



A N CONSTRUISEÑOS S.A.S

Nit.830.040.053-2

Bogotá D.C., Septiembre 4 de 2.015

CGAN-LIC-INT-016-2015

Señores

FONDO ROTATORIO DE LA REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Att. Dra. Edna Patricia Rangel Barragán

Directora Administrativa

Ciudad

REF: Recurso de reposición en contra del Acta de Declaratoria de Desierta.
Invitación Pública No.009-2015

Respetados Señores:

Nuestra Firma A N CONSTRUISEÑOS SAS mediante oficio CGAN-LIC-INT-015-2015 el día 1º de septiembre de 2.015 remitido por correo electrónico y adicionalmente radicado en la Entidad bajo el No.138819 efectuó las observaciones y aclaraciones correspondientes a la propuesta presentada.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante Acta de Declaratoria de Desierta publicada en el SECOP el 3 de septiembre de 2.015 el Fondo Rotatorio de la Registraduria Nacional del Estado Civil dio respuesta a nuestras observaciones en los siguientes términos:

1. Observaciones presentadas por A N CONSTRUISEÑOS S.A.S mediante correo electrónico del 1 de septiembre de 2.015, a las 12:32 P.M

1.1 A su propuesta

Dentro de los términos señalados para ello, por medio de la presente nos permitimos presentar las siguientes observaciones a la evaluación preliminar correspondiente a la Invitación Publica referenciada.

1- AVAL DE LA PROPUESTA

Con el objeto de cumplir con lo establecido respecto al "Aval de la Propuesta" y que el mismo se constituye en un documento subsanable, tal como está establecido en la normatividad actual, adjunto a la presente estamos remitiendo el siguiente documento:

Vigencia de la matricula profesional del ingeniero Ricardo Poveda Álvarez expedido por el Copnia el día 31 de agosto de 2.015.

04-09-06 PM02:48:138871

GRUPO CINQUE

Vigencia de la matrícula profesional del ingeniero Ricardo Poveda Álvarez expedido por el Copnia el día 23 de febrero de 2.015.

El motivo por el cual se efectúa la remisión de las dos vigencias anteriores es hacer notar que la matrícula profesional del ingeniero Ricardo Poveda Álvarez siempre y durante todo el plazo del proceso de contratación en referencia ha estado vigente.

2- EXPERIENCIA ACREDITADA

Teniendo en cuenta que las certificaciones de experiencia se adjuntan con el objeto de cumplir con los requisitos habilitantes, estos documentos tienen el carácter de subsanables, con lo cual es factible remitirlos con posterioridad al cierre del Concurso de Méritos y por consiguiente también son susceptibles de aclaración.

En este orden de ideas, nos permitimos adjuntar nuevamente las dos certificaciones de experiencia requeridas, las cuales aclaran y sustituyen las aportadas a folios 22 y 23 de nuestra propuesta, ya que desafortunadamente por un "lapsus calamis" o error en la escritura cometido por la Funcionaria empleada de Nelsy Cruz Suarez y del Consorcio Jasan-1 en las certificaciones expedidas los días 5 y 6 de agosto de 2.015 no se hizo constar que los contratos suscritos por A N CONSTRUISEÑOS SAS eran de Interventoría.

Es importante anotar que en dichas certificaciones consta en los párrafos correspondientes al personal técnico que los ingenieros Ricardo Poveda Álvarez y Jairo Ordoñez se desempeñaron como Director y Residente de Interventoría respectivamente, con lo cual se podría deducir que evidentemente los contratos certificados corresponden a Interventoría y no a Obra.

Como prueba adicional de lo anteriormente afirmado, nos permitimos adjuntar copia de los contratos principales 460 y 624 de 2.014 donde se evidencia que los pluricitados contratos son de Interventoría y no de Obra.

Con el aporte de la anterior documentación esperamos haber aclarado suficientemente esta confusión presentada y solicitamos muy comedidamente seamos entonces calificados como CUMPLE.

RESPUESTA

- 1.1 En relación con el Aval de la propuesta, con el documento de observación el proponente allega copia de la vigencia de la matrícula profesional del Ingeniero Civil Ricardo Poveda Álvarez expedida el 31 de agosto de 2.015, profesional para el cual ya se había allegado copia de la matrícula profesional a folio 5 de la propuesta, con lo cual da cumplimiento a este requisito habilitante.*
- 1.2 Para subsanar las certificaciones de experiencia del proponente expedidas por CONSORCIO JASAN-1 y aportadas entre folios 14 y 15 de la oferta A N CONSTRUISEÑOS S.A.S allega con el documento de observaciones, nuevas certificaciones sobre los contratos referidos, expedidas el 1º de septiembre de 2.015 (fecha posterior al cierre del proceso), en los que modifica el objeto de los contratos*

indicando que se trata de contratos de interventoría y no de obra como lo señalaban las certificaciones allegadas con la propuesta.

En razón a que se trata de nuevas certificaciones que no fueron inicialmente allegadas con la propuesta, adicional al hecho que las mismas fueron expedidas con posterioridad a la fecha de cierre del proceso, no serán tenidas en cuenta dentro del proceso de evaluación y comparación de ofertas, por lo cual la observación presentada a este respecto NO PROCEDE y en consecuencia la Entidad ratifica la calificación de NO HABIL dada en el informe de evaluación técnica para el proponente A N CONSTRUDISEÑOS SAS por cuanto no cumple con la experiencia solicitado en el numeral 16) literal b), subnumeral i) "EXPERIENCIA MINIMA REQUERIDA" del documento de invitación pública.

1.3

RECHAZAMOS la improcedibilidad de nuestra anterior observación respecto a las certificaciones de experiencia y la calificación otorgada de NO HABIL teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

SUBSANABILIDAD EN LA CONTRATACION ESTATAL

Durante años, se han construido en la práctica dogmas y mitos en materia contractual, que han servido para crear una "costumbre con fuerza de ley" –y no nos referimos a ley en sentido formal ni material, sino la autorregla de observancia por parte de entidades, proponentes y entes de control–, dando prevalencia a lo "formal" sobre lo "sustancial", en contravía de lo dispuesto en la normativa, con la falsa convicción de que se está obrando en función de la igualdad o protegiendo el proceso de selección.

Tal ha sido el caso de la subsanabilidad, que, en materia contractual, ha tenido una evolución muy importante gracias a la reforma introducida por la Ley 1150 del 2007 y a los pronunciamientos del Consejo de Estado que sobre el particular ha impartido lineamientos acerca de la manera en que dicha ley –esta sí formal– debe ser aplicada por los operadores jurídicos de la contratación, que ya en el presente año 2.015 deben ser plenamente conscientes de la gran importancia de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

Requisitos subsanables y oportunidad

Conforme lo dispone la reforma introducida por la Ley 1150 al segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1157, las circunstancias subsanables son: (i) la ausencia de requisitos referentes a la futura contratación o al proponente y (ii) la falta de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas (no otorgan puntaje).

A pesar de este postulado, algunas entidades estatales mantuvieron la rigidez consuetudinaria de rechazar ofertas porque no habían presentado simultáneamente las certificaciones de experiencia, el formato donde se enlistan aquellas, los soportes de la hoja de vida del equipo de trabajo o el Registró Único de Proponentes (RUP), entre otros.

Cabe precisar que algunos requisitos que no otorgaban puntaje no eran subsanables por virtud del reglamento, como la ausencia de garantía de seriedad del ofrecimiento simultáneamente con la oferta, debido a que el Gobierno Nacional había recogido la jurisprudencia del Consejo de Estado que se había pronunciado con anterioridad en tal sentido.

FALLO DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 26 DE FEBRERO DE 2.014, MAGISTRADO PONENTE ENRIQUE GIL BOTERO SOBRE SUBSANABILIDAD

El pronunciamiento del magistrado Enrique Gil Botero, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 26 de febrero del 2014, copia del cual se adjunta a la presente, explicó, con abundante claridad, la manera en que este principio rector en materia contractual debe aplicarse hoy ante la ausencia reglamentaria sobre el tema.

En efecto, el fallo referido indicó: **“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”**.

El fallo citado cambió la noción que tenían los operadores jurídicos acerca de que la subsanabilidad era una facultad de la administración. Así, la reemplazó por otra, según la cual es un derecho del proponente que, en condiciones de igualdad, se le dé la oportunidad de subsanar aquellos requisitos que no dan puntaje, vale decir, la ausencia de documentos referentes al proponente o a la futura contratación, dentro de los cuales está la posibilidad de presentar documentos que no se aportaron con la oferta o de corregir o aclarar su contenido, **incluso de reemplazarlos a través de la subsanación por otros, como los requisitos habilitantes (capacidad jurídica, experiencia, organización y financiera)** o la posibilidad de presentar la garantía de seriedad de los ofrecimientos que no se aportó con la oferta o de aclarar aspectos del alcance de esta.

Si bien esta posición de la jurisprudencia no fue propuesta en el marco de un fallo unificador, es vinculante, no por el fallo en sí, sino porque este aclara la forma en que la ley debe aplicarse, y esta sí es obligatoria.

Requisitos insubsanables

Al tenor de lo dispuesto en la ley y la claridad sobre su forma de aplicación hecha por el Consejo de Estado, **los únicos requisitos que no son subsanables son aquellos que otorgan puntaje**, es decir, que sirven de ponderación de las ofertas basados en precio, calidad o relación costo-beneficio.

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

CIRCULAR EXTERNA No.13 DEL 13 DE JUNIO DE 2.014 DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

La presente Circular estableció lo siguiente:

Para: Participes del sistema de compras y contratación pública

Asunto: Subsancibilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje

La Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente – en su carácter de ente rector del sistema de compras y contratación pública por medio de la presente circular fija directrices sobre la subsanción de las ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los Procesos de Contratación.

A – Requisitos y documentos subsancibles

La ausencia de requisitos o la falta de documentos sobre la futura contratación que no son necesarios para comparar las ofertas no son título suficiente para su rechazo, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007.

En consecuencia, las Entidades Estatales pueden solicitar a los oferentes subsancir los requisitos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsancir tales requisitos hasta el momento de la adjudicación, salvo en los procesos de selección con subasta en los cuales los oferentes deben subsancir tales requisitos antes de iniciar la subasta.

.....

B. Subsancibilidad de requisitos e informe de evaluación

Si en un Proceso de Contratación hay oferentes que no acreditaron con la presentación de la oferta requisitos que no afectan la asignación de puntaje, la Entidad Estatal en el informe de evaluación debe indicarlo y advertir que la oferta correspondiente no será evaluada hasta que el oferente acredite tales requisitos. El oferente puede subsancir tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación o de la subasta.

Si el oferente subsancir y acredita tales requisitos oportunamente, la Entidad Estatal debe actualizar el informe de evaluación y publicarlo en el SECOP incluyendo en la evaluación la oferta objeto de subsanción. Las Entidades Estatales también deben dar a conocer el nuevo informe de evaluación en la audiencia de adjudicación si hay lugar a esta audiencia, y pueden recibir las evaluaciones pertinentes hasta la adjudicación.

Con base en el principio de economía y el objetivo de eficiencia del sistema de compras y contratación pública, la Entidad Estatal debe decidir si es necesario otorgar un término para la presentación de observaciones sobre el nuevo informe de evaluación.

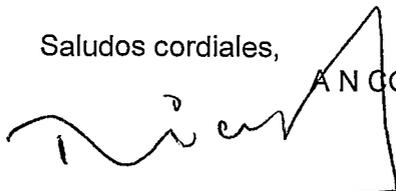
De acuerdo entonces con lo establecido en la jurisprudencia anteriormente relacionada, podemos concluir sin lugar a equívocos de ninguna naturaleza, que el Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil está incurriendo en un garrafal yerro jurídico al rechazar nuestra propuesta, ya que:

1. Tal como se confirma en el Fallo del Consejo de Estado del 26 de febrero de 2.014, el proponente cuenta con la oportunidad incluso de **reemplazar documentos a través de la subsanación por otros como los requisitos habilitantes (capacidad jurídica, experiencia, organización y financiera).**
2. Por lo tanto aceptando en gracia de discusión que “reemplazamos” unas certificaciones por otras, lo cual estrictamente no corresponde a la realidad, ya que las segundas certificaciones allegadas tienen el carácter de aclaratorias, pues las certificaciones iniciales contenían errores originados en un “*lapsus calamis*”, o error en la escritura cometidos por personas totalmente ajenas al proponente, el cual consistió en omitir en dichos documentos la certificación de que los contratos ejecutados correspondían a Interventoría, al reemplazar las pluricitadas certificaciones de todas maneras nos encontrábamos dentro de la ley, tal como está establecido en el Fallo del Consejo de Estado del 26 de febrero de 2.014.
3. Adicionalmente la fecha de expedición de las certificaciones aclaratorias no invalida las mismas, pues por una parte la jurisprudencia al respecto no establece nada al respecto, además de que si son remitidas posteriormente a la entrega de la propuesta es apenas obvio que así sea.
4. En este punto podemos probar una clara contradicción cometida por el FRR: mientras que para el caso de la vigencia de la matrícula del suscrito la fecha de expedición no tuvo mayor relevancia a pesar de que también fue expedida en fecha posterior al cierre (agosto 31) y no manifiesta absolutamente nada al respecto, aceptando adicionalmente la subsanación del documento, para el caso de las certificaciones de experiencia si tuvo vital importancia la fecha de expedición (1º de septiembre), pues es usada como argumento para invalidar nuestra justa y procedente subsanación, a pesar de que los dos documentos anteriores fueron expedidos con un día de diferencia (agosto 31-septiembre 1º) y todos dos en fecha posterior al 26 de agosto, fecha de cierre de la Invitación referenciada.
5. Además el FRR omite por completo el hecho de que junto con las observaciones presentadas al informe de evaluación se adjuntaron 57 folios correspondientes a los contratos principales 460 y 624 de 2.014 donde se confirma claramente que los mismos corresponden a contratos de **Interventoría**, lo cual prueba el “*lapsus calamis*” de las certificaciones aportadas inicialmente con la Oferta y que las “nuevas” certificaciones aportadas únicamente aclaran y corrigen el grave error cometido.
6. Por lo tanto al no tener en cuenta esta importante prueba, el Acta de declaratoria Desierta queda sin validez alguna, pues se pretermitieron las pruebas más importantes allegadas para tomar una decisión acertada.

En consecuencia de todo lo precedente, es obligación del FRR HABILITAR la propuesta de A N CONSTRUDISEÑOS S.A.S, ya que en caso contrario se estaría violentando la normatividad y jurisprudencia actualmente vigente, causando además perjuicios económicos al proponente, que posteriormente deberán ser compensados.

Sin otro particular, agradecemos de antemano su atención a la presente.

Saludos cordiales,



A N CONSTRUDISEÑOS S.A.S

Ing. RICARDO PÓVEDA ALVAREZ
Gerente

ANEXOS 51 FOLIOS ASI:

1. Fallo del Consejo de Estado del 26 de febrero de 2.014, 49 folios.
2. Circular externa No.13 del 13 de junio de 2.014 de Colombia Compra Eficiente, 2 folios.

copia: Archivo.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
Subsección C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil catorce (2014)

Radicación: 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804)
Demandante: Germán Eduardo Zea Gómez
Demandado: Municipio de Magangué
Referencia: Acción de controversias contractuales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2003, por el Tribunal Administrativo de Bolívar – fls. 325 a 331, cdno. ppal.-, que negó sus pretensiones, en los siguientes términos:

"1. Deniéguense las pretensiones del accionante."

ANTECEDENTES

1. La demanda

Germán Eduardo Zea Gómez -en adelante el demandante o la parte actora- en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda, el 19 de abril de 1999 -fls. 2 a 19, cdno. 1- contra el Municipio de Magangué -en adelante el demandado- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fls. 7 y 8, cdno. 1-:

"DECLARACIONES Y CONDENAS

"1°. Declárese la nulidad de la Resolución No. 4232 del 24 de Diciembre de 1998 'por medio de la cual se declara desierta la Licitación Pública No. GP-001-98', emanada de la Secretaría de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de Magangué (Bolívar).

"2°. Declárese igualmente la nulidad del Contrato de Obra No. SOP-OC-102-98 de fecha Diciembre 28 de 1998, suscrito entre la Alcaldía Municipal de Magangué (Bol.), por intermedio del Secretario de Obras Públicas y el Contratista ENRIQUE NADAD MEJIA, para la construcción de la 1ª y 2ª etapa de la red vial Chaparral-Cascajal Municipio de Magangué.

"3°. En el orden del restablecimiento del derecho, condénese al MUNICIPIO DE MAGANGUE (BOLIVAR), a título (sic) de indemnización, a cancelar a mi patrocinado GERMAN EDUARDO ZEA GÓMEZ, la cantidad de \$103.041.371,00.

"4°. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales liquidados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha en que se violó el derecho hasta cuando quede ejecutoriado el fallo que le dé fin al proceso.

"5°. La cantidad Líquida antes indicada devengará intereses comerciales corrientes durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso y moratorios de ahí en adelante, hasta cuando se efectúe el pago.

"6° Condénese en costas al MUNICIPIO DE MAGANGUE (Bol.)."

Manifestó que mediante la Resolución No. SOP-001-98, del 18 de septiembre de 1998, el municipio abrió la licitación pública No. GP-001-98, con el objeto de contratar las obras para la construcción de la 1ª y 2ª etapa de la red vial Chaparral – Cascajal. Asimismo, el Alcalde delegó en el Secretario de Obras Públicas la ordenación de gastos y la competencia para celebrar los contratos.

El 26 de octubre de 1998 se cerró la licitación, y se recibieron siete (7) ofertas: Hernán Fonseca Garrido; Isaac y Durán; Construcaribe Ltda.; Carlos Caez – Luis Narvárez – Sergio Torres Reatiga Unión Temporal; Construcciones Hilsaca – Movicom S.A.; Germán Zea Gómez; e Ingeniar Ltda.

La evaluación jurídica de las propuestas consta en el Acta del 11 de noviembre de 1998, pero no se realizaron los estudios técnicos ni económicos de la oferta del demandante, porque se calificó como “incompleta”, pues no cumplió la exigencia prevista en los artículos 11 y 13 literal e), de la Ley 43 de 1990, es decir, los estados financieros que aportó no fueron firmados por un contador público.

El actor presentó las siguientes observaciones al informe de evaluación: “Dice el ordinal A) del numeral 29 del Pliego de Condiciones, Intitulado Estudio Jurídico: Se estudiaran y analizaran los requisitos esenciales de orden legal y técnico exigidos en el pliego de condiciones (...) lo anterior concuerda con el art. 25, numeral 15 de la Ley 80/93, cuando afirma que las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales, etc., ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan las leyes especiales y la ausencia de ellos no servirá de título suficiente para el rechazo de la oferta, pues la firma del contador en los estados financieros no es necesaria para la evaluación de la propuesta, los estados financieros se requieren para evaluar la capacidad económica de oferente, más no para comparar las propuestas.” –fls. 3 y 4, cdno. 1-

Adujo que para que la firma del contador fuera obligatoria debió exigirse en el pliego de condiciones. Agregó que aun cuando no se resolvieron las objeciones hechas a su evaluación, el Secretario de Obras Públicas declaró desierta la licitación mediante la Resolución No. 4232 del 24 de diciembre de 1998. Asimismo, el funcionario precisó en las consideraciones de dicho acto administrativo que el demandante era el único oferente que cumplió las especificaciones técnicas exigidas.

Además, la Resolución -a la fecha de presentación de la demanda- no se le notificó, y el acto administrativo no contempló la procedencia de recursos, razón por la que se le vulneró el derecho a agotar la vía gubernativa.

Con fundamento en la Resolución No. 4232, el Secretario de Obras Públicas celebró con el Ingeniero Enrique Nadad Mejía el contrato de obra No. SOP-OC-102-98, cuyo objeto era el mismo de la licitación GP-001-98, sin que se respetaran los términos para notificar el acto administrativo que declaró desierto el proceso de selección, comoquiera que éste era del 24 de diciembre de 1998, y el contrato se suscribió el día 28 del mismo mes.

Reclama que la licitación debió adjudicársele y que la motivación de la Resolución No. 4232 fue subjetiva, por eso es nula, porque violó el principio de selección objetiva que consagra el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, señaló que también es nulo el contrato suscrito a continuación, porque se celebró con fundamento en el acto administrativo que, sin soporte constitucional, declaró desierta la licitación pública.

Finalmente, con la expedición del acto administrativo se violaron los artículos 83 y 273 de la Constitución; y los artículos 24 numerales 5, 7 y 8; y 25 numerales 6 y 7 de la Ley 80 de 1993; los artículos 44, 45 y 47 del C.C.A.; y el artículo 29, literal a) del pliego de condiciones de la licitación pública No. GP-001-98.

El demandante también señaló que la entidad territorial desconoció el principio de la buena fe, presumible en todas las actuaciones que los particulares adelantan ante las autoridades, porque a pesar de que satisfizo las exigencias del pliego, le exigieron un requisito "de ley o legal" que no existió antes de que se presentaran las ofertas. También considera que el municipio transgredió el artículo 273 de la Constitución, porque omitió la exigencia que hizo la Contraloría Municipal de adjudicar el contrato en audiencia pública; y reprochó que no se resolvieron en el acto administrativo demandado las objeciones que hicieron los proponentes.

De otro lado, señaló que la Resolución demandada también violó el artículo 24 de la Ley 80, porque la finalidad de un proceso de selección es la adjudicación y no la declaratoria de desierto, en este orden, el acto administrativo se motivó subjetivamente, determinado por intereses particulares. Por otra parte, aseguró que la demandada no indicó en forma clara y precisa los requisitos objetivos necesarios para participar en la licitación.

Señaló que la motivación del acto administrativo fue incompleta, y que al eludir la adjudicación del contrato, la entidad actuó con desviación de poder, porque la propuesta del demandante

cumplió los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. Además, la demandada desconoció el principio de economía -artículo 25 de la Ley 80 de 1993-, porque rechazó su oferta por ausencia de un requisito innecesario para evaluarla.

Incluso, la entidad también violó el principio de selección objetiva, porque declaró desierta la licitación con base en criterios subjetivos, y rechazó la propuesta más favorable para la administración so pretexto de exigir requisitos no contemplados en el pliego de condiciones.

En el mismo sentido, los literales u) y v) de la Resolución demandada desconocieron los numerales 6 y 7 del artículo 30 del estatuto de la contratación pública, porque allí se hicieron estudios técnicos vencido el plazo para ello, aun cuando la norma establece que las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones.

Asimismo, reprochó la forma de notificación del acto administrativo, porque no se hizo personalmente, ni por edicto; y luego la administración contrató directamente, sin considerar del término de ejecutoria del acto, hecho que impidió que procedieran los recursos de la vía administrativa.

2. Contestación de la demanda

El municipio y el contratista contestaron la demanda.

2.1. Municipio de Magangué: Propuso la excepción de caducidad de la acción, porque la demanda se presentó el 19 de abril de 1999, y como el término es de 30 días -no de 4 meses- porque el acto que declara desierta una licitación es precontractual, su caducidad se cuenta como lo señala el art. 32 de la ley 446 de 1.998 -fl. 264, cdno. 1-.

2.2. El contratista: aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Señaló, entre otras cosas, que la propuesta del demandante no se desestimó

únicamente por estar incompleta. Además, aclaró que la comisión nunca consideró que la oferta de la parte actora era la única que cumplió las especificaciones exigidas.

Afirmó que como la licitación terminó en forma anormal –declaración de caducidad-, el contratista no tenía que escogerse en audiencia pública, y que aun cuando contra la resolución demandada no procedían recursos, no se omitió la vía gubernativa para el demandante porque la decisión se fundamentó en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. En conclusión, defendió la legalidad del contrato celebrado entre el Municipio y él.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: Reiteró algunos argumentos de la demanda, y aseguró que no podía desestimarse su oferta y menos procedía la declaratoria de desierta de la licitación, por la inobservancia de requisitos innecesarios o insubstanciales. Asimismo, aclaró que aun cuando la firma de un contador a los estados financieros la exige el ordenamiento jurídico, también debía incluirse en los pliegos de condiciones, porque son ley para las partes.

Reprochó la falta de motivación de la Resolución No. 4232, y la posterior adjudicación del contrato, porque de las pruebas aportadas al proceso se advierte que se trató del cumplimiento de compromisos adquiridos previamente por el Alcalde municipal. Por último, aclaró que la acción no caducó, porque la resolución demandada no se le notificó.

3.2. De los demandados: No alegaron de conclusión.

3.3. Concepto del Ministerio Público: Se opuso a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones: i) *en primer lugar*, consideró que las ofertas fueron evaluadas en los aspectos que echó de menos la parte actora, es decir, técnico y económico; ii) también señaló que la inobservancia de la ley no podía excusar la omisión del oferente, porque a pesar de que la exigencia de la firma del contador no se estableció en el pliego de condiciones, el ordenamiento la exige como requisito para evaluar las propuestas; en estos términos, no era un requisito insustancial o innecesario; iii) la falta de notificación de la Resolución no afectó la esencia del acto administrativo.

Igualmente, no comprende la conclusión a la que llegó el demandante, porque la resolución demandada no señaló que el señor Germán Eduardo Zea fuera el mejor oferente.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda. En primer lugar, consideró que no se configuró la caducidad de la acción, porque era de cuatro meses. Respecto al juicio de legalidad del acto administrativo señaló que en el pliego de condiciones sí se requirieron los estados financieros de los oferentes, y debía entenderse que serían aportados en las condiciones que la ley establece. Asimismo, el municipio actuó correctamente al declarar desierta la licitación, porque ningún oferente cumplió las exigencias del pliego de condiciones.

También aclaró que era necesaria la firma del contador público en los estados financieros del oferente, porque el artículo 25 de la Ley 80 establece la prohibición de solicitar formalidades o exigencias rituales, *salvo cuando en norma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales*, como sucede en este caso, donde la Ley impuso obligaciones especiales relativas a la contabilidad y a los estados financieros, para que tuvieran validez ante terceros. En conclusión, el tribunal negó las pretensiones de la demanda.

5. El recurso de apelación

El demandante apeló la decisión. A su juicio, el requisito de la firma de un contador público en los estados financieros es insubstancial, y contradice los principios de la Ley 80 de 1993. En este sentido, reprochó que el Tribunal haya sustentado su decisión en la Circular No. 37 de 2001, expedida por la Junta Central de Contadores, comoquiera que ésta es aplicable siempre que en el pliego de condiciones se exijan estados financieros certificados y/o dictaminados, situación que no es predicable en el caso *sub examine*.

De otro lado, inexplicablemente para la Sala el demandante también cuestionó de la sentencia la decisión que adoptó sobre la excepción de caducidad de la acción que propuso el municipio, y que negó, así que favoreció sus intereses. No obstante, las razones que expuso el tribunal

para justificar esta decisión no le parecen adecuadas, por eso considera que si bien la decisión es correcta la razón no lo es.

6. Alegatos en el trámite del recurso

Ni las partes, ni el Ministerio Público alegaron de conclusión.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio que corresponde hacer para decidir el recurso, advierte la Sala que no revocará la sentencia, por las razones que pasan a exponerse, siendo necesario analizar: A) la competencia de la Corporación para conocer del presente asunto; B) lo probado en el proceso; C) el caso concreto, que conducirá a estudiar: a) La evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993, es decir: i') La evaluación de las ofertas, y el régimen jurídico de la subsanabilidad por la omisión de requisitos; ii') necesidad de contar con la firma de un contador público que avale los estados financieros de una empresa; iii') incidencia del análisis realizado en los dos puntos anteriores sobre el caso concreto, es decir: la ausencia de firma del contador en los estados financieros de la oferta del demandante; b) la presunta omisión del oferente en la "dosificación 1:1 del material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati-"; y otros cargos de ilegalidad expresados en la demanda: c) la repuesta del municipio a las observaciones presentadas por el actor contra el informe de evaluación; y d) la violación al derecho a impugnar el acto administrativo que declara desierta la licitación pública.

1. Competencia del Consejo de Estado

De acuerdo con lo establecido en el artículo 129¹ del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado

¹ "Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...)."

por el Acuerdo No. 55 de 2003²-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

En el asunto que nos ocupa, la demandante presentó -en primera instancia- acción contractual contra el municipio de Magangué, por la declaratoria de desierta de la licitación pública No. GP-001-98 y por la posterior contratación directa que hizo del mismo negocio. Finalmente, cuando se presentó la demanda -19 de abril de 1999- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$18'850.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor fue de \$103'041.371.

No obstante, antes de avanzar hay que precisar que la competencia en segunda instancia no comprenderá el pronunciamiento del *a quo* sobre la excepción de caducidad de la acción que propuso el municipio, porque el tribunal lo resolvió favorablemente a sus intereses; así que no estudiará este tema por falta de interés del municipio para recurrir.

2. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance de la controversia y su solución, se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso que resultan relevantes para decidir el caso *sub iudice*, y sobre todo para apoyar el sentido de la decisión que se anunció.

a. En el volumen I, Sección II, numeral 11, del pliego de condiciones se establecieron los documentos que debía tener la oferta, en los siguientes términos -fl. 180, cdno. 1-:

"11. DOCUMENTOS INTEGRANTES DE LA OFERTA Y CONFORMIDAD DE LA OFERTA CON LOS MISMOS

"La oferta constará de los documentos que se relacionan a continuación:

² "Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

"Sección tercera (...)

"Las controversias de naturaleza contractual."

- "Formulario de la Propuesta, documentos e información que se soliciten en éste, diligenciados de conformidad con los numerales relacionados con la preparación de las ofertas y las instrucciones en él contenidas
- "Garantía de Seriedad de la Oferta.
- "Certificado de Existencia y Representación Legal, si fuere el caso.
- "Estados Financieros del oferente.
- "Documento de Constitución del Consorcio o Unión Temporal, de acuerdo con los requerimientos de ley, si fuere el caso.
- "Certificado de Inscripción en el Registro Único de la Cámara de Comercio, vigente a la fecha de cierre de la presentación de la licitación.
- "Los documentos soportes para determinar la Capacidad Residual del oferente."

b. El municipio especificó las características de la base o subrasante compactada para la vía -en el numeral 4.5 del pliego de condiciones-, del siguiente modo: "Esta especificación se refiere a la construcción de una capa de base de grava y/o piedra partida extendida y compactada para soporte del pavimento, en espesor compacto de 30 cms o de acuerdo con los alineamientos y perfiles indicados en los planos ordenados por interventor" -fl. 228, cdno. 1-, la combinación sería de material cementante -Recebo seleccionado- y material arenoso -Material de Yati-, en proporción de 1:1.

c. A folio 245 del cuaderno 1 se observa el cuadro de cantidades y precios, donde se estableció que la base del material seleccionado tendría un espesor de 10 cms.:

MUNICIPIO DE MAGANGUE					
LICITACION PUBLICA GP-001-98, CONSTRUCCION DE LA 1a. y 2a. ETAPA					
DE LA RED VIAL CHAPARRAL -- CASCAJAL					
PROPONENTE:					
LONGITUD DE LA VIA: 2500 ML					
ANCHO DE LA VIA: 6,00ML					
FORMATO No. 1					
CUADRO DE CANTIDADES Y PRECIOS					
ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR. PARCIAL
1	DESCAPOTE GENERAL	M2	3150,00		
2	CORTE EN AREA DE CALZADA	M3	1500,00		
3	SUB-BASE GRANULAR e=0,10	M3	1500,00		

	CM				
4	BASE MATERAIL SELECCIONADO e=0,10 MTS	M3	1500,00		
5	TELA ASFALTICA O TELA PLASTICA IMPERMEABLE	M2	15000,00		
6	PAVIMENTO CONCRETO 4000 PSI e=0,15 MTS (CON PEIDRA -sic- CHINA, ARENA LAVADA, CEMENTO PORTLANDO, JUNTAS EN ASFALTO RC.90, ANTISOL)	M2	15000,00		
7	ACERO PARA REFUERZO EN JUNTAS . TRANSVERSAL Y LONGITUDINAL DE 60000 PSI	KG	25000,00		
8	BORDILLOS B=0,10 A= 0,10 H=0,15 CONCRETO 2500 PSI	ML	5000,00		
9	ACERO 40000 PSI PARA BORDILLOS	KG	7000,00		
COSTO DIRECTO					
COSTO INDIRECTO (AUI 25%)					
VALOR TOTAL					
PROPONENTE -----					

d. El 11 de noviembre de 1998, el Comité Evaluador de la licitación No. GP-001-98 -fl. 78, cdno. 1- consideró, en primer lugar, que el pliego de condiciones era legal, porque no se solicitó su nulidad judicialmente. Luego verificó el cumplimiento de los requisitos de la licitación -fl. 12 del pliego- y concluyó: i) que ninguno de los siete (7) proponentes estaba incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad³; y ii) que las ofertas de: a) el Consorcio Luis Narváez R- Carlos Caez T – Sergio Torres Reatiga; b) Unión Temporal Construcciones Hilsaca

³ Los proponentes evaluados fueron: Consorcio Luis Narváez R- Carlos Caez T – Sergio Torres Reatiga; Hernán Fonseca Garrido; Unión Temporal Construcciones Hilsaca Ltda., Movimientos de Tierras, Vías y Construcciones S.A. Movicon S.A.; Isaac y Duran Ltda.; Ingeniar Ltda.; Construcaribe y Cia. Ltda.; y Germán Eduardo Zea Gómez)

Ltda., Movimientos de Tierras, Vías y Construcciones S.A. Movicon S.A.; y c) Hernán Fonseca Garrido, no cumplieron con la exigencia del pliego, de la Ley 80 de 1993, del Decreto 856 de 1994 y del Decreto 92 de 1998, porque la inscripción en el Registro Único de Proponentes – RUP- debía estar vigente el 26 de octubre de 1998, fecha del cierre de licitación, lo que no ocurrió con estos proponentes, por eso su rechazo.

Asimismo, el Comité Evaluador señaló -en el Acta de Evaluación- que en el numeral 11 del pliego –fl. 6-, se relacionaron los documentos que debían acompañar las ofertas, y entre ellos se encontraban los “estados financieros” debidamente suscritos por un contador público, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 11 la Ley 43 de 1990, solamente los contadores pueden “expresar dictamen profesional e independiente o **emitir certificaciones** sobre balances generales y otros estados financieros” –fl. 80, cdno. 1-.

Concluyó que la oferta del Ingeniero Germán Eduardo Zea Gómez –parte demandante en este proceso-, no cumplió la exigencia del pliego, porque presentó los estados financieros suscritos por un economista, razón por la que se rechazó la oferta. En el mismo sentido, el Comité precisó que la sociedad Ingeniar Ltda. tampoco atendió esta exigencia, porque sus estados financieros tampoco fueron certificados por un contador.

De otra parte, el Comité concluyó que en el *adenda* No. 1, *ítem 2*, se estipuló que: “El proponente deberá **demostrar**, que posee o cuenta con disponibilidad para la ejecución de las obras con el siguiente equipo: Mezcladoras (4), Vibrador, Vibro compactador, Carro tanque, **Volqueta**”, y que a folio 1, numeral 29, del pliego, se indicó que en la evaluación se advertiría el cumplimiento del equipo mínimo requerido. En este sentido, concluyó que la propuesta de la sociedad *Isaac y Duran Ltda.* se rechazaría, porque aun cuando precisó que contaba con 5 volquetas alquiladas, en perfecto estado de funcionamiento, no acreditó este hecho.

Señaló que la oferta de la sociedad *Construcaribe y Cia Ltda.* incumplió el pliego, porque allí se ordenó -para acreditar la observancia de los requisitos de elegibilidad- que los proponentes suministrarían una autorización para solicitar referencias bancarias, exigencia sustancial porque se dirigía a indagar por la capacidad financiera de los proponentes, lo que no cumplió la proponente.

Finalmente, se concedieron 5 días hábiles para que los proponentes presentaran las observaciones que estimaran pertinentes en contra del informe de evaluación.

e. El 24 de diciembre de 1998 la entidad profirió la Resolución No. 4232, por medio de la cual declaró desierta la Licitación Pública No. GP-001-98. Señaló que con fundamento en el examen realizado por el Comité Evaluador, se concluyó que ninguna oferta se ajustó al pliego de condiciones. Asimismo, se resolvieron las objeciones presentadas por algunos proponentes, en el siguiente orden:

i) En primer lugar, las certificaciones que acompañaron las observaciones de Hernán Fonseca Garrido y del Consorcio Luis Narváez R. –Carlos Caez –Sergio Torres Reatiga, y que pretendían aclarar o modificar los registros de proponentes anexos a las ofertas iniciales, contradecían el numeral 29 del pliego, porque tales documentos debían ser aportados con la presentación de la oferta, momento en el que se concluyó que Sergio Torres Reatiga no renovó su registro a la fecha de cierre de la licitación. No obstante, a continuación reconoció que las observaciones presentadas por Hernán Fonseca y la Unión Temporal, Construcciones Hilsaca – Movicon S.A., tenían razón al señalar que actualizaron el RUP conforme al Decreto 92 de 1998.

Respecto a las objeciones que presentó el ahora demandante, el municipio insistió en que era obligatorio aportar los estados financieros suscritos por un contador público, aun cuando el pliego no lo dijo expresamente, porque lo exige la Ley 43 de 1990. En el mismo sentido, afirmó que “[e]l requisito de los estados financieros, auditados, complementados con la exigencia de que los oferentes informen sobre sus cuentas bancarias y autoricen todas las solicitudes de información que al respecto considere conveniente la entidad contratante, no es una simple formalidad, al contrario es una de las exigencias más sustanciales que se le hacen al oferente, porque ella está encaminada a despejar cualquier duda sobre la capacidad financiera actual del que podría ser el futuro contratista...”.

A continuación, la entidad ratificó que los estados financieros contenidos en la propuesta de la firma Ingeniar Ltda. no estaban avalados por ningún profesional, y que la sociedad Construcaribe Ltda. omitió, en su oferta, la autorización para solicitar referencias bancarias.

De otro lado, le concedió la razón a la sociedad Isaac y Durán Ltda., porque en el registro de proponentes se hizo una relación del equipo con que contaba. También resolvió los señalamientos técnicos formulados a las observaciones de los proponentes, y declaró fundadas las siguientes: i) **Ingeniar Ltda.:** no presentó la garantía como lo estableció el pliego, omitió la autorización para solicitar referencias bancarias, no relacionó el vibrador de concreto –equipo mínimo requerido-, modificó el ítem 4 “base en material seleccionado” presentando otro, denominado “material seleccionado”, y al hacer el análisis unitario no consideró los componentes de este ítem, establecido en las especificaciones técnicas.

ii) **Construcaribe Ltda.:** presentó las mismas inconsistencias de la sociedad Ingeniar Ltda., y además, acreditó aportó un arrendamiento que no estaba a su nombre.

iii) **Isaac y Duran Ltda.:** Se advirtió que: a) como pavimento de 4.000 PSI -exigido en el pliego de condiciones- presentó un concreto 1:2:2. “fabricando así un producto que en obra puede dar o no la resistencia dependiendo del tipo de materiales que se utilice; dando de esta manera mayor importancia a la dosificación de la mezcla y no responsabilizándose por la resistencia final del pavimento” –fl. 22, cdno. 1-, y que b) en el formato No. 1 modificó la denominación del ítem pavimento y en el mismo cuadro no colocó los costos directos sino el total. c) Además, al hacer el análisis de “los precios unitarios y de la base material seleccionado” –fl. 22, cdno. 1- no modificó las cantidades que se exigieron en las especificaciones técnicas, porque no utilizó lo requerido, que era una capa de base de grava y/o piedra china con material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati- en proporción 1:1.

iv) **Consortio Luis Narváez R. – Carlos Caez – Sergio Torres Reatiga:** a) en la cláusula segunda del documento de constitución del consorcio se estableció que en caso de adjudicación éste se comprometía en forma conjunta a presentar la licitación, celebrar y ejecutar el contrato en las condiciones exigidas por el departamento de Atlántico, que no hizo parte del proceso de selección controvertido. Asimismo, b) en el programa de inversión se incluyó la colocación de acero del bordillo un mes después de empezar la construcción del pavimento, no obstante, éste debe ser anclado anticipadamente-, c) también presentó el valor del acero de 4.000 PSI de \$2.000, cifra que no coincidió con la establecida en los análisis unitarios, toda vez que allí le asignó un valor de \$0.01.

Igualmente, afirmó que la base material seleccionada no cumplió los requisitos técnicos de los numerales 1.5 y 4.5 del pliego de condiciones, pues no determinó sus componentes, en este orden, no incluyó la capa de grava ni la combinación del material cementante –receso seleccionado- con el material arenoso –material de Yati- en proporción 1:1.

v) **Hernán Fonseca Garrido:** No cumplió las especificaciones técnicas requeridas en el pliego de condiciones, al hacer el análisis unitario en la base material seleccionado, porque no incluyó todos sus componentes.

Asimismo, el municipio concluyó que el pliego de condiciones exigió tres clases de materiales para la base: una capa de grava y/o piedra triturada extendida y compactada para soporte del pavimento en espesor compactado de 30 cm y una combinación en proporción 1:1 de material cementante –receso seleccionado- y material arenoso –material de Yati-, exigencia que no correspondió al cuadro de cantidades de obras, situación que debía interpretarse en forma restrictiva conforme a la siguiente estipulación contenida en el volumen II, numeral 1.5: “El contratista no aprovechará ningún error u omisión en las especificaciones suministrada (sic)”

También afirmó que los oferentes no manifestaron en el proceso la falta de correspondencia entre las especificaciones y el formato de cantidades, que por el contrario aprovecharon el error para su beneficio, a excepción del demandante, quien ofreció la capa de grava de acuerdo a las especificaciones, pero quien omitió la dosificación 1:1 del material cementante –receso seleccionado- y material arenoso –material de Yati-.

En este sentido, concluyó que la conducta de los proponentes pasó por alto la estipulación contenida en el último párrafo del numeral 1.5., volumen II, del pliego de condiciones: “Es entendido que los planos y especificaciones se complementan mutuamente, de tal manera que cualquier cosa que muestren los planos pero que no muestran las especificaciones o viceversa, se tomará como especificada y mostrada en ambas. En caso de discrepancias entre las especificaciones y los planos el contratista deberá consultar por escrito, pero primordialmente registrará las especificaciones”.

Finalmente, se le concedió la razón al Ingeniero Zea Gómez –demandante en este proceso-, quien le formuló observaciones a todos los oferentes por el aspecto técnico en mención,

comoquiera que no se pueden adoptar, por parte de los evaluadores ni del "adjudicatario", comportamientos discriminatorios, "porque con el (sic) se beneficiarían unos licitadores en perjuicio de los demás..." -fl. 24, cdno. 1-. En este sentido, aseguró que el aspecto en cuestión era de tal importancia que por sí sólo constituyó la médula de la decisión.

3. El caso concreto

De acuerdo con lo probado en el proceso, fueron dos razones las que invocó el municipio para justificar el rechazo de la oferta de la parte demandante -Ingeniero Germán Eduardo Zea Gómez-: i) que los estados financieros aportados con la oferta no los firmó un contador público, exigencia que a pesar de no estar expresamente contenida en el pliego de condiciones se entendía incluida, porque la estableció la Ley 43 de 1990, y ii) que la Resolución No. 4332 de 1998 estableció que aun cuando el demandante fue el único oferente que no incurrió en error sobre las cantidades de obra y sus especificaciones -falta de correspondencia entre las especificaciones técnicas de la obra y el formato de cantidades de obra-, en todo caso omitió la dosificación 1:1 del material cementante -recebo seleccionado- y material arenoso -material de Yati-.

3.1. La evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993

a) La evaluación de ofertas, y el régimen jurídico de la subsanabilidad de requisitos.

Uno de los aspectos más sensibles de los procesos de selección de contratistas es la evaluación de las ofertas, y dentro de ella la calificación del cumplimiento de los requisitos que exigen los pliegos de condiciones, la ley y los reglamentos. No cabe duda de que a la entidad estatal que dirige el proceso administrativo es a quien le corresponde adoptar esa decisión, en primera instancia; la cual puede ser controvertida por los proponentes -a través de sus observaciones contra el informe de evaluación⁴⁴-, para que de nuevo la administración estudie el tema; y

⁴⁴ Sobre la posibilidad de controvertir los informes de evaluación, en cualquier clase de proceso de selección de contratistas, el art. 24.2 de la Ley 80 establece: "En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones."

finalmente es eventual la posibilidad de que intervenga el juez para controlar los actos de la administración donde adopta esas decisiones, como sucede en el caso *sub iudice*, donde el demandante, que fue participante de un proceso de licitación, acudió a esta jurisdicción para buscar lo que considera es la corrección de las decisiones adoptadas.

Pero para comprender íntegramente el tema sometido a juicio de la Corporación, se analizarán dos aspectos básicos: i) el régimen jurídico de la evaluación de las ofertas en la ley de contratación estatal, y ii) en especial, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las mismas.

Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para "subsanan" los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplieran algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el "orden" exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

De manera especial, sólo para la licitación pública, la Ley 80 establece, en el art. 30.8, que: "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."

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental⁵, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa⁶. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de *principio* del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

⁵ "Art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo."

⁶ "Art. 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."

i) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:

"15. 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."

Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos "no necesarios para la comparación de propuestas". La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un *concepto jurídico indeterminado*, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es "necesario para la comparación de propuestas", si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de *subsanaarla*, para luego admitirla y evaluarla.

ii) Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que "aclare" y "explique" lo que necesite esclarecimiento.

"7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y **para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.**" (Negrillas fuera de texto)

De conformidad con esta norma, 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 ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará "a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables", comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

De esta manera, cabe advertirle a la administración 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 aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. 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 respondieran no se pudiera tener en cuenta?

iii) El artículo 30, numeral 8, de la misma Ley 80, también se refirió al mismo tema, porque reguló parte de la etapa de evaluación de las ofertas en los procesos de licitación pública, y señaló que esa actividad se efectuará conforme a las siguientes reglas:

"8. 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.**"

La etapa de "observaciones al informe de evaluación" corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas,

entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente *completaría* o *adicionaría* lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la *subsanabilidad* de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un *principio* general del derecho administrativo –el principio de economía–, mientras que el art. 30.8 contiene una *regla* específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la *regla* debe entenderse conforme al *principio*, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido “era o no necesario para la comparación de las propuestas”.

No obstante, esa expresión es demasiado amplia, general, vaga e imprecisa –se trata de un típico concepto jurídico indeterminado–, de ahí que si bien la nueva constitución y la nueva legislación contractual avanzaron en la solución de los problemas del pasado, en todo caso aún se carecía de certeza y objetividad sobre el significado de esa expresión, de manera que en cada entidad estatal, y para cada proceso de contratación, se debió calificar qué repercusión tenía.

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 condiciones⁷-, la Ley 1150 de 2007 –

⁷ Mediante la Sentencia del 26 de abril de 2006 –exp.16.041- la Sección Tercera anuló parte de unos pliegos de condiciones porque evaluó la forma de presentación de la oferta, cuando se trata de un aspecto insustancial para compararlas. Expresó:

"En los Pliegos de Condiciones, numeral 28.2 de la Sección II, Evaluación de la Propuesta, y en particular, en el Adendo No. 1 modificadorio de los mismos, numeral 9, se estableció como factor ponderable en la Licitación Pública la forma de organizar la oferta, bajo el título "Presentación de la Propuesta".

"Este criterio de ponderación era susceptible de calificación con cien puntos (100) de los mil (1.000) posibles que podía obtener una propuesta. Los cien (100) puntos se obtenían por la sola presentación de la propuesta, pero eran penalizados si la misma se encontraba incurso en las causas previamente determinadas para la disminución de ese puntaje y descritas en el numeral 9 del Adendo No. 1 que modificó la Sección II, numeral 28.2, Subcapítulo 6, de los Pliegos de Condiciones. Dentro de esas causas, se contempló en el citado numeral una rebaja de cinco (5) puntos, por "no respetar el orden de los documentos que conformaban la propuesta".

(...)

"Así mismo, está acreditado en el proceso que el actor intercaló en su propuesta documentos que rompieron el orden de presentación establecido en el Adendo No 1 del Pliego de Condiciones, en lugar de adicionarlos en último término (fls 66 a 110 cd 3; fls. 0 a 44, cdo 6). En efecto, el ingeniero Casas adicionó e intercaló documentos relacionados en las letras E. Programación y Cronograma de Inversión; F. Cuadro de Obras de Ejecución; G. Equipo Mínimo Requerido de su oferta rompiendo la secuencia que había sido aclarada en la audiencia de precisión de pliegos y contenida en el citado adendo.

(...)

Si bien la actuación de la administración no resultó *per se* discriminatoria frente al actor, y se demostró que este se valió de la regla establecida en Pliego de Condiciones para luego desconocer de manera inadmisiblemente un acto propio, conclusión que unida al hecho de que fue apenas en la formulación del recurso de apelación cuando el actor se quejó del sentido del pliego en este aspecto y pidió tenerlo por ineficaz, lo cual es suficiente para desestimar el cargo, la Sala no quiere dejar pasar la oportunidad para llamar la atención sobre la consagración de criterios en los pliegos de condiciones que, como el denominado "Por presentar la propuesta en un orden distinto al que aparece en los documentos de la propuesta", a pesar de ser puramente formal inciden en la calificación a través de una disminución de puntaje.

(...)

"De lo dicho y de conformidad con la norma transcrita, no puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores puramente formales o adjetivos, que no sean esenciales para la comparación objetiva de las propuestas, es decir, que no conlleven un valor agregado al objeto de la contratación o no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la administración, toda vez que ello contraría los principios de la contratación pública, como el de planeación, transparencia y el deber de selección objetiva.

(...)

"Por consiguiente, así como, en repetidas oportunidades ha explicado la Sala, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el

catorce años después- reasumió el tema, para adararlo 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.**" (Negritas 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...".

componente sustancial de la propuesta, de igual manera, con este mismo raciocinio, no pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, por ende, ponderarse o calificarse criterios de índole formal, que ningún valor le agregan a la contratación y que, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3; 5 24 numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993)."

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

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; al poco tiempo el Gobierno reglamentó la Ley 1150, y señaló, en el art. 10 del Decreto

066 de 2008⁸, que en ejercicio de esta facultad –la de subsanar ofertas- no era posible “... permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”

Esta norma introdujo una gran contrariedad, y por ende provocó un gran debate de legalidad entre los operadores jurídicos de la contratación, porque mientras la Ley 1150 exigió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una oferta, con la condición de que el defecto no asignara puntaje; el reglamento introdujo una limitación a la subsanabilidad de algunos de esos defectos, relacionada con dos criterios nuevos: *i)* falta de capacidad y *ii)* ocurrencia de circunstancias después de presentadas las ofertas⁹. Esto significó que a pesar de que los defectos o falencias observadas de una oferta no asignaban puntaje, no se podían corregir o cumplir –es decir, no eran subsanables-, si se trataba de alguna de las dos circunstancias prohibidas por el decreto –tres circunstancias contando la ausencia de póliza de seriedad-.

En este escenario, los administradores debieron estimar que hasta tanto el Consejo de Estado no anulara o suspendiera esa disposición –lo que, por cierto, no sucedió, porque la norma no se demandó-, las entidades públicas y los oferentes la debieron presumir

⁸ “Artículo 10. Reglas de subsanabilidad.

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

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

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización.

“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” (Negrillas fuera de texto)

⁹ Incluso, el Decreto 4828 de 2008, que reglamentó las garantías en la contratación, señaló que la ausencia de póliza de seriedad de las ofertas era insubsanable-a pesar de que es claro que este requisito no otorga puntaje-, pero sí se pueden corregir los defectos que tuviera la presentada junto con la oferta: Dispuso el inciso final del art. 7.1: “(...) La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última.”

Esta norma se reprodujo en los dos decretos reglamentarios siguientes de la contratación estatal, pero no en el Decreto 1510 de 2013.

legal, es decir ajustada a derecho, y por tanto la aplicaron obedientemente, porque en Colombia la *excepción de ilegalidad* no la pueden aplicar la administración ni los particulares; salvo el juez administrativo¹⁰.

¹⁰ A esta conclusión llegaron el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Ésta lo expresó en la sentencia de constitucionalidad C-037 de 2000, en los siguientes términos:

"19. Con todo, el orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta.

"Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. A esta conclusión se llega a partir de las siguientes consideraciones:

"20. En principio, podría pensarse que ante la ausencia de una norma constitucional expresa que autorice a toda persona el no cumplir actos administrativos contrarios al ordenamiento superior, cabría una interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución, según la cual así como cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente. En efecto, la analogía entre los fenómenos de la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las normas parece ser manifiesta, pues en uno y otro caso se trata del desconocimiento de normas de mayor rango jerárquico. Así, siendo análogas ambas situaciones cabría la aplicación del artículo 4° superior, para deducir que en todo caso de incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior deberán prevalecer las disposiciones de mayor jerarquía.

"Sin embargo, la Corte descarta esta posible interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución Política, por las siguientes razones: (...)

"De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

"24. Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

"De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación

Poco tiempo después, la misma norma la reprodujo el Decreto reglamentario 2474 de 2008 –que derogó al Decreto 066 de 2008¹¹-. Dispuso el art. 10, de manera idéntica, que las entidades estatales tampoco pueden: "... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso." La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente.

A su vez, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 734 de 2012¹², que sobre el mismo tema dispuso que la entidad tampoco podía: "... permitir que se

puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub examine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

"Al respecto, destaca la Corte que cuando, con posterioridad a expedición del Código Contencioso Administrativo, el h. Consejo de Estado ha invocado el artículo 12 de la ley 153 de 1887, lo ha hecho dentro del trámite de un proceso judicial, para efectos de inaplicar un acto administrativo en razón de su ilegalidad. Así, la postura jurisprudencial de esa Corporación que aboga por la vigencia de la norma mencionada, la ha aplicado dentro de este contexto procesal judicial, y no con el alcance de cláusula general de inaplicabilidad de los actos administrativos por cualquier autoridad que los estime ilegales."

¹¹ "Artículo 10. *Reglas de subsanabilidad*. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

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

"Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

"Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

"En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso." (Negrillas fuera de texto) (La parte entre paréntesis y subrayada fue declarada nula por la Sección Tercera del Consejo de Estado)

¹² "Artículo 2.2.8. *Reglas de subsanabilidad*. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de

subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta." La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente, pero ahora en el artículo 5.1.7.1. del Decreto 734.

Hasta este año los tres decretos –más el 4828 de 2008- conservaron el problema jurídico comentado: la contradicción parcial entre ellos y el art. 5 de la Ley 1150, puesto que tergiversaron buena parte de la regla que estableció la ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicación¹³-; los reglamentos impidieron subsanar muchos requisitos que no asignaban

condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

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

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

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

"En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta." (Negrillas fuera de texto)

¹³ En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054. CP. Enrique Gil Botero- declaró la nulidad parcial del art. 10 del Decreto 2474 de 2008, que limitaba la posibilidad de subsanar las ofertas "hasta el momento en que la entidad lo establezca...", y no como lo expresa la Ley "...hasta la adjudicación del contrato respectivo." La Sala expresó que:

"A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1° 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."

"El problema que suscita el cargo formulado se centra en el momento en el que las ofertas pueden subsanarse cuando faltan documentos que acrediten uno o varios requisitos habilitantes. La Sala considera que, en este aspecto, efectivamente la norma reglamentaria desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador.

"De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos

puntos, porque se referían a la capacidad para contratar o porque se trataba de requisitos cumplidos después de presentadas las ofertas. Así se crearon dos sub-reglas –tres con la norma sobre la insubsanabilidad de la ausencia de póliza de seriedad-, autónomas, separadas de la ley, por tanto no ajustadas a ella.

Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, párrafo, 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 a 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 cumplir¹⁴.”

“A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 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***

se pueden solicitar “hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...””

“De modo tal que, como se sostuvo en el auto que decretó la suspensión provisional de la disposición acusada, se sobrepasa la facultad reglamentaria porque se “...*limita temporalmente la posibilidad de que subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo*”, y por ello la sala declarará la nulidad de la expresión “...*hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...*” contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.”

¹⁴ *Ibidem.*

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.

b) Necesidad de contar con la firma de un contador público que avale los estados financieros de una empresa.

Precisada la normativa en torno a la cual se enmarca la problemática jurídica que propone la parte actora en su recurso de apelación, la Sala analizará la primera razón por la cual el municipio de Magangué rechazó la oferta del demandante en el proceso de licitación pública: falta de firma de un contador de los estados financieros aportados con la propuesta.

La obligación de aportar los estados financieros es una exigencia que nadie discute en este proceso, ni siquiera la parte demandante; la diferencia de criterio radica en si un profesional de la contaduría los debió firmar o no. El municipio considera que sí, porque la Ley 43 de 1990 lo exige; el demandante considera que no, porque el pliego de condiciones no lo impuso *expresamente*.

Para resolver esta discrepancia la Sala examinará la regulación del tema, empezando por la Ley 43 de 1990, "Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones", que estableció, en los arts. 11 y 13, lo siguiente:

"Art. 11. Es función privativa del Contador Público expresar dictamen profesional e independiente o emitir certificaciones sobre balances generales y otros estados financieros.

"Art. 13. Además de lo exigido por las Leyes anteriores, se requiere tener la calidad de Contador Público en los siguientes casos:

"2. Por la razón de la naturaleza del asunto.

"e) Para certificar y dictaminar sobre los balances generales y otros estados financieros y atestar documentos contables **que deban presentar los proponentes a intervenir en licitaciones públicas**, abiertas por instituciones o entidades de creación legal, cuando el monto de la licitación sea superior al equivalente a dos mil salarios mínimos." (Negrillas fuera de texto)

Esta norma es clara en establecer tres exigencias: i) que sólo los contadores públicos certifican o dictaminan estados financieros, ii) que este requisito es obligatorio en las licitaciones públicas, y iii) en todo caso, el presupuesto oficial de la licitación debe ser superior a 2.000 SMLMV; de ser inferior, aunque se trate de una licitación, no lo requiere. En el caso concreto, en el año en que se adelantó el proceso de licitación su monto ascendía a 3.185 SMLMV, de manera que el requisito aplicaba.

Posteriormente, esta ley fue desarrollada por el Decreto 2694 de 2003, "Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia."¹⁵

Luego, la Ley 222 de 1995 también reguló algunos aspectos relativos los estados financieros de las sociedades, que esencialmente coinciden con lo establecido hasta ese momento.

Al amparo de estas normas se concluye que es necesario aportar los estados financieros junto con la oferta que se presenta en una licitación –cuando la entidad los exige para compararlas-, y además deben estar suscritos por un contador público si la licitación excede de 2000 SMLMV.

¹⁵ Este decreto definió los estados financieros de la siguiente manera: "Art. 19. IMPORTANCIA. Los estados financieros, cuya preparación y presentación es responsabilidad de los administradores del ente, son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico. Mediante una tabulación formal de nombres y cantidades de dinero derivados de tales registros, reflejan, a una fecha de corte, la recopilación, clasificación y resumen final de los datos contables."

Esta idea ha sido reiterada en diferentes conceptos proferidos por el Consejo Técnico de Contaduría Pública, que tienen como referente la Ley 43 de 1990 y el Decreto 2649 de 1993.

Para empezar, vale la pena determinar las condiciones para que en una licitación pública se exijan estados financieros suscritos por un profesional de la contaduría. Para ello es necesario acudir a lo que establece el literal e) numeral 2 del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, a la que se refirió el Consejo Técnico en el concepto No. 020 de 2002:

"El artículo 13 de la ley 43 de 1990, expresa los casos en los que se requiere la calidad de Contador Público, en razón de la naturaleza del asunto, en el numeral 2º literal e: 'Para certificar y dictaminar sobre Balances Generales y otros Estados Financieros y atestar documentos contables que deban presentar los proponentes a intervenir en licitaciones públicas, abiertas por instituciones o entidades de creación legal, cuando el monto de la licitación sea superior o equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos' "

En estos términos, es determinante que el contador público suscriba los estados financieros cuando el presupuesto de la licitación pública excede 2.000 salarios mínimos, porque este profesional es quien tiene la idoneidad y pericia que avala la contabilidad de una sociedad. Asimismo, el concepto precisó que la falta de firma del contador es un problema de fondo, que afecta la elección del contratista:

"Por otro lado, haciendo una interpretación exegética de la norma (literal e), numeral 2 del artículo (sic) 13 de la Ley 43 de 1990), estarían obligados a certificar y dictaminar sus estados financieros todos los proponentes, si el contrato tiene una cuantía superior a dos mil (2.000) salarios mínimos, en razón a la naturaleza del asunto, o cuando el pliego lo exige. En consecuencia, el hecho de no dictaminar los estados financieros cuando los términos de referencia de la licitación lo requieren, en concepto de este Consejo, se constituye en un problema de fondo."

En el concepto No. 212, de diciembre 28 de 1998, El Consejo Técnico reiteró que cuando se trata de la participación de una sociedad en una licitación pública, los estados financieros – certificados o dictaminados- necesariamente deben estar suscritos por un profesional de la contaduría. Ahora, para mayor claridad cabe precisar que los estados financieros pueden ser, genéricamente, de dos clases: i) certificados y ii) dictaminados. Esta distinción también procede

de los artículos 34 a 43 de la Ley 222 de 1995, y se desarrollaron en el concepto No. 258, del 14 de diciembre de 1999, donde se concluyó:

"La Ley 222 de 1995 en sus artículos 34 a 43, introdujo importantes modificaciones a las normas que sobre estados financieros trae el Decreto 2649 de 1993. Es por ello que en lo relacionado con certificaciones y dictámenes de estados financieros se hace imprescindible recurrir a la Ley 222 para resolver cualquier inquietud relacionada con estados financieros de la índole a que venimos refiriéndonos.

"En primer lugar es preciso tener en cuenta que el artículo 37 de la aludida Ley 222, expresa: 'El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros'.

"De otro lado el artículo 38 de la ya aludida Ley, refiriéndose a los estados financieros dictaminados, expresa: 'Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas...'"

En los tres eventos, es decir, tratándose de estados financieros certificados, dictaminados o certificados y dictaminados, se requiere acompañarlos del aval de un contador público. En efecto, el concepto No. 020 de 2002 también distingue las clases de estados financieros, y arribó a la misma conclusión, es decir, que en uno y otro evento el contador público es el profesional idóneo y competente para avalar tales documentos:

"En relación con lo anterior, los 'estados financieros certificados' son los que, suscritos por el representante legal y el Contador Público, bajo cuya responsabilidad se prepararon, para ser puestos en conocimiento de los asociados o terceros, contienen la 'certificación' de ser reflejo fiel de los libros y de haber sido objeto de previa comprobación, según el reglamento. Sobre esta base, los 'estados financieros dictaminados' son aquellos estados financieros certificados que, por haber sido objeto de la verificación del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiera confrontado, cuentan, de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y las obligaciones propias del revisor fiscal, con el correspondiente concepto o dictamen. Dichos estados deben estar suscritos por los citados profesionales. Pero, puesto que la razón de ser de

las intervenciones de estos profesionales, por lo menos en relación con los estados financieros, es la manifestación de un concepto de auditoría, no basta que puedan suscribirlos, sino que es menester que, sin perjuicio de las manifestaciones mínimas a que los obliga el ordenamiento jurídico, tengan también el derecho de exponer libremente lo que a bien tengan sobre la razonabilidad de los instrumentos examinados, según sus apreciaciones éticas y sus propias capacidades como expertos en la materia...”

Nótese, de acuerdo con lo expuesto por el Consejo Técnico, que para avalar los estados financieros no basta la firma del profesional de la contaduría, por el contrario, incluso éste goza de libertad para exponer las consideraciones que merezca su expedición.

Además, en el concepto No. 002 de 2003, el Consejo destacó la importancia de que los contadores suscriban los estados financieros, porque se trata de documentos que revisten un valor probatorio significativo, en virtud de los cuales se determina el estado de cuentas de una sociedad:

“Conviene recordar que los Estados Financieros junto con sus notas cuando están debidamente certificados como lo estatuye el artículo 37 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con el artículo 57 del Decreto antes mencionado, gozan de la presunción de autenticidad amparada por el artículo 39 de la citada Ley 222 de 1995. Ello quiere decir que en cualquier circunstancia y salvo prueba en contrario (que debe ser determinada por la autoridad competente), dichos estados son plena prueba y constituyen el único medio para evaluar la situación financiera de un ente económico. De ahí la importancia de que se ajusten a los principios de contabilidad generalmente aceptados y, en caso de alguna desviación respecto de éstos, se corrijan con base en las normas existentes, entre ellas las consagradas en el artículo 106 del Decreto 2649 de 1993.”

Finalmente, el Consejo se pronunció sobre la validez de los estados financieros, en el concepto del 21 de marzo de 2012. Concluyó que no tiene validez si no están avalados por un contador y por el respectivo representante legal de la sociedad, porque desconocen los principios del Decreto 2649 de 1993 y de la Ley 222 de 1995:

“... [D]ado que los estados financieros deben ser certificados por el representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad está la preparación y presentación de los mismo, y que en el caso objeto de su consulta fueron firmados por una persona que no tiene el título profesional como contador público, dichos

estados financieros así como su dictamen no tiene validez en la medida en que fueron presentados sin cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto 2649 de 1993 y 222 de 1995.”

En conclusión, los estados financieros suscritos por un contador deben cumplir las exigencias a que se refieren las normas citadas, para que tengan valor probatorio pleno en un proceso de licitación pública.

c) Incidencia sobre el caso concreto del análisis realizado: *consecuencias de la ausencia de firma del contador en los estados financieros de la oferta del demandante.*

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que tenía razón la entidad estatal en no aceptar la acreditación de los estados financieros del proponente Germán Eduardo Zea Gómez, por no estar suscritos por un contador público, pues estableciendo la ley la obligación de que este requisito cumpla esta formalidad, mal podría restársele importancia y valor a su ausencia.

Por esto, tuvo razón el municipio en exigir que los estados financieros estuvieran suscritos por el contador, a pesar de que el pliego de condiciones de la licitación no lo estableció expresamente -sólo expresó que se debían aportar, sin más especificaciones (fl. 180, cdno. 1)-, porque no es admisible lo que plantea el demandante: que sólo si el pliego de condiciones lo establece la entidad podrá exigirlo. Este entendimiento es inaceptable, porque si la ley consagra esa obligación, mal podría subordinarse su vigencia a que un acto administrativo general -como lo es el pliego de condiciones-, lo reproduzca para que tenga efectos. Por el contrario, los requisitos previstos en las leyes o en los reglamentos rigen de manera autónoma, y el pliego de condiciones y los interesados sencillamente debe admitirlos tal como están regulados.

Claro está -quién lo niega- que sería muy útil para quienes participan en los procesos de selección de contratistas que el pliego esclarezca muy bien todos y cada uno de los requisitos de participación, para evitar errores y pérdida de tiempo y esfuerzos. Sin embargo, de esta verdad pragmática no se sigue que sólo si el pliego los incorpora, incluso los requisitos de origen legal, entonces serán exigibles.

Desde este punto de vista, todo conduciría a confirmar que fue correcta la decisión del municipio de rechazar la oferta del demandante; sino fuera porque la omisión que se echó de menos era de aquella consideradas como *subsana*ble, porque en la época en que se realizó la licitación pública –septiembre de 1998- la regla de subsanabilidad vigente –art. 25.15 de la Ley 80 de 1993- dispuso que:

“15. 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.”

De esta manera, el municipio no podía rechazar la oferta por aspectos puramente formales; en palabras de la Ley, por la ausencia de requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”, como en este caso fue la firma del contador sobre los estados financieros. Además, téngase en cuenta que este documento ni siquiera era evaluable en esa licitación, porque los factores empleados –precio, programa de inversión, equipo ofrecido, experiencia y capacidad de contratación disponible (pliego de condiciones, fl. 189, cdno. 1)- no incluían la necesidad de contar con este documento.

No obstante, es claro que sí se exigió el requisito, sólo que no era necesario para evaluar las ofertas, de ahí que la Sala no entiende por qué no se concedió la oportunidad de subsanarlo, cuando era insustancial, por tanto susceptible de corregirse en caso de ausencia. Por esta razón el municipio debió aplicar el art. 30.7 de la misma ley, que exige a la entidad pública: “7. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato... señalar(á) el plazo razonable dentro del cual... 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.**” (Negrillas fuera de texto)

Está probado que el municipio no lo hizo, es decir, no concedió la oportunidad de corregir la oferta, debiendo hacerlo, y por tratarse de un requisito elemental, muy simple de corregir, la Sala entiende que esa pérdida de oportunidad para corregir la propuesta se habría satisfecho fácil y efectivamente, en atención a dos consideraciones que facilitan ponderar este criterio: i) lo elemental del requisito que faltaba, así que era muy fácil corregirlo; y ii) el estímulo o motivación elevada que tenía el proponente en esa licitación, porque a juzgar por las ofertas rechazadas, él sólo necesitaba ajustar la firma de sus estados financieros al requisito de la Ley 43 para aspirar a obtener, con cierta seguridad, la adjudicación.

Estas razones son suficientes para que la Sala entienda que al negarse la oportunidad de corrección, el proponente habría satisfecho el requisito echado de menos por la administración, y por esta razón fue errada la decisión del municipio, así que se anulará este aspecto del acto administrativo demandado, toda vez que no se ajustó a la ley de contratación estatal.

No obstante, para establecer si son o no correctas las demás razones que expuso el municipio para rechazar la oferta del demandante –omisión de la dosificación 1:1 del material cementante (recebo seleccionado) y material arenoso (material de Yati)-, se tiene que estudiar el otro aspecto no satisfecho por el oferente, lo que se analizará a continuación.

3.2. Presunta omisión del oferente en la "dosificación 1:1 del material cementante –recebo seleccionado- y material arenoso –material de Yati-".

La Resolución demandada estableció, a folio 23 del cuaderno 1, que en el ítem 4 de las especificaciones, numeral 4.5, se exigieron tres clases de materiales para la construir la "base":

"Una carga de grava y/o piedra triturada extendida y compactada para soporte del pavimento en espesor compactado de 30 cm y una combinación en proporción 1:1 de material cementante (recebo seleccionado) y material arenoso (material de Yati) exigencia esta que no corresponde al cuadro de cantidades de obras (formato 1) del pliego de condiciones, situación que debe interpretarse de manera restrictiva conforme la siguiente estipulación contenida en el volumen II, numeral 1.5 del pliego de condiciones: 'El contratista no aprovechará ningún error u omisión en las especificaciones suministrada (sic).'"

El acto administrativo demandado señaló, como se expuso en lo probado en el proceso, que los oferentes aprovecharon el error del pliego en beneficio propio, porque no pusieron de presente la situación que se presentó –falta de correspondencia entre las especificaciones y el formato de cantidades-, a pesar de estar obligados a ello, porque así lo estableció el último párrafo del numeral 1.5 volumen II del pliego, en los siguientes términos: “Es entendido que los planos y especificaciones se complementan mutuamente, de tal manera que cualquier cosa que muestren los planos pero que no muestras (sic) las especificaciones o viceversa, se tomará como especificada y mostrada en ambas. En caso de discrepancias entre las especificaciones y los planos el contratista deberá consultar por escrito, pero primordialmente regirá las especificaciones” –fl. 23, cdno. 1-

En el mismo sentido, aseguró que el pliego también estableció que el contratista estaba obligado a examinar cuidadosamente todas las especificaciones y a notificar prontamente al contratante sobre los errores o discrepancias que descubriera. A pesar de lo expuesto –es decir, del provecho que sacaron los oferentes de las discrepancias de las especificaciones y el cuadro de cantidades de obras- la entidad pública precisó que el único proponente que ofreció la capa grava de acuerdo a las especificaciones del pliego fue el Ingeniero Germán Zea Gómez, quien, además, en su escrito de objeciones puso de presente el yerro de la administración. No obstante, acto seguido, la entidad afirmó:

“... es de advertir que el ingeniero ZEA omitió la dosificación 1:1 del material cementante (recebo seleccionado) y material arenoso (material de Yati).” –fl. 233-

En otros términos, a pesar de que la entidad admitió que el demandante no se aprovechó del error anterior, de todas maneras su oferta no cumplió esta exigencia técnica del pliego –que podía cumplir toda vez que las discrepancias se presentaron únicamente en el grosor de la capa de grava- porque omitió la “dosificación 1:1 del material cementante y del arenoso”.

En estos términos, entiende la Sala que para la entidad el demandante incurrió en dos falencias en la oferta, aunque a su juicio ésta se le rechazó, únicamente, por la falta de firma del contador público en los estados financieros. No obstante, no es cierto que la única razón por la que su oferta se desestimó fuera esa, porque según el municipio tampoco cumplió el aspecto técnico en mención, exigido en el pliego.

Precisamente, para que el juez acceda a la pretensión de nulidad y el posterior restablecimiento del derecho del actor, debió demostrar los defectos del acto demandado no sólo relacionados con la falta de razón de la administración cuando exigió la firma del contador público, sino que además debió acreditar que cumplió con todas las especificaciones técnicas que exigía el pliego de condiciones. Para el municipio de Magangué, el proponente Germán Zea Gómez no se ajustó a una parte de las exigencias técnicas, y por esta razón también rechazó la oferta; ahora, como la demanda no desvirtuó este aspecto del acto administrativo, entonces continúa presumiéndose legal, y por eso no se accederá a la solicitud de anulación del acto demandado, ni a la pretensión de restablecimiento del derecho.

En este horizonte, la Sala negará la pretensión de nulidad total del acto administrativo, pero accederá a decretar la nulidad parcial del mismo, y por su puesto negará la pretensión indemnizatoria. En efecto, no es posible anular totalmente el acto administrativo por dos razones: primero, porque el demandante, a pesar de que lo conoció, no demandó en su integridad los motivos del rechazo; segundo, porque no desvirtuó el otro incumplimiento del pliego, endilgado por la administración.

En conclusión, en el acto administrativo demandado no se concluyó, como erradamente lo interpretó el demandante, que él era el mejor proponente, y que sólo por la ausencia de la firma del contador se rechazó su oferta y consecuentemente se declaró desierto el proceso de selección. En realidad la entidad tuvo en cuenta dos (2) razones para rechazar la propuesta, uno de los cuales –reiteradamente se ha expuesto- no se demandó.

En este orden, si se pretendía la declaración de nulidad del acto y el restablecimiento del derecho, se debió desvirtuar la omisión en la "dosificación" del material que le endilgó el acto administrativo; como esta situación no fue objeto de análisis en la demanda ni en los medios de prueba, habrá que negar las pretensiones formuladas. Entre otras cosas, en esta etapa del proceso no es posible determinar si el actor cumplió con la exigencia técnica, porque los medios de convicción, y en especial el dictamen pericial practicado en el proceso, no permiten determinar el cumplimiento en esa dosificación de la combinación de la grava, y siendo que este no es una cuestión de derecho sino técnica, no es posible que esta Corporación determine si se trató de la inobservancia o no de aspectos técnicos de las especificaciones del contrato.

3.3. Otros cargos de ilegalidad expresados en la demanda

3.3.1. Respuesta del municipio a las observaciones presentadas por el actor contra el informe de evaluación.

Explicó el actor en su demanda que la entidad estatal no resolvió las observaciones que presentó contra el informe de evaluación de su oferta, y que el Secretario de Obras Públicas declaró desierta la licitación, mediante la Resolución No. 4232, del 24 de diciembre de 1998.

Esta causal de nulidad del proceso de licitación tampoco puede prosperar, sencillamente porque está acreditado que el municipio sí respondió las observaciones que presentó el ingeniero ZEA al informe de evaluación, al amparo del art. 30.8 de la Ley 80 de 1993¹⁶. En efecto, al leer la resolución demandada –No. 4232 de 1998- se advierte que el municipio respondió las observaciones presentadas por el actor, mediante comunicación dirigida a la alcaldía el 23 de noviembre de 1998 –fls. 68 a 74, cdno. 1-.

En ese acto se respondió que la falta de firma de los estados financieros sí era necesaria para evaluar la oferta, porque la Ley 43 de 1990 la exigía, aunque el pliego no fuera explícito en esto, y frente a otras observaciones presentadas contra otros proponentes, negó unas y accedió a otras. En estos términos, no es cierto que la entidad se hubiera abstenido de responder las inquietudes que formuló el ingeniero Zea Gómez contra la evaluación de las ofertas.

3.3.2. Violación al derecho a impugnar el acto que declara desierta la licitación pública.

¹⁶ “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.”

Expresa el demandante que la Resolución -a la fecha de presentación de la demanda- no se le notificó, y que el acto administrativo tampoco contempló la procedencia de recursos, razón por la que se le vulneró el derecho a agotar la vía gubernativa.

En este aspecto, se le concederá la razón al ingeniero Zea Gómez, porque en el expediente no está demostrado que la entidad haya notificado esta resolución, siendo su obligación hacerlo, pues se trata de un acto administrativo definitivo, que puso fin a un procedimiento administrativo. En efecto, la Sala entiende que como la entidad no realizó una audiencia pública para adoptar la decisión de declarar desierta la licitación, debió notificar personalmente este acto a los no favorecidos, y sólo si esto no era posible debió hacerlo por edicto, en los términos previstos en los arts. 44 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

Incluso, al contestar la demanda el municipio admite dos cosas, que confirman la conclusión de la Sala: i) que no notificó al decisión, porque -aseguró- no era necesario hacerlo; y ii) no admitió expresamente la procedencia de recursos contra ella -fl. 279, cdno. 1-. Por este sólo aspecto se concluye que se violaron varias normas del procedimiento contractual, que exigen notificar las decisiones definitivas a quienes participan de una actuación administrativa, como la contractual, y que la resolución dispuso expresamente que contra ella no procedían recursos, cuando es incorrecto, por la razón que pasa a exponerse.

El artículo 77 de la Ley 80 establece que: i) los vacíos de procedimiento administrativo que se encuentran en la actividad contractual se suplen con las normas de CCA., y en defecto de éstas las del CPC., ii) que, como regla general, contra los actos administrativos dictados durante la actividad contractual sólo procede el recurso de reposición, y ii) como excepción a la anterior regla, contra el acto de adjudicación no proceden ningún recurso en la vía administrativa¹⁷.

¹⁷ "Art. 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Al amparo de esta disposición resulta obvio entender que si contra los actos administrativos particulares y definitivos, proferidos durante la actividad contractual, procede el recurso de reposición, era obvio concluir que el que declaró desierta la licitación procedía y era susceptible de ese medio de impugnación, para permitir que los participantes ejerzan el derecho de defensa frente a las explicaciones del municipio a las observaciones presentadas contra el informe de evaluación. En sentido contrario, la entidad dijo, en el Artículo segundo de la parte resolutive de la resolución 4232 de 1998, que:

“Artículo segundo: Comuníquese a os oferentes dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de expedición de la presente resolución. Contra el cual no procede ningún recurso por la vía gubernativa (Ley 80 de 1993, Artículo 30, numeral 11)” –fl. 24, cdno. 1-

Esto acredita con suficiencia el error de derecho en que incurrió la entidad, porque al amparo del art. 30.11 de la Ley 80 de 1993¹⁸ no es cierto que el acto que declara desierta una licitación no deba notificarse personalmente, y tampoco que no procedan recursos administrativos. Sólo dispone que contra el acto que adjudica no proceden recursos, pero al acto que declara desierta no es ese, sino su contrario.

Por lo analizado, se concluye que se violó el derecho del oferente a impugnar la declaración de desierta de la licitación, y que este vicio, que afecta el derecho al debido proceso, tiene envergadura suficiente para afectar la validez de lo decidido, por eso se anulará la resolución impugnada; decisión que tiene apoyo en otros precedentes judiciales -que se citarán extensamente por su valor para justificar la decisión del caso concreto-, por violación al derecho a impugnar los actos administrativos a través del recurso de reposición. Se trata de la

“PARÁGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

¹⁸ “11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.”

sentencia de la Sección Tercera proferida el 30 de marzo de 2011 –exp. 20.917-, que expresó que el rechazo indebido del recurso de reposición presentado contra una decisión administrativa viola el derecho al debido proceso; tesis que aplica al caso concreto, donde ni siquiera se admitió la posibilidad de controvertir la decisión:

“4.2. La violación a los derechos a la defensa, a presentar pruebas y a impugnar el acto administrativo desfavorable.

“Se debe analizar otro aspecto cuestionado por el recurrente, en relación con la vulneración al debido proceso: el rechazo del recurso de reposición, por parte de INDUMIL, aduciendo que el impugnante no indicó la dirección de las oficinas de la compañía de seguros, teniendo en cuenta que el artículo 52 CCA. lo exige, y que el art. 53 del mismo estatuto establece que de no cumplirse los requisitos del artículo anterior se rechazará el recurso.

“La Sala considera, en forma coincidente con el Ministerio Público, que la decisión de INDUMIL vulneró el derecho al debido proceso, porque la resolución número 007 del 18 de enero de 1993 rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, por infringir normas legales y constitucionales a las cuales debía sujetarse. Dos argumentos apoyan este criterio.

“De un lado, la aplicación prevalente del derecho sustancial sobre el procedimental –art. 228 CP.-, que exige otorgarle preeminencia al derecho constitucional al debido proceso sobre la disposición del CCA. que establece que este requisito debe satisfacerlo el recurso, so pena de su rechazo. En efecto, una interpretación exegética, como la que adoptó la entidad, repulsa al ordenamiento jurídico, porque es desproporcionado que una simple exigencia formal dé al traste con un derecho de mayor rango, sacrificándolo injustificadamente.

(...)

“La Sala llama la atención sobre la circunstancia de que un derecho fundamental, como el debido proceso, no puede sujetarse a lecturas tan limitadas y exegéticas de la ley, porque subordinan las garantías ciudadanas mínimas a los textos legales preconstitucionales, que tuvieron un contexto restringido de creación. La realidad fundada por la Constitución Política de 1991 es mucho más rica en contenido axiológico y cuando extendió el derecho al debido proceso a todas las actuaciones administrativas se hizo necesario -para el operador jurídico- vaciar su contenido a toda la normativa administrativa, hasta alcanzar una incorporación dirigida por la nueva Carta Fundamental.

"Al producirse esa transformación se hizo evidente que la ausencia de requisitos puramente formales no podía sujetar la garantía de los derechos individuales a las formas insustanciales, y que desconocer el debido proceso equivale a violar un derecho humano, de la misma valía que tantos otros, como la vida, la libertad personal, la igualdad, la libertad de cultos, que siendo más sensibles a la protección del cuerpo y del espíritu, no admiten la menor vulneración; lógica con la que se debe observar el nuevo derecho fundamental aplicable a las actuaciones administrativas, a partir de 1991.

"En conclusión, la trasgresión de este derecho, en materia administrativa, no tiene un rango menor ni una importancia reducida en comparación con todos otros derechos humanos -con este rigor debe verse hoy en día-, cuya afectación exige de una intervención protectora inmediata, capaz de reparar o de inhibir cualquier poder que lo afecta o haya disminuido, para reparar el daño y ejemplarizar a la autoridad responsable.

"Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que la resolución No. 249 de 1992 -impugnada por el actor mediante el recurso de reposición-, ordenó en su artículo tercero de la parte resolutoria notificar a la Compañía de Seguro Generales de Colombia SA. la declaración del siniestro que allí se adoptó, y luego, en la parte motiva de la resolución No. 007 de 1993, se expuso que, efectivamente, la aseguradora fue notificada, de donde colige esta Subsección que es incomprensible que INDUMIL, al resolver el recurso de reposición, lo negara aduciendo que no se indicó la dirección de la sociedad aseguradora. Una pregunta basta para evidenciar la contradicción imperdonable: ¿no era acaso la dirección del recurrente la misma donde se notificó o debió notificar la decisión recurrida?

(...)

"Definido lo anterior, al romperse surge la conclusión de que la demandada violó el derecho al debido proceso del actor, representado bajo la figura de tres de sus principios integrantes: i) el derecho a impugnar la decisión desfavorable; ii) el derecho de defensa y iii) el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertir las allegadas en su contra.

"El primero se desconoció porque al no poder controvertirse la resolución que declaró el siniestro se impidió su contradicción, y es claro que si a la autoridad administrativa la dotó la ley del poder de autotutela declarativa, también es cierto que debe hacerlo observando un procedimiento debido, convertido en derecho fundamental en materia administrativa, y que le asigna al administrado el derecho a ser escuchado antes de que se adopte una decisión, manifestación que se materializa a través de la posibilidad de la impugnación. Al no poder hacerlo, porque la autoridad pública rechazó indebidamente el recurso, se vulnera esta garantía constitucional, que sirve para controlar, en la vía administrativa, el poder sancionatorio e impositivo general de la administración.

"En estos términos, el rechazo del recurso de reposición o de apelación, sin causa justificada, riñe con la garantía constitucional del debido proceso, porque limita hasta su probable anulación las posibilidades de defensa del ciudadano, frente a una decisión que esencialmente es cuestionable por el afectado.

"El segundo derecho mencionado también se desconoció, porque no es posible ejercer una parte importante de la defensa, al interior de un procedimiento administrativo, cuando los argumentos de inconformidad que contiene el recurso de reposición –o el de apelación, en otros casos- no son escuchados. Y aunque podría pensarse que el afectado pudo defenderse en etapas anteriores del procedimiento, sería inaceptable sostenerlo y admitirlo, porque la defensa se debe garantizar en todas las ocasiones o momentos donde sea válido ejercerla, sin que unos momentos o circunstancias anulen aquellos donde también se debe garantizar.

"En esta ocasión –particularmente en esta- la defensa se redujo, incluso excesivamente, porque las razones que expuso la compañía de seguros, en el recurso de reposición, no fueron leídas y contestadas por la administración. Al actuar así INDUMIL impuso una decisión de plano, porque sin formula de juicio razonó según sus exclusivas reflexiones técnicas y jurídicas.

"Incluso, la Sala no desconoce que podrían ser las correctas, en el caso concreto, pero debe tenerse en cuenta que el debido proceso no sólo protege la verdad –desde luego que ese también es su fin-, sino igualmente la dignidad del ciudadano y la oportunidad de ser oído, aunque al final se concluya que no tiene la razón. Tanto es así que una decisión administrativa puede ser correcta en su contenido pero nula en su formación, no por falta de razones, sino por violar algunas garantías del debido proceso que no admiten de su disposición.

"Para la Sala, entonces, no queda duda que el derecho de defensa se desconoció con la actuación de la demandada, si se tiene en cuenta un dato adicional: Al revisar cuidadosamente los dos actos administrativos demandados, la Sala observa las pruebas tenidas en cuenta en el procedimiento, y advierte que la única oportunidad dentro de él donde actuó la Compañía de Seguros Generales de Colombia SA. fue al recurrir la resolución No. 249 de 1992 –porque no fue vinculada al procedimiento previo-, de manera que su defensa se circunscribió a ese exclusivo momento, pero desgraciada y finalmente también fracasó la oportunidad, con el argumento espúreo de INDUMIL de que no se anotó la dirección de la compañía en el escrito que contiene el recurso.

"En circunstancias como esta, el derecho de defensa de los ciudadanos exige la máxima protección, para que la administración realmente conciba el debido

proceso no como un obstáculo sino como una garantía fundamental de las personas, tan similar en su naturaleza como el derecho a la igualdad, a la vida, y a tantos otros derechos humanos que se consideran intocables por el poder público.

"Finalmente, la Sala también concluye que la misma actuación administrativa vulneró el derecho a presentar pruebas y a solicitar y controvertir las allegadas en su contra, porque con el recurso –incorporado a fls. 59 a 73, cdno. 1- se aportaron medios documentales y también se solicitó un peritazgo –fls. 71 a 72-, con los cuales el interesado esperaba convencer a INDUMIL de la posición que sostendría el –no se olvide que sólo desde allí iba a ser escuchado-. En ninguna otra ocasión del procedimiento la compañía de seguros tuvo esta oportunidad, de ahí el celo con que debe valorarse el rechazo fútil del recurso de reposición que ejercitaba esta garantía del debido proceso.

(...)

"De acuerdo con esto, para la Sala no pasará desapercibido que el 'simple rechazo' de un recurso de la vía gubernativa, que por motivos baladíes fue desechado -rindiéndosele culto a la forma sobre la sustancia (art. 228 CP.)-, merece el máximo reproche que el control judicial puede ejercer -la nulidad de la decisión-, sin que sea menester desorientarse pensando en que posiblemente la administración tenía razón en la decisión de fondo, porque es claro, desde hace siglos, que no basta tener la razón para que el Estado pueda actuar de cualquier manera cuando declara los derechos y menos si impone cargas u obligaciones. Admitirlo regresaría el sistema jurídico moderno al estado anterior al derecho, cuando el autoritarismo suponía que el funcionario oficial tenía la razón, y que no era necesario el ciudadano para hallar la verdad, porque aquél era capaz de tomar decisiones justas y equitativas. El tiempo enseñó que no era así, y que a los afectados con una decisión se les debía oír, y no sólo eso, se le debían extender todas las garantías del debido proceso, como lo viene haciendo el derecho moderno, a partir de la Constitución de 1991, en nuestro medio.

"En otros términos, no le es dable al juez administrativo abstenerse de corregir una situación claramente ilegal que compromete al debido proceso, en un caso concreto, pensando en que en esa situación el actor carece del derecho sustantivo de fondo para su protección. Una actitud semejante no haría más que legitimar, a largo plazo, y para cualquier evento, también concreto y futuro, todo género de violaciones al derecho al debido proceso por parte del Estado.

"De alguna manera, a esta situación -que la Sala pretende proteger- aplica aquella expresión inmemorial cargada de sabiduría, atribuida a Sócrates, por boca de Platón, según la cual un hombre puesto ante la elección entre un bien y un mal debe escoger el bien, por razones éticas; pero enfrentado a dos males debