constitucionales antes referidos y en el marco de un Estado Social de Derecho, es que la administración pública en su actividad contractual debe propender por hacer prevalecer lo sustancial sobre lo meramente formal para de esta forma alcanzar los fines del Estado:

“(…) 4.2.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.”³⁵.

4.2.5.- Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado³⁶, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación³⁷ de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y,

³³ Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2º edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de abril de 2015. Exp.50219

³⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.

³⁶ “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302.

³⁷ Particularmente sobre la planeación esta Sala ha apuntado, entre otras, las siguientes consideraciones:

“La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”.

*luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general*³⁸.

*4.2.6.- No otra cosa puede decirse en este punto cuando se advierte (además de lo dicho supra) la existencia de una disposición como la del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 a cuyo tenor se lee que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función pública”.*³⁹

Sobre los principios constitucionales que orientan la administración y la gestión pública, que deben ser los que guían a los agentes estatales a hacer cumplir la Constitución y la Ley, para que todas sus actuaciones redunden en provecho del interés general y de la comunidad, la Corte Constitucional ha señalado⁴⁰:

*“3.1 En cuanto a los **principios de eficacia y eficiencia**, la Corte ha afirmado en relación con el primero, que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la Constitución Política, especialmente “en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.”⁴¹ En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye “una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo”.⁴² Así mismo añade que “en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de ‘socialidad’ del Estado”.⁴³*

Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1º de febrero de 2012, exp. 22464.

³⁸ “Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado artículo (...) es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer (...) la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional”. SANTOFIMIO GAMBOA, l concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. Op. Cit, p. 339.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de abril de 2015. Exp.50219

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 826 de 2013.

⁴¹ Sentencia C-469 de 1992.

⁴² Ibidem

⁴³ Ibidem

maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que **la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos - beneficios.**⁴⁴

(...)

En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que **el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades debe ser un fin para las mismas, es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo.**⁴⁵

En síntesis, esta Corte ha concluido que **el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia.** A este respecto ha señalado que la eficacia, hace relación "...al cumplimiento de las determinaciones de la administración" y la eficiencia a "...la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos".⁴⁶ En este sentido, ha sostenido que estos dos principios se orientan hacia **"la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones"**.⁴⁷ (Resalta la Sala)

3.2 En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que éste implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general.⁴⁸

Igualmente ha señalado esta Corporación, que este principio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política, en el cual se señala que las autoridades de la Nación tienen la obligación de proteger la vida, honra, bienes,

⁴⁴ Ver Sentencia C-479 de 1992

⁴⁵ Sentencia T-733 de 2009.

⁴⁶ Sentencia T-321 de 1999.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ver Sentencia T-731 de 1998.

creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, lo cual encuentra desarrollo en artículo 209 Superior al declarar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales entre los que se destaca el de la celeridad en el cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración pública.

3.3 Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que **los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2⁴⁹, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores⁵⁰.**

El principio de moralidad en la administración pública cobija todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas⁵¹. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto “el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el **cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 291, 292 C.P.) (...)**

En consecuencia, es claro que la Constitución tiene toda una caja de herramientas normativas de orden superior encaminadas a garantizar el principio de moralidad en la administración pública, tales como la exigencia del cumplimiento e imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, acciones y recursos para

⁴⁹ Consultar la Sentencia C-988 de 2006.

⁵⁰ Ver Sentencia C-561 de 1992.

⁵¹ Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas. Ver la Sentencia C-037 de 2003.

exigir el cumplimiento de la Constitución y la ley, así como acciones de repetición y populares, encaminadas todas a garantizar la moralidad administrativa.

3.4 *Es de resaltar que la jurisprudencia en distintos pronunciamientos ha puesto de relieve que los preceptos constitucionales son compatibles con la modernización del Estado y de la administración pública:*

(...)

En el mismo sentido ha recalcado la obligación para el Estado de dotar a la administración pública con los instrumentos y herramientas necesarias para que se pueda cumplir con las metas que se tiene en cada establecimiento público en beneficio de la calidad de la gestión y satisfacción de la comunidad y de los usuarios. Al respecto ha sostenido:

“La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la **capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales.**”⁵² (Resaltado de la Sala)

Cuanto precede encuentra correspondencia desde una perspectiva convencional, pues sobre el particular se tiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el artículo 8 establece garantías que son aplicables a todo tipo de procedimientos, sean estos de naturaleza judicial o administrativa⁵³. Específicamente ha sostenido que dichos órganos *“tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”⁵⁴* o que *“las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”⁵⁵*, lo cual encuentra sustento, también, desde la perspectiva de los artículos 1.1⁵⁶ y 2⁵⁷ de la Convención, que concierne a los deberes del Estado de respetar

⁵² Sentencia T-068 de 1998.

⁵³ “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.” Caso Baena Ricardo c. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Igualmente, en el caso Claude Reyes c. Chile, en sentencia de 19 de septiembre de 2006, la Corte sostuvo: “El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.”

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein c. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Claude Reyes c. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

⁵⁶ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 1º. Obligación de Respetar los Derechos

los derechos y libertades reconocidos en la Convención y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno dirigidos a su efectividad y garantía.

En este contexto, se tiene que los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva; igualmente, se destaca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que *“se observen todos los requisitos que “sirv[er] para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”* (Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987); y comentando el artículo 25 de la Convención ha señalado que *“La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”* (Caso Castillo Páez c. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, entre otros casos); pues en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o administrativos, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos⁵⁸.

De esta manera, se le impone a la administración la carga de que su actuar esté basado en una legalidad de carácter material y no meramente formal, ya que tal circunstancia constituye garantía para los administrados de que siempre los funcionarios estatales estarán en la búsqueda del interés general⁵⁹ y de los fines esenciales del Estado, y no de intereses de carácter particular que pueden afectar a la comunidad en general⁶⁰.

(...) 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵⁷ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 2°. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁵⁸ Véase Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002

⁵⁹ “4.2.7.- Esta Subsección ha hecho eco de tal marco normativo en materia contractual en los siguientes términos:

“Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

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

5.2.2) Fundamentos legales de la subsanabilidad (normas regulatorias de procedimiento administrativo).

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) consagró en el artículo 1º que esta normativa tiene como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares, temas que indudablemente tienen un nexo directo con el objetivo de la subsanabilidad en los procesos de contratación pública

En este orden, el artículo 3º estableció que los principios que deben inspirar las actuaciones administrativas, deben fundarse en el debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Lo anterior, significa que la función administrativa en todo momento debe propender por la satisfacción del interés público general y no el particular, lo que se traduce en que siempre prevalecerá lo sustancial sobre lo formal.

Por otra parte, la anterior normativa (Decreto 01 de 1984) también se había ocupado de establecer el principio general de las actuaciones administrativa, señalando que estas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, a la adecuada prestación de los servicios públicos y por último, a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley⁶¹.

De igual forma, en el artículo 3, se desarrollaron los principios específicos que deben orientar las actuaciones administrativas las cuales deben orientarse a

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado."⁵⁹Ver CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de abril de 2015. Exp.50219

⁶⁰ Sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal ver la sentencia del 25 de enero de 2015. Exp: 20.507.

⁶¹ Art. 1 Decreto 01 de 1984

cumplir con los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de este marco general.

5.2.3) Fundamentos legales (normas contractuales).

Tras la expedición de la Constitución de 1991, se promulgó la Ley 80 de 1993, norma que buscaba desarrollar los principios constitucionales contenidos en el artículo 209 CN y propendía de esta manera, regular la función administrativa. Claro está, de una forma diferente, es decir, bajo criterios actuales y modernos que dejaran de lado la visión ceñida a lo taxativo y excesivamente regulado en materia de contratación pública, donde existía la prevalencia de la forma sobre el fondo.

De esta forma, el legislador estableció principios y reglas que ya no buscaban limitar y restringir la participación de los proponentes en los procesos de selección estatales, si no por el contrario, reconocer el derecho participación de los proponente en la actividad contractual pública limitación la posibilidad de que las entidades contratantes pudieran para rechazar, eliminar o excluir las ofertas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales.

Así se deduce de lo prescrito por el artículo 23⁶² del Estatuto General de Contratación Estatal, en donde se consagraron los principios de transparencia, economía y responsabilidad como inspiradores de las actuaciones de quienes intervengan en los procesos contractuales de las entidades estatales, esto acorde con los postulados sobre el ejercicio de la función administrativa.

Esta Subsección ha hecho eco de tal marco normativo en materia contractual en los siguientes términos:

“Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

⁶² Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.”⁶³

En concordancia con lo expuesto, el artículo 25 inciso 2 de la misma Ley señaló la prevalencia del derecho sustancial, sobre el formal, al expresar que *“las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir tramites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.*

Del mismo modo, el inciso 3 del mismo artículo consagró la finalidad que deben buscar las entidades estatales a la hora de llevar a cabo la contratación (carácter finalístico de los procedimientos), al señalar, que se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que *buscan servir a los fines estatales,* a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos *y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.* Y por último el numeral 15 establece que *“Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”⁶⁴.*

Ya ha dicho la Corte Constitucional que frente a la interpretación de las normas jurídicas se impone a los operadores jurídicos el deber de no seguir aquellos entendimientos que lleven a un absurdo o que contraríen la finalidad objetiva que se persigue; siendo necesario, *“buscar el sentido razonable de la disposición dentro de un contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática – finalísima”⁶⁵,* al igual que esta Corporación ha defendido la necesidad de llevar a cabo aplicaciones razonables del ordenamiento por parte de los operadores jurídicos; así, en auto de 19 de mayo de 2014, se sostuvo:

“7.4.2.- En cuanto al deber de motivación de las decisiones que adopten las autoridades administrativas se tiene que la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la configuración de esta exigencia se ajusta a la cláusula de Estado de Derecho, el principio del debido proceso administrativo, el principio democrático y el de publicidad”⁶⁶; así mismo, ha llamado la atención sobre el

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315.

⁶⁴ Inciso 2° derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-011 de 1994.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010. Reiterado en T-204 de 2012, entre otras. En esta última se indicó: “Derivado de lo anterior, la motivación de los actos administrativos proviene del cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las

hecho de que no se trata de cualquier tipo de motivación sino que ésta debe satisfacer rigurosos requerimientos como es el hecho de mostrar una justificación interna y otra externa⁶⁷, que hagan ver que la decisión además de ser racional satisface los postulados de la razonabilidad; en términos del Tribunal Constitucional: “deberá basarse en una evaluación que contenga razones y argumentos fundados no sólo en reglas de “racionalidad”, sino también en reglas de carácter valorativo, pues con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, y con la “razonabilidad” se pretende evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden parecer lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.”⁶⁸

7.4.3.- En este orden de ideas, la labor de interpretar el ordenamiento jurídico y justificar la toma de decisiones se concibe como un ejercicio complejo consistente en el ofrecimiento de las mejores razones en apoyo de una determinada postura jurídica. Así, la interpretación es inacabada, evolutiva y constructiva⁶⁹, (por oposición a aquellas posturas que la consideran como una mera aprehensión de un significado previo dado por el creador de la disposición).

7.4.4.- Lo anterior encuentra pleno sentido cuando se entiende que los jueces y los funcionarios administrativos, quienes tienen poder decisorio, tienen la obligación jurídica y política de erradicar la arbitrariedad en la toma de decisiones⁷⁰; razón por la cual ellos y, en general, todos los partícipes de la práctica jurídica tienen la obligación de fundamentar de manera racional y razonable las posturas que defienden; más aún cuando, en la mayoría de los casos, es claro que la adopción de una decisión jurídica no se sigue lógicamente a partir de un ejercicio de subsunción de una norma jurídica en un caso concreto⁷¹.

decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder. De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico.”

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-472 de 2011.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-472 de 2011.

⁶⁹ Este es el punto de vista defendido por R. Dworkin, para quien la interpretación es un proceso continuo donde el Juez debe tener en consideración crítica la cadena interpretativa que le precede para resolver un asunto, comoquiera que debe tener empeño en hacer mejorar progresivamente la práctica jurídica. Sostiene dicho autor: “Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy. “debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.”. DWORKIN, Ronald. “Cómo el derecho se parece a la literatura” En: RODRÍGUEZ, Cesar (Ed.) La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997, p. 167.

⁷⁰ “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.”. AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

⁷¹ Son acertadas las palabras de Larenz quien afirmó que “ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”. ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 23. De esta postura es partícipe Nino quien afirmó que “la tarea

7.4.5.- Es por esta razón que se ha dicho que la formulación de argumentos jurídicos consistentes pueden ser explicados a partir de un método de doble razonamiento, comoquiera que debe existir una justificación externa⁷², en donde el operador proponga a la luz del ordenamiento vigente la fundamentación de las premisas mayores que empleará como referente normativo para adoptar la decisión; mientras que, hecho lo anterior, deberá exponer una justificación interna⁷³, que implica la aplicación lógico deductiva de las premisas mayores a los hechos que se encuentran acreditados en un caso. Este último punto puede revestir las características propias de un razonamiento estructurado como un silogismo, por lo cual son plenamente aplicables los argumentos lógico deductivos así como sus respectivas falacias.

7.4.6.- Al hilo de esta última consideración, es importante resaltar que las decisiones judiciales adoptadas deben satisfacer una pretensión de corrección, la cual consiste en que lo decidido debe considerarse, sin más, como racionalmente fundamentado a la luz del ordenamiento jurídico vigente⁷⁴. Su justificación reside en el hecho de que un ordenamiento jurídico⁷⁵ y las decisiones de sus operadores debe aspirar a ser justos, de modo tal que si, por ejemplo, una decisión falta a esa pretensión ello "no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente"⁷⁶.⁷⁷

En armonía con lo dicho, el artículo 30 numeral 7 establece la manera de cómo deben estructurarse los procesos de selección, al señalar que: "*De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia⁷⁸, se*

de precisar los textos vagos o ambiguos, eliminar las lagunas y las contradicciones, determinar los precedentes relevantes, etc., por lo común no está guiada por reglas precisas de segundo nivel y, cuando lo está, (...) no es infrecuente que se tropiece con reglas competitivas que aportan soluciones divergentes." NINO, Carlos Santiago. Op. Cit, p. 293.

⁷² "El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo." ALEX Y, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica ... Op. Cit, p. 222.

⁷³ "En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas. (...) Los problemas ligados con la justificación interna han sido discutidos bajo el rótulo de "silogismo jurídico"." ALEX Y, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Op. Cit, p. 214.

⁷⁴ "No se pretende que el enunciado jurídico sea sin más racional, sino sólo de que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado." Teoría de la argumentación, Op. Cit, p. 208. Sobre este punto Aarnio sostiene: "Muy a menudo, la justificación se refiere - y tiene que referirse - a diferentes tipos de razones materiales, o bien a razones teleológicas o a razones de corrección. En la práctica, esto significa, entre otras cosas, que el derecho tiene que estar conectado con valores y valoraciones. Dicho brevemente: existe una combinación entre derecho y moral. Este mismo rasgo impone precondiciones especiales a la teoría moderna de la interpretación jurídica." Aarnio, Aulis. Lo racional como razonable. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 15.

⁷⁵ "La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material." ALEX Y, Robert. El concepto y validez del derecho. 2º edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, p. 21.

⁷⁶ ALEX Y, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica ... Op. Cit, p. 209.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente de 19 de mayo de 2014, exp. 50219.

⁷⁸ La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

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”.

Es evidente que dicho estatuto previó la imposibilidad del rechazo *in limine* de las ofertas por el incumplimiento de formalidades e impuso a las entidades estatales la carga de alcanzar la claridad en los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas, para de esta manera, evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales de los proponentes. Es decir, que si la entidad no comprende alguna o algunas de las cosas señaladas en la oferta, o si existe contradicción, o si un requisito fue omitido debe la administración solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes para lograr los fines de la contratación.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se estableció un nuevo criterio de subsanabilidad que se encuentra consagrado en el artículo 5 parágrafo 1, el cual establece que: *“la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de 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”* (subrayado y negrillas fuera de texto)

A partir de este momento, el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, dejó de ser tan abstracto y empezó a ser determinado, circunscribiéndose a aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, caso en cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección.

Así pues, podrían subsanarse requisitos tales como la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía. Más no, omisiones tales como el precio de un ítem, el plazo de ejecución de contrato (si se evalúa), etc., por cuanto estos requisitos otorgan puntaje a la propuesta del oferente.

Posteriormente a la expedición de la Ley 1150 de 2007, se promulgaron una serie de decretos reglamentarios que restringían la posibilidad de subsanar la oferta, limitando por ejemplo, la oportunidad de aportar los documentos que subsanaran la falta de capacidad para presentar la oferta, o la posibilidad de acreditar circunstancias ocurridas con

posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco adicionar o mejorar el contenido de la oferta.

Tales decretos, son los siguientes:

A.- Decreto reglamentario No. 066 del 16 de enero de 2008: Traía en el artículo 10 las reglas de subsanabilidad, específicamente el inciso 4º, señalaba que “en ningún caso la entidad podría señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsanen asuntos relacionados con i) la falta de capacidad para presentar la oferta ii) ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. De esta manera, se introdujeron nuevos criterios, limitándose la regla general contenida en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

B. Decreto 2474 de 2008: El artículo 10 inciso 5 reprodujo la regla contenida en el inciso 4º artículo del Decreto 066 del 2008, antes señalado.

C. Decreto 734 de 2012: Reprodujo la regla contenida en el inciso 4º artículo 10 del Decreto 066 de 2008, en el último inciso del artículo 2.2.8., sobre las reglas de Subsanabilidad.

El anterior panorama, fue modificado por medio del **Decreto 1510 de 2013** que derogó las disposiciones antes mencionadas, por lo tanto abrió la posibilidad a las entidades y los oferentes, de aplicar directamente la regla que contemplada en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de si el defecto asigna o no puntaje al oferente.

En conclusión, hoy rige el criterio legal de la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, en virtud del cual, un defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente y es corregible dentro del plazo que la entidad otorgue al oferente, para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas – usualmente indicado en los pliegos de condiciones.

5.2.4) Análisis de la secuencia jurisprudencial sobre la subsanabilidad en el Consejo de Estado.

Al respecto cabe precisar, que a partir de la Ley 1150 de 2007 esta Corporación se ha preocupado por brindar herramientas que permitan a las entidades públicas acercar sus procesos de selección al cumplimiento del marco constitucional y legal antes indicado, tendiente evidentemente, a la consecución de los fines de la administración y que por supuesto prevalezca antes que nada la satisfacción del interés general y no el particular.

Las herramientas antes mencionadas, han sido puntuales, circunscritas a casos concretos que fueron sometidos a revisión, sin negar que cada uno de los fallos proferidos en el

tema aportan elementos importantes para la reconducción objetiva de los procesos contractuales.

De esta manera, se compendia la jurisprudencia sobre los requisitos subsanables y no subsanables en la contratación pública a partir de la Ley 1150 de 2007, en el siguiente orden cronológico:

1. Sentencia del 26 de febrero de 2011⁷⁹, en esta sentencia se estudió el último inciso del artículo 10 del Decreto Reglamentario No. 2474 del 7 de julio de 2008, “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007

⁷⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 36.408. “(...) Sin embargo, debe precisarse que en sede de la contratación estatal la ley emplea la expresión “capacidad jurídica” con un sentido mucho más amplio que el que tiene en el derecho privado. En efecto, habida cuenta de la satisfacción del interés público que persigue la contratación pública y del imperio de los principios de igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad, economía, eficacia y celeridad, la “capacidad jurídica” en la contratación estatal se integra por otro elemento como lo es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. (...) Con otras palabras, según esta disposición sólo estará habilitado para participar en el proceso de selección aquel proponente que tenga capacidad jurídica y las calidades suficientes para la ejecución del objeto contractual, tales como experiencia, capacidad financiera, capacidad de organización y capacidad técnica. Y es que si lo que se persigue mediante la actividad contractual del estado es la pronta y eficaz prestación del servicio público, resulta obvio que es trascendente para este propósito exigir que quien ofrezca colaborar contractualmente con la entidad estatal, no solamente tenga capacidad jurídica sino que también ostente la experiencia y las condiciones técnicas, financieras y de organización administrativa suficientes para ello, pues así, y sólo así, podrá ser satisfecho plenamente el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos. Ahora, como todas estas son condiciones que se refieren a la persona del oferente y que determinan si puede concurrir al proceso de escogencia, es por lo que precisamente no conceden puntaje, exceptuada, por supuesto, la hipótesis prevista en el numeral 4º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007. **2.6.1** Pero el proponente no sólo debe tener la capacidad jurídica y las condiciones suficientes para ejecutar el objeto contractual sino que también debe demostrarlas acreditando todos los elementos integrantes, salvo aquellos respecto de los cuales la ley establezca una presunción de existencia. Por esta razón es que el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 hace referencia a la verificación de tales condiciones. **2.6.2** Por regla general el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 obliga a todas las personas que pretendan contratar con las entidades estatales a que se inscriban en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio de su domicilio principal. Al inscribirse, cada proponente necesariamente hará constar lo atinente a su capacidad jurídica y a sus condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, se clasificará y se calificará, todo de acuerdo con la documentación que debe presentar como soporte de la información que ha consignado, correspondiéndole entonces a la respectiva Cámara de Comercio hacer la verificación documental de la información aportada. (Numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007). Hecha la inscripción, la demostración de la capacidad jurídica y de las condiciones de los proponentes sólo puede hacerse con la certificación que se expida con fundamento en el registro Único de Proponentes y ese certificado será plena prueba de tales condiciones, razón por la cual “las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.” (Inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007). (...) Esta capacidad debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, según se desprende de lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 al señalar que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, pues si, contrario sensu, quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta. Pero además debe probarse, y como quiera que las circunstancias inherentes a la capacidad jurídica del proponente son materia del Registro Único de Proponentes y de verificación documental por parte de la correspondiente Cámara de Comercio, resulta que se prueba plena y exclusivamente con el correspondiente certificado del RUP y que las entidades estatales no podrán exigir, ni los proponentes aportar, ninguna otra documentación relacionada con ella, tal como se desprende de lo previsto por el inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007. Ahora, como la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, es consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. (...) En efecto, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para la participación en el proceso de selección y en parte alguna la ley está permitiendo que quien carezca de capacidad jurídica pueda presentar una propuesta y quede entonces facultado, hasta el momento de la adjudicación, para que adquiera la capacidad y se habilite retroactivamente como proponente”.

sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones, de donde surgió la siguiente regla y subregla:

A. Regla general: La falta de capacidad jurídica del proponente en un proceso de selección no es subsanable, debido a que es una condición imprescindible que debe existir al momento de la oferta.

B. Subregla: Las limitaciones a las facultades del representante legal son subsanables con acta del órgano directivo o con ratificación art. 884.C.Co.

2. Sentencia del 14 de marzo de 2013⁸⁰, en donde la Corporación se encargó de analizar la posibilidad de rechazo o exclusión de la oferta que tienen las entidades

⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 14 de marzo de 2013. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp: 24.059. “(...) *Sobre el particular se debe tener presente que en su texto original, la Ley 80 se ocupó de regular, de manera expresa y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, sin dejar espacio en esa materia a la creatividad de las decisiones provenientes de las autoridades administrativas, todo de conformidad con el inciso 2º del numeral 15 de su artículo 25, cuyo tenor era el siguiente: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Así pues, en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que sí fueran necesarios para la comparación de propuestas, servirían de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. (...) Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones: PARÁGRAFO 1o. 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. (Se deja subrayado). No sobra subrayar que el rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos). Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas como las que aquí se han venido revisando y que enseguida se puntualizarán de manera sistemática, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad. En cualquier caso debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, debetán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta. Así podrá entonces el oferente afectado disponer de la oportunidad efectiva –como la que constituye el traslado de los 5 días a que hace referencia el*

estatales, señalando que esta facultad se reserva para aquellos casos en que falten los requisitos necesarios o indispensables para la comparación de las propuestas, respetando de esta manera el derecho al debido proceso del oferente y garantizando el ejercicio de la defensa y la contradicción. De esta manera se establecieron las siguientes reglas y subreglas:

A. Regla general:

1. Obligación del proponente de estudiar previamente el contenido, alcance y características del contrato a celebrar, las exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, que satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: a).- subjetivos, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; b).- objetivos, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y c).- formales, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta.

2. Derecho de defensa y de contradicción del proponente: En la evaluación de las ofertas se deberá expresar los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta y el oferente afectado debe disponer de la oportunidad efectiva para pronunciarse acerca de estas circunstancias, aportando argumentos y elementos de juicio para que la entidad adopte la decisión final.

3. Prohibición a las entidades estatales contratantes de consagrar en los pliegos de condiciones causales rechazo de las ofertas o causales de inhabilidad o de incompatibilidad de los oferentes distintas, nuevas, o complementarias a las consagradas en las normas constitucionales o legales vigentes.

4. La inobservancia de requisitos necesarios para la comparación de las propuestas por parte de un determinado oferente o la ausencia de presupuestos mínimos o indispensables derivados de los principios o de las normas superiores respecto de una oferta, afecta la validez misma de la decisión administrativa de adjudicación en favor de tal propuesta, y podría llegar a comprometer la responsabilidad de la entidad estatal contratante.

5. No se podrán subsanar las ofertas y por el contrario dará lugar al rechazo de las mismas por parte de las entidades estatales, en los siguientes supuestos: 5.1) Cuando el proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; 5.2) Cuando el respectivo proponente no cumpla con alguno(s) de los requisitos

artículo 30-8 de la Ley 80– para pronunciarse acerca de las circunstancias por las cuales habría lugar a su rechazo o exclusión y, por tanto, podrá aportar argumentos y elementos de juicio que permitan a la entidad estatal contratante escuchar al interesado y examinar con detalle la situación, para posteriormente adoptar la decisión final que corresponda. (...)

habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; 5.3) Cuando se verifique la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que en realidad sean necesarios, esto es, forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, 5.4) Cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

B. Subregla: Las entidades contratantes cuentan con amplias facultades para verificar y corroborar la veracidad y la consistencia de información financiera presentada por los proponentes. Es decir, que se puede verificar válidamente la información que cada oferente hubiere consignado en el Registro Único de Proponentes. (Criterio aplicado en vigencia del inciso 2º del 22.3 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993).

3. Providencia del 26 de febrero de 2014⁸¹, en donde la Subsección C se encargó de hacer un recuento normativo sobre la posibilidad de subsanar las ofertas y precisó las siguientes reglas y subreglas:

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 26 de febrero de 2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 25.804. “(...) Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones⁸¹-, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden “definitivo” y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que: “Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...) “Parágrafo 1º. 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.**” (Negrillas fuera de texto) El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “**todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...**”. 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

A. Regla general:

1. Carga de la administración: Para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las mismas.
2. Derecho del proponente y deber de la administración: La posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general.

“... 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.” Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás. A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación. No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; (...) Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente. En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054- expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir⁸¹. “A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.” Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: 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”.

3. Son subsanables los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas: aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. (Decreto 1150 de 2007)
4. Pregunta que debe hacerse para determinar lo subsanable o insubsanable a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente. (Artículo 5, parágrafo, de la Ley 1150 de 2007).

B. Subreglas:

1. Requisitos subsanables de la propuesta - no otorgan puntaje en la evaluación:

1.1. La falta de certificado de existencia y representación legal; 1.2. La no presentación del Registro Único de Proponentes –RUP; 1.3. La ausencia de firma de la oferta; 1.4. La falta de un certificado de experiencia; 1.5. La no presentación de la copia de la oferta; 1.6. La ausencia y errores en la garantía de seriedad; 1.7. Las limitaciones de autorización al representante legal por parte de la junta directiva u órgano competente.

2. Requisitos no subsanables de la propuesta - otorgan puntaje en la evaluación:

2.1. La falta de precio de un ítem, 2.2. La omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc.

4. **Sentencia del 12 de junio de 2014⁸², en donde la Corporación analizó si la existencia de un paz y salvo era requisito suficiente para rechazar de plano la oferta**

⁸² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de junio de 2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 21.324. “Como se aprecia, del contenido y alcance de las normas citadas se pueden extraer varias conclusiones relacionadas con la potestad de la administración contratante de rechazar las propuestas y, por lo tanto, de impedir su evaluación: i) sin importar si el requisito es subsanable o insubsanable, es importante garantizar el principio - derecho constitucional al debido proceso, en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas, ii) los requisitos predicables respecto de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza, esto es: **subjetivos** que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; **objetivos** que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y **formales** que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal, iii) en relación con los requisitos simplemente formales, que pueden ser subsanados en los términos del artículo 25.15 de la ley 80 de 1993, es posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el mismo, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 *ibidem*. Esta lógica principialística, estructurada en el derecho que tienen los proponentes de enmendar los requisitos simplemente formales que no tienen incidencia en la calificación y evaluación objetiva de las propuestas, fue desarrollada por un fallo proferido por esta misma Subsección del 26 de febrero de 2014 (...) De modo que, el objetivo de la ley 80 de 1993 fue establecer, precisamente, un estatuto contractual de la administración pública basado en principios, de tal forma que se permitiera la ponderación de esos mandatos de optimización y a las entidades contratantes elaborar y desarrollar procesos de selección –que con independencia al carácter reglado que se deriva del principio de planeación– fueran más ágiles y dinámicos sin caer en la excesiva reglamentación, detalle y direccionamiento. Por lo

presentada por uno de los proponentes, concluyendo que la entidad demandada desbordó sus facultades de rechazo de las ofertas al descartar al allí demandante.

La anterior posición, dispuso las siguientes regla y subregla:

A. Regla general:

1. Derecho constitucional al debido proceso: El proponente cuenta con este derecho en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas por la Administración y los requisitos predicables respecto de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza: subjetivos que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; objetivos que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y formales que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal, lo cuales podrán ser subsanados en los términos del artículo 25.15 de la ley 80 de 1993, siendo posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el defecto, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 ibídem.

- B. Subregla:** La exigencia de un paz y salvo provisional expedido por una autoridad administrativa, no constituye un criterio de selección objetiva para la ponderación de las ofertas y, por el contrario, se trata de un requisito formal que puede ser subsanado por el proponente.

5. Sentencia del 12 de noviembre de 2014⁸³, donde se reiteró lo dicho en la sentencia anterior y se hizo especial referencia a la posibilidad de subsanar los

tanto, los principios de economía y de selección objetiva se articulan para garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una ultima ratio⁸²”.

⁸³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. C.P: Carlos Alberto Zambrano. Exp: 29.855. “Lo anterior permite afirmar que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo. La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado⁸³, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables. (...) Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...) Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones

requisitos habilitantes por parte del proponente, estableciéndose las siguientes reglas y subreglas:

A. Regla general:

1. Reiteración de la sentencia del 26 de febrero de 2014, Exp.25.804. Posición que puede ser resumida en el criterio según el cual, 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.
2. La administración, tiene la posibilidad de solicitar a los oferentes dentro de la etapa de evaluación de las ofertas, que aclaren y/o expliquen el contenido de algún aspecto de la propuesta, bien porque no es claro, porque es inconsistente o en definitiva, confuso.
3. No cualquier desviación de la oferta con relación a lo contenido en el pliego, justifica su rechazo.
4. La falta de claridad no supone, per se, un problema de subsanabilidad de la oferta; aunque en ocasiones conduce a aplicarlo.
5. Los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella.

B. Subreglas:

1. Los requisitos que facilitan la evaluación de las propuestas, como la exigencia de entregar la propuesta en original o dos copias y/o formularios exigidos por la entidad, no pueden conducir al rechazo de la oferta.
2. Algunos de los requisitos de carácter formal que pueden ser subsanados por los oferentes y que no constituyen causal de rechazo de la oferta son por ejemplo, la tabla de contenido, el foliado y/o no aportar los documentos en el “orden” exigido.
3. La modificación de los bienes, especificaciones técnicas o cantidades de obra conduce al rechazo de una propuesta cuando no se ofrece lo requerido por la entidad, lo que evidentemente representa un incumplimiento sustancial del pliego y no hay lugar a la subsanabilidad.

(desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “subsanar”, enmendar o rectificar. Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala-. ”

6. Sentencia del 12 de noviembre de 2014⁸⁴, en donde se estudió si la falta de claridad frente a la facultad de contratar otorgada por el órgano social de una

⁸⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp: 29.855. “Particularmente, en el marco de la actividad contractual el principio de transparencia tiene distintas manifestaciones que, por cierto, han sido decantadas por la jurisprudencia de esta Corporación, entre las cuales se cuentan la obligación de la entidad pública de indicar en los pliegos de condiciones: **(i) los requisitos mínimos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección y (ii) las reglas objetivas justas, claras y completas que permitan confeccionar los ofrecimientos y asegurar la escogencia objetiva del contratista (artículo 24, numeral 5, literales a y b, de la Ley 80 de 1993).** Surge de dichas preceptivas una primera distinción entre los requisitos que miran las condiciones de los oferentes, denominados **requisitos habilitantes**, y los que califican la propuesta (no al proponente) que son los llamados **factores de escogencia** y que, por cierto son los únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación. (...) El citado artículo 29 fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y aunque este último conservó el criterio general que informa el deber de selección objetiva, esto es, que la escogencia se realice a la oferta más favorable a la entidad pública y a los intereses que ella busca, desprovisto de razones de afecto o de interés particular y, en general, de cualquier consideración subjetiva, el legislador modificó las formas de concreción del mencionado deber para hacer más específicos los postulados que garantizan su cumplimiento. Bajo esta óptica, el recién mencionado artículo 5: (i) distinguió expresamente entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, (ii) señaló que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados⁸⁴, (iii) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, (iv) estableció que son requisitos habilitantes la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y (v) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia⁸⁴), bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje. La norma en cita: (i) dejó claro, pues, que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente **para participar** en el proceso de selección y que los factores de ponderación están relacionados con la propuesta y (ii) limitó la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas, lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993; pero, como se dijo en precedencia, dejó a salvo algunos procesos de selección en que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de esos requisitos habilitantes sean calificados. (...) Esta última parte de la norma fue adicionada por el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para señalar 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 ...”⁸⁴, salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Lo anterior permite afirmar que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo. La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado⁸⁴, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables. Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó recientemente que, a la luz de esta última disposición (Ley 1150 de 2007), “... la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de **autorización al representante legal por parte de la junta directiva**, etc. ...”⁸⁴ (subraya fuera del texto), por vía de ejemplo, son subsanables, porque no otorgan puntaje. (...) No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados. En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: 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. Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no

empresa a su representante legal, constituye razón suficiente para descartar la propuesta, concluyéndose que tal circunstancia es un requisito subsanable. Por lo tanto, se establecieron las siguientes reglas y subreglas:

A. Regla general:

1. Distinción entre requisitos habilitantes y factores de escogencia, los primeros se refieren a las condiciones de los oferentes, sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados, deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y los segundos, son los que califican la propuesta (no al proponente) que por cierto son los únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007)
2. 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.

existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 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 los pliegos de condiciones (art. 30, num. 6, Ley 80 de 1993); por ende, al momento de presentar la propuesta se deben cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación (requisitos habilitantes) y se deben aportar los documentos que, atendiendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, establezcan los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende celebrar, para que la propuesta, en su integridad, pueda ser analizada y evaluada por la administración eficazmente y con austeridad de medios y de gastos (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993). Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones. (...) En ese orden de ideas, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección. Lo anterior, por cuanto, además de lo anotado en párrafos anteriores, al momento de presentar su oferta el participante se obliga irrevocablemente con la administración a que, de adjudicársele el proceso celebrará el contrato, de suerte que es en ese instante cuando se comienza a estructurar el proyecto de negocio jurídico al que las partes (administración y oferente) pretenden llegar. Eso se traduce en que si, por ejemplo, al momento de presentar la propuesta el oferente carecía de capacidad legal y, a la sazón, resulta adjudicatario, no hay forma de que pueda exigírsele suscribir el contrato, pues para la fecha en que se obligó a ello no tenía la aptitud jurídica para contraer obligaciones. Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “subsanar”, enmendar o rectificar. Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala-.”

3. Se limitó la posibilidad con la Ley 1150 de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas: lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993.

4. Ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia: pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo.

5. Si el oferente adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, por una parte, porque, como se dijo anteriormente, la misma ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra parte, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación.

6. Todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.

7. La entidad contratante es la que establece el término que considere razonable para que los proponentes subsanen las propuestas.

8. Por regla general el cumplimiento de los requisitos habilitantes, es decir, de las condiciones mínimas para participar en el proceso de selección es certificado por el Registro Único de Proponentes –RUP-, de modo que la entidad no está facultada para solicitar documentos adicionales al oferente con el pretexto de constatar la información que allí se encuentra consignada y los demás participantes no pueden discutir, en el proceso de selección, la veracidad de los datos que constan en el mencionado registro.

B. Subreglas:

1. La falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, son requisitos habilitantes que no otorgan puntaje, por lo tanto, son subsanables.

2. La ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.

3. La falta de claridad en la autorización otorgada por la junta de socios de a su representante legal en nada afectaba la capacidad jurídica de la persona jurídica como requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

7. Sentencia del 13 de febrero de 2015⁸⁵, se analizó si la ausencia de inscripción del revisor fiscal en el certificado de existencia y representación y que los documentos allegados para demostrar los estados financieros básicos no estuvieran firmados por un revisor fiscal, son elementos suficientes para descalificar a un proponente.

Para lo cual señalaron las siguientes reglas y subreglas:

A. Regla general:

1. El incumplimiento de los requisitos o la falta de documentos relativos a la futura contratación o al proponente, no necesarios para realizar un ejercicio comparativo de las propuestas presentadas, no serían un título válido y suficiente para que la entidad estatal contratante pudiera rechazar o excluir algunas de las propuestas presentadas.
2. Por regla general, la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas.

⁸⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de febrero de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 30.161. “(...) Con todo lo expuesto se tiene que por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas⁸⁵. Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas. En éste orden de ideas, se debe realizar una distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones que son aquellos que sí lo son; de forma tal que se entienda que el incumplimiento de aquellos no conduce al rechazo o exclusión de las propuestas y por lo tanto son subsanables; y que el incumplimiento de éstos si conduce al rechazo o exclusión de éstas y que por lo tanto no son subsanables. Al respecto, se ha señalado que existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales que “atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”⁸⁵. Luego, si lo que ocurre es que en un determinado proceso de selección una de las sociedades integrantes de un consorcio proponente no allega sus estados financieros debidamente certificados y dictaminados cuando así lo exige la ley, no puede entenderse que éste sea un requisito meramente formal susceptible de ser subsanado, pues su cumplimiento le permite a la entidad estatal evaluar y calificar, con base en parámetros objetivos, la capacidad financiera del proponente, lo que hace que se constituya en un requisito sustancial para realizar un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas presentadas, cuyo incumplimiento conduce indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta”.

3. Distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones , para de esta manera poder establecer cuales podrán ser subsanados y cuáles no.

B. Subregla: La presentación de estados financieros es un requisito sustancial del pliego de condiciones, pues por medio de éste la administración califica y evalúa la capacidad financiera de los proponentes con fundamento en datos financieros objetivos contenidos en los estados financieros aportados, debidamente dictaminados y certificados. Por lo tanto, no es subsanable.

8. **Sentencia del 11 de mayo de 2015⁸⁶, en la cual se analizó si la no presentación de las declaraciones de renta dentro de un proceso de licitación constituye una causal suficiente para rechazar la oferta de un proponente.** Así, se estableció la siguiente regla:

A. Regla general:

1. Reiteración el criterio según el cual lo sustancial debe primar sobre lo formal, en los siguientes términos: El anterior marco de reglas se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente.

2. Inversión en la carga de corrección de las propuestas: esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas, exigiendo lo que considere faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar y lo no solicitado por la administración de hecho queda subsanado.

⁸⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 11 de mayo de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 34.510. *“Ahora bien, la “ley establece los criterios para la determinación de los factores de escogencia y de calificación, haciendo diferencias entre reglas de simple verificación de requisitos y reglas para la determinación de factores de escogencia e, igualmente, determinando los parámetros sobre los cuales se pueden considerar objetivamente los ofrecimientos más favorables a la entidad. El anterior marco de reglas se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente. En la realidad de las cosas, se observa con la incorporación de esta regla, una inversión en las cargas de corrección de las propuestas, esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas, exigiendo lo que considere faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar. Lo no solicitado por la administración de hecho queda subsanado”.*”

9. Finalmente y ampliando la casuística relacionada con aquellos requisitos que pueden ser subsanados, sin que esto implique un mejoramiento o favorecimiento a algún proponente, sino por el contrario, la aplicación de los principios de la contratación y fines del Estado, es que **la Sala de Subsección procederá a decidir el caso concreto teniendo en cuenta las siguientes reglas y subreglas:**

A. Reglas generales:

1. La subsanación de las ofertas por parte de un proponente, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial.
2. La estructuración de las propuestas es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad, quien también tiene la carga de que el contenido de los mismos, se fundamente en reglas objetivas claras y justas que conduzcan a ofrecimientos de la misma índole en el escenario del proceso de selección.
3. La subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, si no por el contrario debe ser considerada de tipo excepcional, de allí que la confección de los pliegos de condiciones revista suma importancia en el señalamiento de criterios técnicos, financieros y jurídicos, que permitan realizar una comparación objetiva de las propuestas.
4. La subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente.
5. La posibilidad de corregir los errores de la oferta ante la entidad estatal al ser un derecho, es de obligatorio cumplimiento para la administración, razón por la cual su desconocimiento dará la posibilidad al oferente de acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento. Es decir, que la inactividad de la administración no debe afectar al oferente, por el contrario, ante el silencio de la entidad se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento del rechazo o descalificación de la propuesta.

B. Subreglas:

1. La no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para comprometer hasta por determinada cuantía a la persona jurídica, según el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con la capacidad jurídica para la presentación de la oferta.

2. Una cosa es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, caso en el cual no habrá lugar a la subsanabilidad de este defecto por cuanto constituye un requisito habilitante del oferente, y otra cosa, es que el representante legal, que se encuentra en ejecución de un contrato de mandato presente limitación en el monto para comprometer a su representada, caso en el cual la autorización dada por el órgano social competente, es prueba suficiente para que se comprometa a la sociedad, situación que puede ser ratificada en el término que indique la administración pero antes de la suscripción del contrato.

Entonces, bajo el anterior desarrollo legal y jurisprudencial la Sala enmarcará su decisión en el caso concreto.

6. La no vinculatoriedad del concepto del comité evaluador.

Conforme lo prevé el numeral 7º del artículo 30 de la ley 80 de 1993 la entidad contratante deberá fijar en los pliegos de condiciones el plazo dentro del cual va a realizar los estudios técnicos, económicos y financieros necesarios para evaluar y calificar las propuestas presentadas.

En desarrollo de este precepto es al representante legal de la entidad contratante, en su calidad de director del proceso de selección al que le corresponde designar un comité asesor que previamente a la adjudicación deberá evaluar y calificar las propuestas presentadas con sujeción estricta a las reglas y parámetros objetivos previstos en el pliego de condiciones.

De ésta forma se entiende que la actividad que despliega el comité asesor de la entidad es una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no puede sujetarse a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones.

Así las cosas, tampoco puede entenderse que el informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o arbitraria, sino que es producto de una actividad reglada sujeta a las previsiones legales y al pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, dicho informe no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación⁸⁷.

Con otras palabras, el Director de la adjudicación o representante legal de la entidad estatal contratante podrá apartarse de la evaluación y calificación de las propuestas efectuada por el comité asesor, siempre y cuando advierta que ésta no se sujetó a las reglas y parámetros objetivos señalados en el pliego de condiciones. En éste orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección.

En conclusión, el informe de calificación y evaluación de las propuestas no crea en favor del proponente que obtuvo el mayor puntaje el derecho a ser adjudicatario del contrato, pues en últimas se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad la selección del contratista, quién va a verificar que la calificación otorgada por el comité asesor se sujetó a las reglas y parámetros objetivos fijados en el pliego de condiciones.

Luego si lo que ocurre es que en el curso de un determinado proceso de selección uno de los proponentes obtiene el mayor puntaje de calificación en el informe elaborado por el comité y luego con ocasión de una de las observaciones presentadas por otro de los interesados, la administración se percata de que en la elaboración de la oferta mejor calificada se incurrió en un incumplimiento de las normas legales y de las previstas en el pliego de condiciones y por ello decide rechazar su propuesta, éste proponente no puede venir a alegar que por la primera calificación otorgada tenía ya un derecho adquirido a ser adjudicatario del contrato y

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Exp. 13.790.

que por ello no podía ser rechazada su propuesta, pues se repite los informes de calificación elaborados por el comité asesor no tienen un carácter vinculante para el representante legal de la Entidad, si en ellos se advierte que hay un incumplimiento de las normas legales o de los parámetros indicados en el pliego de condiciones.

7. El contexto normativo de la responsabilidad precontractual

La Sala se plantea el siguiente cuestionamiento: ¿En el contexto del Estado Social de Derecho puede predicarse la existencia de un régimen de responsabilidad en materia de contratación que responda a exigencias causalistas? O ¿un régimen de cumplimiento de deberes normativos, de obligación positiva y de eficacia en la realización de las misiones estructurales de la administración pública para la vida de todos los ciudadanos?

Para responder a este cuestionamiento, lo primero que se advierte es que no es difícil plantear la existencia de la responsabilidad del estado derivada de la actividad precontractual con sujeción a la cláusula general del artículo 90 constitucional, que llama a la comprobación de un daño antijurídico, una imputación a una entidad pública o a un particular que ejerza funciones públicas y a la consecuente reparación integral del perjuicio causado.

- **Daño antijurídico contractual y precontractual**

A este respecto es preciso señalar que el daño antijurídico en materia de contratación estatal o en la etapa previa a la celebración del contrato, ha de entenderse como la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable y anormal, a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona; esa lesión debe ser producto de una acción, omisión o inactividad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones públicas administrativas de naturaleza precontractual, que la víctima no está en el deber de soportar.

Son dos escenarios los que concurren en el daño precontractual: i) Un escenario de libertad negocial descrito por el artículo 333 de la Constitución Política, ii) Un escenario de respeto al orden jurídico legal y la buena administración descrito por el artículo 40 de la ley 80 de 1993. En estos dos escenarios se exige a la administración y a los particulares que pretenden contratar con ella, un comportamiento leal que denote buena fe objetiva.

7.1 Contexto Constitucional de la responsabilidad precontractual

En esta línea de pensamiento es oportuno destacar que existe un contexto normativo de orden constitucional que sirve de fundamento a la responsabilidad extracontractual del Estado en los procesos de selección de contratistas. En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política establece la protección a la libre competencia, entendida como un derecho de todos que supone responsabilidades que se predicen no sólo de los particulares sino de la administración pública. A propósito de esta disposición y su relación con la prestación de los servicios públicos, la doctrina ha sostenido:

“La libertad de contratación y formación competitiva de precios es desarrollada por la doctrina como el medio idóneo para conjugar la iniciativa privada con el mercado sujetas a las reglas y principios comerciales, en donde la autonomía de la voluntad sea la dominante para cualquier tipo de actuación o decisión, en consecuencia vinculadas a un estricto derecho privado mercantil. Bajo estas circunstancias, la regulación tan solo las puede afectar de manera excepcional, principalmente para atender la ausencia de mercado, conflictos relativos a la competencia o para evitar afectaciones graves contra el interés general. En este sentido, la libertad de contratación implica o conlleva algunas otras como las de libertad de compra, venta, de productos o servicios, de extender servicios en cualquier parte del territorio, libertad de movilización y presencia en todos los lugares en donde pueda negociar en la prestación de los servicios de su especialización o en aquellos que se encuentre en capacidad técnica, financiera y legal de prestar, por lo tanto, libertad o para diversificar en sus actividades de servicios (áreas conexas o complementarias), sin desconocer los límites que por razones de interés general le pueda imponer la reglamentación”⁸⁸

Lo anterior describe ese primer escenario en el cual, si bien es cierto a nadie se le obliga a contratar, de todas maneras en el contexto de los principios rectores de la actividad comercial, buena fe objetiva y lealtad surgen deberes de respeto en aras de la seguridad jurídica y el interés de la colectividad

7.2 Contexto legal

De otra parte, y en forma coordinada con la norma constitucional que se viene de comentar, la ley 80 de 1993, en el artículo 40 establece que las estipulaciones en los contratos estatales deberán hacerse de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las desarrolladas por esa misma ley, que correspondan a su esencia y su naturaleza.

7.2.1 Contexto legal civil y Comercial

Así las cosas, la administración pública en tanto sujeto de derecho que actúa dentro de la libre competencia, está sometida al cumplimiento de las obligaciones precontractuales estipuladas en el Código de Comercio, concretamente a su deber de actuar de buena fe.

⁸⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Tesis doctoral, sustentada en febrero de 2010, en la Universidad Carlos III de Madrid, Pág. 262 ss.

En efecto, de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el *iter* contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.⁸⁹

El primero de los preceptos citados prevé que los contratos deben “*celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “*las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa*⁹⁰ *en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.⁹¹

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refieren estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “*consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo*

⁸⁹ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que “*deberán ejecutarse*”, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el *iter* contractual.

⁹⁰ Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión “*exenta de culpa*” vid.: M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. *La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio*. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁹¹ Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: “*Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.*” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471.

convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,⁹² es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”⁹³ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.

En esta misma perspectiva, el caso italiano resulta paradigmático. En efecto, el artículo 1337 del codice civile, establece que: “*Las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de buena fe*”.

El desarrollo de la jurisprudencia italiana a propósito de esta norma ha establecido que no toda terminación abrupta de las tratativas o en general aquella que se da durante la formación del contrato, conlleva indefectiblemente a la responsabilidad de quien interrumpe el *iter precontractual*, sino que supone una negociación tan avanzada que justifique una razonable creencia que el contrato se celebrará y una terminación injustificada⁹⁴.

Traspolando el supuesto previsto en el artículo 863 del Código de Comercio al ámbito del contrato estatal, puede decirse que una terminación injustificada por parte de la Administración Pública en la formación de un contrato, después de que ésta ha dado elementos necesarios para que los oferentes creen justificadamente en la posibilidad de su celebración, como ocurre cuando, después de fundamentada en estudios previos, abre un proceso de selección en cualquiera de sus modalidades, se elaboran los correspondientes pliegos de condiciones y se reciben las propuestas de los oferentes; si injustificadamente declara desierto un proceso de licitación; será esta una conducta que no consulta la buena fe contractual y generará responsabilidad. Dentro de este contexto normativo será examinado el caso concreto una vez se hayan reseñado las pruebas que obran en el expediente.

7.2.2 Contexto legal específico en materia de contratación estatal.

Ahora bien, coherente con estos postulados la ley de contratación estatal, ley 80 de 1993,

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Rodolfo Sacco y Giorgio de Nova, *Il Contratto*. Tomo Secondo. UTET, Turín 1996, pág. 233.

con las reformas contenidas en la ley 1150 de 2007, establece unas reglas que desarrollan el principio de la buena fe y que destacan la posición de la administración como un actor más del mercado y no su gestor en el escenario contractual y precontractual. En efecto, el artículo 24 de la ley 80, que destaca el principio de transparencia, en el numeral 5o parágrafo 2 numeral 5, establece el contenido de los pliegos de condiciones, advirtiendo que deben contener los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección; definir reglas justas, claras y completas que permitan la confección de los ofrecimientos (deber de información) y eviten la declaratoria de desierta de la licitación (deber de no ruptura injustificada); se prohíbe la inclusión de condiciones de imposible cumplimiento; y se obliga a incluir reglas que no induzcan error a los proponentes.

Adicionalmente, el artículo 26 de la misma ley, que desarrolla el principio de la responsabilidad, establece otros comportamientos que indican que tanto la administración como los particulares, en el ámbito de la contratación y la pre contratación deben comportarse de buena fe. Ocurre lo primero cuando en el numeral 3º de dicho artículo 26 se establece que las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubiesen abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones o cuando los mismos hayan sido realizados en forma incompleta, ambigua o confusa, que permitan interpretaciones o decisiones subjetivas por parte de la misma administración.

Pero también se impone a los particulares que contratan con el Estado, el deber de obrar de buena fe en la etapa precontractual, ello ocurre cuando en el numeral 6º del artículo de la ley 80 de 1993, en comento, se establece que los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que hayan fijado condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

Visto entonces el daño como primer elemento que configura la responsabilidad contractual y precontractual, y la normatividad que regula este tipo de responsabilidad; se ocupa ahora la Sala de analizar el segundo presupuesto, esto es, la imputación del daño a alguna de las partes contractuales.

- **Imputación del daño contractual y precontractual**

La imputación, como sabido se tiene, es el juicio motivado de atribución del daño antijurídico al Estado(administración pública en el ejercicio de todos los poderes públicos) y particulares que cumplan funciones públicas.

Este juicio motivado exige analizar dos ámbitos:

- a. **Ámbito de atribución Fáctica:** Este ámbito hace referencia al análisis que desde la perspectiva de la causalidad cabe hacer dentro del juicio de imputación, procurando determinar el alcance de la relación de causalidad, los eximentes que pueden operar, y la concurrencia causal que puede afectar este momento de estudio de la imputación, es en este último contexto en el que se debate sobre la relación de causalidad, sus teorías de causalidad adecuada, eficiente, directa próxima, o de la equivalencia de las condiciones.
- b. **Ámbito de atribución jurídica:** Este ámbito es propio del debate de la imputación objetiva, esto es, aquél en el que se indaga qué deberes normativos, deberes positivos son incumplidos, omitidos, cumplidos defectuosamente, o en cuáles la posición del Estado frente a medios disponibles razonable y proporcionalmente operan para anticipar o prevenir el daño antijurídico.

En materia de Contratación administrativa el ámbito de imputación de la responsabilidad contractual y precontractual es mucho más complejo que en el derecho privado. En efecto, la actividad contractual entre particulares está sujeta a la autonomía privada, a penas genéricamente limitada por el orden público y las buenas costumbres. Por ejemplo, si dos sujetos de derecho privado deciden contratar se escogen mutuamente con absoluta libertad, esto hace que sea un escenario de menor regulación; mientras que cuando contrata la administración pública o particulares que cumplen funciones públicas, el solo hecho de que exista un procedimiento de selección de contratistas por parte de la Administración Pública, por demás marcadamente regulado por las leyes que rigen la contratación estatal, como se viene de reseñar; se puede incurrir más fácilmente en la responsabilidad del artículo 90 constitucional por omisión de deberes normativos, dado que esta contratación se encuentra regulada en todo su itinerario, esto es, desde el momento en que se va a escoger con quién contratar hasta las normas específicas de liquidar los contratos.

Así las cosas, cualquier desconocimiento de estas normas hace que se pueda imputar a la administración contratante o al particular contratista desde el ámbito de la atribución jurídica, un daño. De suerte que será mucho más frecuente la atribución jurídica que la fáctica en este tipo de responsabilidad.

A propósito de los motivos que pueden generar la responsabilidad precontractual, la doctrina establece lo que ha denominado grupos de casos de responsabilidad precontractual así: i) La ruptura injustificada de las negociaciones ii) la celebración de un contrato inválido por violación de la buena fe precontractual y iii) la celebración de un contrato válido que resulta desventajoso para la otra parte como consecuencia de la

violación de deberes precontractuales⁹⁵.

En relación con el primero de estos grupos se reconoce, desde un punto de vista de derecho comparado, que la ruptura de las negociaciones precontractuales es una manifestación de la libertad contractual, sujeta a unos límites. Se está en el segundo de los grupos cuando el comportamiento contrario a la buena fe afecta el consentimiento del otro contratante; y la tercera hipótesis se presenta cuando pese a que el comportamiento desleal de una de las partes no alcanza a afectar la validez del contrato, éste resulta manifiestamente desfavorable, principalmente ocurre por la violación a los deberes de información íntegra y correcta⁹⁶

- **Reparación íntegra**

En cuanto atañe a los perjuicios derivados de la responsabilidad en la fase de formación del contrato, es éste uno de los ámbitos de mayor debate jurídico⁹⁷, ya que se plantea si su naturaleza es precontractual⁹⁸ [cuya base conceptual se hace radicar en la *culpa in contrahendo*⁹⁹], extracontractual¹⁰⁰, “o si estamos ante un *tertium genus*”¹⁰¹, y con qué

⁹⁵ MARÍA PAZ GARCIA Y MARTA OTERO, La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, en Revista para el análisis del derecho, www.indret.com, Barcelona, abril de 2010

⁹⁶ MARIA PAZ GARCIA Y MARTA OTERO, La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, cit. pág. 50

⁹⁷ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, T.I, V.2, Universidad Externado de Colombia, 1992, p.751. “[...] Si, como sucede a menudo, la celebración del contrato está precedida de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consultas entre las partes [...] es natural que en dicha fase, a cuya disciplina dedica el código civil dos normas fundamentales (los arts. 1337, 1338), se pueden presentar situaciones perjudiciales para los contratantes, cuando la conducta de las partes no se ajusta a la buena fe”.

⁹⁸ TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, Año 17, N° 1, 2010, p.189. “[...] Lo que denominamos *culpa in contrahendo*, en un sentido amplio, cubre diferentes situaciones como la nulidad del contrato por dolo o fraude empleado por una de las partes contra otra, la falsa representación, los daños personales o pérdidas económicas ocasionadas en la fase de negociaciones preliminares (ruptura injustificada de negociaciones, deberes de información e información confidencial revelada). Actualmente, la expresión responsabilidad precontractual se concentra cada vez más en el ámbito de esta última, es decir, en los deberes que las partes asumen en la fase precontractual, sobre los cuales se centra también esta contribución, con especial atención al fundamento de la *culpa in contrahendo*, a lo largo de los tratos preliminares”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de agosto de 2014, expediente 11001310303620040003701. VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, 1ª ed, 1ª reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp.418 y 419.

⁹⁹ TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.189 y 190. “[...] La expresión *culpa in contrahendo* fue forjada por Jhering en 1861 con el fin de referirse con ella a la responsabilidad en el periodo precontractual [VON JHERING, Rudolp, WCulpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion genlagten Verträgen”, en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen un deutschen Privatrechts*, N° 4, pp.1.113]. La teoría de Jhering fue el resultado de la aplicación del método de la conocida jurisprudencia de conceptos sobre la base de fuentes romanas relacionadas con la venta de *res extra commercium* cuando el vendedor conoce esta naturaleza de la cosa y no informa de este aspecto al comprador. Según las fuentes romanas, el comprador de buena fe tiene una acción contractual para obtener el *id quod interest*. Puede decirse que esto es así al menos en la etapa del derecho romano clásico”. GARCÍA RUBIO, María Paz, “la responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, abril de 2010, p.4. “[...] Sin embargo, la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (*Vertrauenshaftung*)”. GALLO, Paolo, *Trattato del contratto, La Formazione*, T.I, Wolters Kluwer, Torino, 2010, pp.255 y 258. “dell’intera questione si appropriò Jhering, il quale formulò la teoría in base alla quale se l’invalidità del contratto è dovuta a colpa di uno dei due contraenti, questi è tenuto a risarcire i danni subiti dalla controparte per aver fatto affidamento nella validità del contratto nei limiti

principios se relaciona en su construcción jurídica, como el de buena fe, el *neminem laedere*, el abuso de derecho, la equidad, etc.; y de la que pueda hacerse derivar la exigencia de indemnizar bien sea el “interés negativo o de confianza” o el “interés positivo o de cumplimiento”.

Sustancial resulta para la construcción de la responsabilidad a declarar en la etapa de formación del contrato, la afirmación del principio de buena fe¹⁰², al que debe ajustarse la actuación tanto de la administración pública, como del proponente¹⁰³.

dell'interesse negativo. Jhering, per aggirare le strettoie costituite dal sistema tedesco di responsabilità civile, ancora saldamente ancorato al sistema delittuale romano delle origini, aveva rincondotto la *culpa in contrahendo* nell'alveo della responsabilità contrattuale; conseguente per l'appunto alla violazione dei doveri di correttezza fondati sulla buona fede che si pongono nelle trattative”. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*, V.I, 5ª ed, Civitas, 1996, pp.271 y 272.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 11 de mayo de 1970; de 28 de junio de 1989; de 27 de junio de 1990; de 12 de agosto de 2002. SALGADO RAMÍREZ, Catalina, “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolp von Jhering. Aproximación doctrinal”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 22, enero-junio, 2012, pp.279 y 280. “[...] La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ciertamente encaminada por las sendas trazadas por los litigantes, ha sostenido en cambio un carácter extracontractual de la mencionada responsabilidad precontractual (entrelazada en sus considerandos con matices como el del abuso del derecho y el deber de actuación conforme a la buena fe)”

¹⁰¹ TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, Año 17, N° 1, 2010, p.188.

¹⁰² TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.195 “[...] La buena fe, como una regla ínsita en todos los sistemas legales de tipo continental o de raíz latina ha sido incluida en el borrador como un principio general. Algo que es especialmente destacable y ha sido también subrayado por la doctrina europea”. BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.752. “[...] Esto implica que están obligadas a observar reglas de conducta inspiradas en la corrección (es este uno de los casos en los que el término “buena fe” es empleado en un significado ético y objetivo, o sea como sinónimo de “lealtad”). Por tradición se habla en estos casos de *culpa in contrahendo*, con la advertencia de que la noción de *culpa* es usada en una concepción no restringida a la sola esfera de los comportamientos caracterizados por la negligencia, sino incluso comprensiva de expectativas legítimas, como para alterar la distribución normal de los riesgos y de las cargas conexas a la fase preliminar a la estipulación del contrato”. ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, 1ª ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p.140. “[...] La invocación de la buena fe como parámetro de conducta extensible a la formación del contrato, que era desconocida en los Códigos decimonónicos, se incorporó expresamente a algunos Código del siglo XX. Referencia habitual de ello, aunque no única, ha sido el artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942”. VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, ob., cit., pp.420 y 421.

¹⁰³ TOMÁS MARTINEZ, Gema “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, ob., cit., pp.193 a 196. En el “Marco Común de referencia europeo sobre la responsabilidad precontractual”, se defiende la aplicación, entre otros, los siguientes criterios: (1) las “partes deben actuar de buena fe y conforme a una negociación justa (*fair dealing*) respecto a la formación de un contrato”; (2) la “parte que rompe injustificadamente las negociaciones, habiendo creado una expectativa de que el contrato iba a celebrarse, debe responder. Es importante que la otra parte pudiera legítimamente esperar que el contrato fuera a perfeccionarse de acuerdo con el principio de la buena fe”; (3) la “buena fe se convierte en un elemento presente desde el primer momento y durante todo el periodo de negociaciones”; y, (4) el responsable por la frustración de la celebración del contrato se hace responsable de del daño ocasionado que debe compensar en cuanto al “interés negativo o de confianza”, que puede comprender tanto el daño emergente, como la pérdida de oportunidad. El artículo 2:301 de “Los Principios europeos del Derecho de contratos” establece: “Negociaciones contrarias a la buena fe. 1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. 2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. 3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”. GARCÍA RUBIO, María Paz, “la responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, ob., cit., pp.5 y 8. En el art. 2.1.15 de los

De la aplicación del principio de buena fe en la fase de formación contractual, se derivan una serie de deberes¹⁰⁴, cuya vulneración o incumplimiento por una de las partes precontractuales puede dar origen a la responsabilidad precontractual, es decir, en el deber de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de un daño prenegocial.

En la contratación del Estado uno de esos deberes es el que tiene el adjudicatario de suscribir o firmar el documento que contiene el contrato¹⁰⁵, puesto que, como ya se dijo, si la oferta debe ser seria y el contrato del Estado es solemne, la única conducta admisible para el adjudicatario, por ser conforme a la buena fe objetiva, es la celebración del contrato ofrecido mediante la suscripción del documento que lo contiene y lo perfecciona.

Desde la óptica de la administración contratante también existe un deber de llevar el proceso de selección iniciado hasta su fin; máxime cuando ya existen sujetos que han presentado ofertas conforme a los términos de referencia diseñados por la misma administración; excepción hecha de la autorización que se le ha dado de revocarlo en protección del interés público o social. Sin embargo, aún en este evento, la terminación intempestiva generará responsabilidad frente a los oferentes.

En la doctrina de derecho civil se plantea que “cuando el contrato está ya a punto de ser celebrado, es más fuerte la confianza de la contraparte y pueden ser más onerosos los compromisos colaterales eventualmente asumidos por ésta última”¹⁰⁶. En estos eventos

principios *Unidroit*, se establece: “[...] (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”.

¹⁰⁴ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., pp.140 y 144 [cita 12]. “[...] hay deberes de comportamiento en la etapa precontractual porque ello es exigencia de la buena fe [...] En la tradición alemana, y como resultado de una *intrincada* elaboración doctrinal y jurisprudencial, los indiscutidos deberes precontractuales de comportamiento se han vinculado a la existencia de una relación obligatoria [...] La sentencia del *Reichgericht* de 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239) aludía a una *relación jurídica preparatoria*. En la literatura fue Heinrisch STOLL (<<*Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*>>, LZ 1923, pp.523 y ss.) quien sentó definitivamente (porque la idea se había apuntado a unos años antes por VON THUR) que los deberes precontractuales traían causa en una relación obligatoria nacida de las conversaciones contractuales”.

¹⁰⁵ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir), *Negociación y perfección de los contratos*, ob., cit., pp.154 y 155. “[...] Un supuesto particular en este universo de casos es el de la interrupción de las negociaciones en el punto en el que (existiendo acuerdo sobre los extremos que habrían de ser el contenido del futuro contrato) se debería cumplimentar un requisito de forma *ad solemnitatem*, de ahí que se hable de negativa a otorgar la forma requerida. En la doctrina alemana, si ambas conocían o debían conocer la exigencia formal, se ha expresado un mayor recelo a establecer una obligación indemnizatoria por parte de quien rehúsa cumplimentar la forma con el argumento de que ello entraría en contradicción con la finalidad perseguida por la ley para establecer la exigencia formal, y dando por bueno que esa finalidad es la de protección contra la precipitación”.

¹⁰⁶ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.753. “[...] Piénsese en la hipótesis en que los sujetos, habiéndose puesto de acuerdo ya sobre todos los elementos esenciales de un contrato de compraventa inmobiliaria, se dan cita en la notaría para el otorgamiento del acto; y supóngase, además, que una de las partes no se presenta a estipular el contrato. El acto, carente de la forma exigida por la

se producen daños que generan perjuicios respecto de los cuales procede su compensación, y que pueden comprenderse bajo dos categorías que deben distinguirse: (1) el “interés negativo o de confianza”, que comprende aquellos gastos, expensas o pérdidas que se causan por la no celebración del contrato¹⁰⁷, como los gastos desplegados durante la fase de formación del contrato [v.gr., gastos de desplazamiento, de papelería, de llamadas telefónicas, de oportunidades de suscripción de otros contratos, etc.]; y, (2) el “interés positivo”, que comprende las “ventajas conexas con la ejecución del contrato”¹⁰⁸, que pueden representarse en la utilidad que se desprende de la naturaleza y condiciones del contrato frustrado, de las expectativas ciertas creadas en función de las actividades, mercados y productos que se relacionaban directamente con el mismo, por ejemplo.

Advierte la Sala sin embargo, que excepcionalmente podrían reconocerse precontractualmente otro tipo de daños ajenos al interés negativo, los cuales no tienen dificultad cuando se trata de una disminución del patrimonio; en cambio se torna más compleja si el perjuicio consiste en un ingreso futuro. En este mismo orden de ideas se utiliza la categoría de daño emergente, cuando el objeto de la lesión derivada de responsabilidad precontractual es actual y está dentro del patrimonio de la víctima cuando se produce el daño, como ocurre con los gastos asumidos en el desarrollo de las negociaciones; y lucro cesante, cuando la lesión recae sobre un interés que no se encontraba en la esfera del lesionado en el momento del daño, sino a un interés futuro y cierto, que en materia de responsabilidad precontractual tiene que ver con la utilidad futura.

A propósito de la utilidad esperada y su prueba, la doctrina ha sostenido:

“...debermos preguntarnos qué hubiera sucedido si el candidato a parte se hubiera comportado de acuerdo con la buena fe, y qué probabilidades de celebración existirían. En primer lugar, el demandante debe probar que en circunstancias y negociaciones similares ha concluido contratos de esa naturaleza. Solo entonces puede pedir al juez que indemnice con un porcentaje de probabilidad del contrato, proyectado en la utilidad esperada en la conclusión de ese negocio. De igual manera, el demandante debe probar que de no haberse interpuesto la conducta contraria a la buena fe del demandado, el contrato habría sido válido y que, por ende, el beneficio económico de ese negocios

ley, no se ha perfeccionado; pero la conducta incorrecta de la parte pudo haber inferido daño a la otra y puede comportar el surgimiento de una responsabilidad precontractual”.

¹⁰⁷ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.760. “[...] La magnitud del resarcimiento debe ser proporcionada a las consecuencias económicas perjudiciales conexas con la actividad desarrollada durante las negociaciones (por ejemplo: expensas de correspondencia y telefónicas, transferencias, pericias, etc.), pero no con las ventajas, o, como suele decirse, con las “oportunidades favorables” eventualmente perdidas al no haberse comprometido en otros contratos”.

¹⁰⁸ BIGLIAZZI GERI, Lina (et al), *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, ob., cit., p.761.

*hubiese acrecentado su patrimonio*¹⁰⁹.

8. Hechos probados

Procede la Sala a precisar los hechos que tienen relación directa con las consideraciones expuestas en este proveído.

- a) Obra en el expediente copia simple de la resolución sin número del 18 de noviembre de 2010, por medio de la cual se ordena la apertura del proceso de licitación CAS-SS-LP043-2010. Fl 513 – 515 C.3
- b) Copia simple del pliego de condiciones – Fls. 510 – 576 del C. 3 – en el cual se lee:

“2.5.5 GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA: *El oferente deberá constituir a su costa y presentar con su oferta una garantía de seriedad de la misma expedida por una Compañía de Seguros legalmente establecida en Colombia, que sea aseguradora para entidades estatales, por un valor no inferior al diez por ciento (10%) del valor del Presupuesto oficial y con vigencia de tres (3) meses contados a partir de la fecha y hora fijados para el cierre de la LICITACION. La garantía deberá ser otorgada a favor del DEPARTAMENTO DE CASANARE [...]*”

- c) Copia simple de la minuta del contrato dentro del proceso de licitación pública CAS-SS-LP043-2010 – Fls. 560 – 563 del C.2. – en el cual se lee:

“[...] PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS: SANCION PENAL PECUNIARIA. *En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento, la GOBERNACION DE CASANARE hará efectiva la sanción penal pecuniaria, la cual tendrá un monto del diez por ciento (10%) del valor del contrato y se considerara como pago parcial de los perjuicios causados, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.*”

¹⁰⁹ JAIME MENDIETA, La culpa in contrahendo. Historia, Evolución y Estado Actual de la cuestión, en *Revist@ e-mercatoria*, Volumen 10, número 2 (julio- diciembre 2011).

- h) Copia simple del acta de “respuestas de observaciones al informe de evaluación” dentro del proceso de licitación pública CAS-SS-LP043-2010 del 25 de enero de 2011. – Fls. 134 – 156 del C.2. –
- i) Copia simple del acta de audiencia de adjudicación dentro del proceso de licitación pública CAS-SS-LP043-2010 del 28 de enero de 2011– Fls. 230 – 238 del C.2. – en la cual se lee:

*“El comité evaluador de contratación, recomienda **DECLARAR DESIERTO** el proceso de licitación pública identificada con el número CAS-SS-LP043-2010, cuyo objeto es **ADQUISICIÓN DE EQUIPOS BIOMEDICOS PARA LAS ESES HOSPITAL JUAN HERNANDO URREGO, CENTRO DE SALUD DE MONTERRALO Y HOSPITAL LOCAL DE TAURANEMA, PARA MEJORAR LOS SERVICIOS DE SALUD EN ÁREAS MATERNO INFANTIL**, teniendo en cuenta que ninguno de los proponentes cumple con los requisitos de habilitación técnica exigidos en los pliegos de condiciones.”*

- j) Copia simple de la resolución 0039 del 3 de febrero de 2011, “por la cual se declara desierto el proceso de licitación pública N° CAS-SS-LP043-2010”– Fls. 252 - 253 del C.2.- en la cual se lee:

“RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el proceso de Licitación Pública CAS-SS-LP043-2010, cuyo objeto es **ADQUISICIÓN DE EQUIPOS BIOMEDICOS PARA LAS ESES HOSPITAL JUAN HERNANDO URREGO, CENTRO DE SALUD DE MONTERRALO Y HOSPITAL LOCAL DE TAURANEMA, PARA MEJORAR LOS SERVICIOS DE SALUD EN ÁREAS MATERNO INFANTIL.**”

- k) Escrito del 9 de febrero de 2011, mediante el cual la parte demandante interpone recurso de reposición contra la resolución 0039 del 3 de febrero de 2011. – Fls. 36 – 49 C.2.
- l) Copia simple de la Resolución 0671 del 16 de noviembre de 2011, “por medio de la cual se revocan de manera directa y total los actos administrativos expedidos con posterioridad a la expedición de la Resolución sin número del 18 de diciembre de 2010, mediante la cual se ordena la apertura del proceso contractual LICITACION PUBLICA N° CAS-SS-LP043-2010”- Fls. 3586 – 3593 C de pruebas 9.-, de la cual se resalta:

“[...] se tiene que con dicha omisión se presenta el desconocimiento del principio de publicidad de la función administrativa y el postulado de de transparencia de la contratación pública, ocasionando que los actos producidos con posterioridad a la expedición de la Resolución sin número del 18 de noviembre de 2010, mediante la cual se ordena la apertura del proceso contractual LICITACION PUBLICA N° CAS-SS-LP043-2010, sean manifiestamente contraria (sic) a la ley y la constitución y la ley en tanto que están viciados en su eficacia, y por ende deba (sic) ser revocados por la administración Departamental[...]

[...]RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- *Revocar de manera directa y total los actos administrativos expedidos con posterioridad a la expedición de la Resolución sin Numero de fecha 18 de noviembre de 2010, mediante la cual se ordena la apertura del proceso contractual **LICITACION PUBLICA N° CAS-SS-LP043-2010**, cuyo objeto es la **ADQUISICION DE EQUIPOS BIOMEDICOS PARA LAS ESSES HOSPITAL JUAN HERNANDO URREGO, CENTRO DE SALUD DE MONTERRALO Y HOSPITAL LOCAL DE TAURANEMA, PARA MEJORAR LOS SERVICIOS DE SALUD EN ÁREAS MATERNO INFANTIL**, relacionados con las audiencias señaladas en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las diligencias de cierre y demás actos de trámite, así como también la Resolución 0039 del 3 de febrero de 2011; por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.”*

- m) Informe pericial realizado dentro del proceso en primera instancia del 13 de febrero de 2012, - Fls. 337 - 342 Cuaderno de pruebas tomo 2-. En el cual se lee:

*“Analizados los costos y confrontados con parte de los valores cotizados por el oferente **UT L.A.S Pro dental**, de acuerdo a la impresión realizada en Excel de la revisión de los mismos, se relaciona según lo solicitado la Utilidad Neta esperada arrojando un valor de: Mil ochocientos sesenta y ocho mil millones quinientos noventa y tres mil setecientos sesenta y tres con treinta y cuatro centavos \$1.868.593.763.34 de pesos [...]*”

- n) Copia simple de la póliza N° 01 GU046048 del 26 de noviembre de 2010, realizada entre la parte demandante y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., por un valor asegurado total de \$616.647.909,80 Pesos - Fls. 1026 - 1031 Cuaderno de pruebas tomo 4- de la cual se resalta:

“OBJETO DE LA POLIZA:

GARANTIZAR LA SERIEDAD DE LA OFERTA PRESENTADA EN VIRTUD DE LA LICITACIÓN NO. CAS-SS-LP-2010-043 RELACIONADA CON ADQUISICION DE EQUIPOS BIOMEDICOS PARA LAS ESES HOSPITAL JUAN HERNANDO URREGO, CENTRO DE SALUD DE MONTERRALO Y HOSPITAL LOCAL DE TAURANEMA, PARA MEJORAR LOS SERVICIOS DE SALUD EN ÁREAS MATERNO INFANTIL.”

- o) Copia simple del certificado de renovación de vigencia al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal por la suma de \$3.835.250.00 Pesos- Fl. 1096 Cuaderno de pruebas tomo 4-.
- p) Copia simple del Pliego de condiciones dentro del desarrollo del Proceso de licitación en el *sub examine*, en el cual se precisa la cronología dentro de la cual se desenvolverá dicho proceso –Fl. 518 C.3-. en el cual se lee:

“Traslado del informe de evaluación del 30 de noviembre al 4 de diciembre de 2010”.

- q) Copia simple de la adenda No. 11 del 27 de diciembre de 2010 mediante la cual se amplía el término para calificar las propuestas y se modifica el calendario de actividades dentro del proceso de Licitación pública adelantado en el *sub judice*,- Fls. 404 - 405 C.3-. en la que se lee:

“RESUELVE:

PRIMERO: *modificar el cronograma de actividades para traslado de las calificaciones de las propuestas presentadas.*

SEGUNDO: *como consecuencia de lo anterior, el cronograma de actividades es el siguiente:*

Traslado informe de evaluación del 27 al 28 de diciembre de 2010

Respuesta a observaciones 29 de diciembre de 2010

- r) Copia simple del acta de respuestas definitivas a las observaciones presentadas en la audiencia de adjudicación dentro del proceso de Licitación llevado a cabo en el *sub lite*, del 2 de febrero de 2011,- Fls. 249 -251 C.2-. en la que se lee:

“En cuanto a la solicitud realizada por el oferente LAS PRODENTAL en la que pide plazo para anexar información del fabricante de la incubadora ofertada y para aclarar con documentos que el equipo ofertado cumple con las características exigidas, el comité manifiesta que se atiene a lo reglado por el art. 10 del decreto 2474 de 2008, que señala al respecto, lo siguiente: “reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección del contratista primara lo sustancial sobre lo formal, en consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen condiciones del proponente o contenido de la

*oferta y **que no constituyan los factores de escogencia por la entidad en los pliegos de condiciones...**” (Concordancia con lo señalado por numerales 2, 3 y 4 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007)*

*Lo anterior de conformidad a lo señalado por el párrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 (sic) Que cita: PARAGRAFO 1º: 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 en cualquier momento hasta la adjudicación...***

Con fundamento en las normas precitadas y por ser este un criterio de evaluación de las ofertas y por otorgar puntaje, no se puede permitir que se alleguen más documentos o nuevos catálogos ya que se estaría mejorando la oferta del proponente”.

Procede ahora la Sala a examinar el caso concreto bajo la óptica de las consideraciones dogmáticas anteriormente hechas y del acervo probatorio que se acaba de reseñar.

9. Análisis del Caso concreto

Como se anunció al inicio de las consideraciones de esta providencia, para resolver el caso concreto se examinarán cada uno de los argumentos que se utilizaron como fundamento del recurso de apelación que aquí se resuelve, así:

9.1 Sobre la Revocatoria del acto que abrió la licitación.

Se sostiene en el recurso que no era procedente la revocatoria de los actos administrativos expedidos dentro del proceso de licitación que había iniciado el Departamento de Casanare, puesto que tales actos habían sido demandados ante la jurisdicción y la demanda ya se encontraba admitida cuando se presentó tal revocatoria.

Sobre particular observa la Sala que con el dictamen pericial que se rindió dentro del proceso, se aportó, por parte del auxiliar de la justicia, copia de la Resolución 0671 del 16 de noviembre de 2011, mediante la cual se revocaron la totalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de la licitación pública No. CAS-SS- LP043-2010; .

A efectos de determinar si acertó el a quo al tener en cuenta la revocatoria de los actos administrativos en su decisión, la Sala tiene presente lo prescrito en el artículo 281 del Código General del Proceso, norma en la que se lee:

“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

Obsérvese que son tres los requisitos para que el juez pueda tener en cuenta cualquier hecho modificativo y extintivo: i) que el mismo ocurra después de presentada la demanda; ii) que se tenga conocimiento dentro del proceso y iii) que la parte interesada lo alegue.

Pues bien, en el *sub judice* sólo se cumplen los dos primeros, como quiera que la revocatoria fue realizada con posterioridad a la presentación de la demanda, y de la misma obra prueba en el expediente; sin embargo, la parte que podría haber tenido interés en alegar este hecho, a más tardar en los alegatos de conclusión, no lo hizo; por lo tanto, erró el juez a quo al tener en cuenta tal circunstancia, toda vez que ante la ausencia de ser alegado por una de las partes el mismo estaba fuera del *Thema Decidendum*. En consecuencia en este aspecto la sentencia de primera instancia será revocada, y procede la Sala a estudiar los otros argumentos del recurso de apelación sobre el fondo del asunto.

9.2 La alegada extemporaneidad de las observaciones

Sostiene el recurrente, que la entidad demandada para determinar la insuficiencia de los requisitos de la oferta presentada por la Unión Temporal L.A.S. PRODENTAL, se basó en unas observaciones hechas por otro proponente, por fuera del término legal previsto para presentar tales observaciones.

Sobre el particular la Sala constata que originalmente en el pliego de condiciones se estipuló que el traslado del informe de evaluación sería del 30 de noviembre al 4 de diciembre de 2010; posteriormente, mediante adenda No. 11 del 27 de diciembre de 2010, se determinó que dicho traslado se surtiría entre el 27 y 28 de diciembre de ese año. No obstante lo anterior, durante la audiencia de adjudicación se advirtió que se había omitido dar cumplimiento al artículo 30 de la ley 80 de 1993, que prescribe 5 días de traslado del informe de evaluación de las propuestas.

El 24 de enero de 2011 el Departamento de Casanare expidió la resolución 022, mediante la cual se saneó dicha irregularidad y se dispuso reiniciar el proceso de selección; para el efecto se dispuso que el traslado del informe de evaluación correría entre el 28 de diciembre de 2010 y el 26 de enero de 2011. En esta forma de contabilizar el término ciertamente existe una irregularidad, pues al conceder un término de traslado, por fuerza los días en que corre dicho traslado deberán ser posteriores a la fecha en que se dispone el mismo; al máximo, si, como ocurrió en el subjuice, ya ha corrido parte de ese término se dispondrá la reanudación, esto es, se adicionarán a los días ya transcurridos los que faltan por transcurrir. Si se había advertido que la ley exige 5 días de traslado del informe final, y de estos apenas habían transcurrido dos, (27 y 28 de diciembre

de 2010), lo pertinente es que en el acto administrativo del 25 de enero se establecieran los 3 días restantes, los cuales deberían correr a partir del 26 y hasta el 28 de enero de 2011.

No obstante lo anterior, tal irregularidad resulta intrascendente, toda vez que por disposición del mismo artículo 30 de la ley 80 de 1993, la entidad contratante tiene competencia para declarar desierto el proceso de selección hasta antes de la fecha prevista para la adjudicación del contrato; lo que supone que la entidad no pierde competencia para calificar las propuestas después de que haya vencido el plazo para que los proponentes presenten sus observaciones respecto del informe de evaluación.

Pues bien, en el *sub judice*, el pliego de condiciones había advertido que procedería la declaratoria de desierto cuando ninguna de las propuestas reuniera las calidades exigidas; armonizando esta norma del pliego, con el artículo 30 de la ley 80 de 1993, es evidente que, al margen de cualquier irregularidad en el término para presentar observaciones, el Departamento de Casanare tenía la facultad de examinar la idoneidad de las propuestas hasta antes de adjudicar el contrato, en consecuencia no prospera este cargo.

9.3 La pretendida violación a las reglas de subsanabilidad

Aduce el recurrente que la ley tiene prevista la posibilidad de aclarar las ofertas, y que en el caso particular los catálogos que describían las especificaciones técnicas de los equipos, no se emiten para cada caso concreto o para cada proceso de contratación, sino que se expiden con información general, de allí que si de ellos se desprende alguna duda, el oferente ha debido tener la oportunidad de aclarar su propuesta.

Sobre el particular, conforme se precisó en el acápite sobre la subsanabilidad de las propuestas, reseñado en el numeral 5 de las consideraciones de esta providencia; conforme a lo previsto por el artículo 1º de la Ley 1150 de 2007, tal posibilidad está prevista para los requisitos que no sean necesarios en la comparación de las propuestas, y que no afecten la asignación del puntaje.

En este orden de ideas, la Sala deberá examinar el pliego de condiciones a fin de constatar si en éste se estableció que las condiciones técnicas de los productos que se ofrecían, constituían elemento de comparación de las propuestas, de tal manera que afectaran el puntaje de cada una de ellas.

A este respecto se observa que el pliego de condiciones no establece, entre los requisitos habilitantes de las propuestas, las especificaciones técnicas de los productos ofrecidos,

solo se les dio tal calidad a las condiciones subjetivas de los proponentes, a la prestación de la garantía de seriedad de la oferta, entre otros; tampoco se enlistan tales especificaciones técnicas entre los criterios que se tendrán en cuenta para asignar puntaje a las propuestas, pues allí sólo se relacionaron el factor económico y el factor de calidad, y a propósito de este último se especificó que:

“Se calificará la calidad de los productos determinada esta por la garantía que ofrezca el oferente para los productos que a continuación se relacionan, asignando puntaje a los siguientes elementos de calidad. Y se dispuso: Puntaje por mayor tiempo de garantía, por mantenimiento durante la garantía y por capacitación en el uso del equipo” –fl.528- del c.primer Tomo II-

No obstante lo anterior, el mismo pliego de condiciones estableció entre los motivos que darían lugar al rechazo de la oferta, en la cláusula 1.5 , numeral 16 la siguiente hipótesis:

“Cuando los items ofertados no correspondan exactamente a la descripción técnica exigida en el pliego de condiciones”.

Así las cosas, lo que se debe determinar es si esta última disposición del pliego de condiciones se ajusta a las reglas de subsanabilidad que, con base en las disposiciones legales, esta Corporación ha elaborado, y que se reseñaron en el acápite 5 de las consideraciones de esta providencia.

En efecto, a luz de las diferentes reglas y subreglas de subsanabilidad que fueron expuestas, la Sala encuentra que en el *sub judice* se evidencia que el Departamento de Casanare incurrió en dos irregularidades. La primera, en que al establecer como motivo de rechazo de las propuestas, que éstas no correspondieran exactamente en su descripción técnica a lo exigido en el pliego, se constituyó como un elemento habilitante un simple requisito formal que, de suyo, debería ser objeto de subsanación; la segunda, consistente en que se vulneró el debido proceso al impedirle a la Unión temporal integrada por las demandantes aclarar su propuesta, máxime si se tiene en cuenta que en los catálogos que invocó el comité evaluador para rechazar la propuesta, obrantes a folio 410 y 411 de la propuesta, y que obran con los mismos números de folio en el cuaderno de pruebas tomo iv; se advertía que no estaba allí toda la información sobre los productos que se ofrecía. En efecto, en estos documentos, a propósito de la incubadora ofertada, que fue el producto respecto del cual se endilgó que no reunía las especificaciones técnicas, se lee:

“Obs. Este catálogo ofrece una descripción técnica y una lista de accesorios y opciones resumida. Para informaciones más detalladas o solicitud de cotizaciones por favor entre en contacto con el departamento de ventas de Olidef cz.”

Pues bien, una vez se presentó la observación, la unión temporal oferente L.A.S. PRODENTAL, requirió a la entidad demandada para que se le permitiera aclarar la propuesta, solicitud que se presentó en los siguientes términos:

“Los catálogos que se están aportando son catálogos generales y por tanto la entidad está en la obligación de solicitarnos aportar los documentos como manuales de usuario o de servicio o documentos emitidos por fabrica, con los que la entidad pueda emitir un juicio en el cual decidan en que se reafirman con(sic) la inhabilidad o que definan que si (sic) se cumple con las características técnicas ofertadas. Solicitamos entonces nos den plazo para aclarar con documentos que el equipo ofertado cumple con las características exigidas. La conclusión es que nos inhabilitan por que la incubadora no cumple con el colchón que permita el uso gemelar.

En conclusión solicitamos se nos de un plazo para anexar información del fabricante que nos desvirtúe (sic) la inhabilidad que está produciendo la descalificación de la propuesta y la declaratoria de desierta” -Fl.249 del C. Primero tomo I.-.

La anterior solicitud fue rechazada por el Departamento de Casanare, y para sustentar su rechazo se limitó a transcribir las condiciones técnicas que para la incubadora tenía previsto el pliego de condiciones, después de lo cual concluyó que el producto ofrecido no era para uso gemelar, no tenía puertas rebatibles a 180º, tampoco opción de pasacanalas ni opción de dos temperaturas de piel.

Lo anterior se evidencia que a la unión temporal integrada por las demandantes se le negó la posibilidad de demostrar al oferente que el producto por ella ofrecido sí reunía tales condiciones; la entidad demandada los tuvo por incumplidos pese a que se se afirmó que los catalogos aportados no tenían toda la información. Así las cosas, como no se trataba de un requisito habilitante, y tampoco otorgaba puntajes en la comparación de las diversas propuestas, la unión temporal L.A.S. PRODENTAL, tenía derecho a que se le permitiera subsanar en este aspecto su propuesta, derecho que le fue conculcado por el Departamento de Casanare, razón por la cual se declarará la nulidad de acto administrativo que declaró desierta la licitación.

Consecuencialmente, se declarará la existencia del acto ficto derivado de la no resolución del recurso de reposición que se interpuso contra al acto administrativo que declaró

desierta la licitación. Sobre el particular se debe tener presente que la no resolución del recurso dentro del término previsto es una negación indefinida que está relevada de ser probada por quien la afirma; correspondía entonces a la entidad demandante demostrar que sí había resuelto en tiempo el recurso de reposición que se interpuso contra el acto administrativo que declaro desierta la licitación. Atendiendo a estas consideraciones, se tiene por acreditado el acto ficto, producto del silencio administrativo negativo, y por tanto se declarará también su nulidad.

10. Reconocimiento de los Perjuicios.

Procede la Sala ahora a determinar si hay lugar a reconocer los perjuicios que se pretenden en la demanda. A este respecto las demandantes solicitaron en el libelo que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos acusados, se declarara que el Departamento de Casanare es responsable de los perjuicios sufridos por ellas, y que se le condenara al pago de los mismos con base en la utilidad esperada en caso de que se hubiese ejecutado el contrato.

Esta pretensión también habrá de rechazarse, pues la misma no tiene ningún fundamento jurídico. En efecto, si bien es cierto que en casos donde se ha adjudicado el contrato a otro proponente distinto al que ha debido ser adjudicatario, se ha reconocido a este último la utilidad esperada por el contratista al que se le privó de tal adjudicación; este criterio no puede ser aplicado en el *sub judice* por la potísima razón que en el caso que aquí se examina no hubo adjudicación de contrato alguno; simplemente la administración desistió de contratar.

De manera subsidiaria se pretende en el libelo que de no ser posible determinar la cuantía de los perjuicios se condene en abstracto señalando los criterios que deberán tenerse en cuenta para la liquidación.

Esta pretensión si será acogida por la Sala, por cuanto en el *sub judice* se configura el supuesto que doctrinal y jurisprudencialmente se ha denominado el interés negativo, al que se hizo referencia en el acápite a propósito de lo que debe repararse al contratista que ve frustrada la suscripción del contrato, no porque el mismo se haya adjudicado a otro oferente sino porque la administración desistió de contratar. Dicho interés negativo o de confianza se concreta, como se explicó precedentemente, en los gastos en que haya incurrido el proponente para presentar su propuesta.

A propósito de esta pretensión subsidiaria la Sala declarará su procedencia, pues, sí existe un interés negativo que debe ser indemnizado a los integrantes de la Unión temporal demandante, conforme a los lineamientos teóricos hechos precedentemente en

el acápite 7 de las consideraciones. Para su cuantificación se examinarán qué pruebas existen en el expediente de los gastos en que incurrió la actora para la presentación de su oferta. Desde ya se advierte que la experticia rendida se torna improcedente toda vez que la misma se concentró en cuantificar la utilidad esperada, los estados financieros de las demandantes, y los precios de referencia de los bienes y servicios objeto de la licitación, pues, como se afirmó, estos no pueden ser criterios para indemnizar el denominado interés negativo que se reconoce al oferente cuando se declara desierta una licitación, como quiera que los mismos constituyen parámetros del interés positivo que se indemniza cuando el contrato se ha celebrado con otro oferente, y puesto que la responsabilidad aquí se deriva de la interrupción de la negociación, el mismo requería la prueba de una circunstancia que no se acreditó en el sub iudice, esto es, que en condiciones similares a las que aquí se presentaron la entidad demandada en vez de declarar desierta la licitación ha concluido otros contratos.

Examinada la propuesta presentada por la Unión temporal L.A.S. PRODENTAL integrada por Productos Médicos Colombianos Ltda, Ultradental S.A.S y L.A.S ELECTROMEDICINA S.A, sólo se encuentra la prueba de un gasto en que incurrió esta unión temporal para la presentación de su propuesta, y de un gasto que erogó una de las demandantes. El primero de ellos es la póliza de garantía de seriedad de la oferta, por la cual la Unión Temporal L.A.S PRODENTAL canceló a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. la suma de \$1.081.088.00.; el segundo gasto acreditado consiste en el pago que Ultradental S.A. realizó por concepto de servicio de acceso a la plataforma de telecomunicaciones, procesamiento, almacenamiento, seguridad del SICE (Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal). Como se desconoce si las otras sociedades demandantes tuvieron que incurrir en gastos como este, o semejantes; a efectos de habilitarse para poder ofertar, y atendiendo a la pretensión subsidiaria de proferir una condena genérica, la Sala condenará en abstracto e indica que en incidente de liquidación de la condena se tendrá que tener en cuenta lo pagado por la póliza de seriedad de la oferta, y dividir tal valor entre las tres demandantes en proporción a su participación en la unión temporal que integraban; el gasto hecho por Ultradental S.A para la suscripción al Sistema de Información para la vigilancia de la Contratación Estatal; y probar los gastos en que cualquiera de las otras demandantes haya incurrido para su renovación en tal sistema a efectos de presentar la propuesta que dio lugar a este proceso; también podrá tenerse como criterio de cuantificación del perjuicio la eventual pérdida de oportunidad de las demandantes de celebrar otros contratos como consecuencia de haber participado en el proceso de licitación que se declaró desierto; así como la prueba de los costos de las llamadas telefónicas, eventuales viajes, pagos de honorarios para la configuración de la oferta y las fotocopias que la unión temporal tuvo que realizar para la presentación de la respectiva propuesta.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia del 5 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución N° 0039 del 3 de febrero de 2011 por medio de la cual el Departamento de Casanare declaró desierta la licitación pública No. CAS-SS-LP-043-2010 y del acto administrativo presunto derivado del Silencio Administrativo negativo que se configuró al no resolver el recurso de reposición contra dicha Resolución; todo ello con base en los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, CONDÉNASE EN ABSTRACTO al DEPARTAMENTO DEL CASANARE, a pagar a PRODUCTOS MÉDICOS COLOMBIANOS LTDA- PRODUMEDIC-, ULTRDENTAL S.A.S.- Y ELECTROMEDICINA S.A; por concepto de perjuicios, la suma que resulte probada en el respectivo incidente de liquidación, cuantificación que deberá hacerse conforme a los criterios expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NIÉGANSE, las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

ACLARACIÓN DE VOTO / OBITER DICTUM - Fundamentos constitucionales de la subsanabilidad de la oferta y contexto normativo de la responsabilidad precontractual / OFERTA - Subsanabilidad

Como las consideraciones contenidas en los apartados n.º 5.2.1 y 7 sobre los fundamentos constitucionales de la subsanabilidad de la oferta y el contexto normativo de la responsabilidad precontractual, escapan a las razones estrictamente relacionadas con el caso y a los límites que debe tener todo juez al momento de desatar una controversia, esto es, resolver el problema jurídico, constituyen un obiter dictum.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 85001-23-31-000-2011-00109-01(51376)

Actor: PRODUCTOS MÉDICOS COLOMBIANOS LTDA. - PRODUMEDIC - ULTRADENTAL S.A.S. ELECTROMEDICINA (INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL L.A.S. PRODENTAL)

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (ACLARACIÓN DE VOTO)

Temas: Obiter dictum-Fundamentos constitucionales de la subsanabilidad de la oferta y contexto normativo de la responsabilidad precontractual.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque acompañé la decisión que se adoptó en la sentencia de 26 de noviembre de 2015, en el proceso de la referencia, aclaro voto.

1. Como las consideraciones contenidas en los apartados n.º 5.2.1 y 7 sobre los fundamentos constitucionales de la subsanabilidad de la oferta y el contexto normativo de la responsabilidad precontractual, escapan a las razones estrictamente relacionadas con el caso y a los límites que debe tener todo juez al momento de desatar una controversia, esto es, resolver el problema jurídico, constituyen un *obiter dictum*.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE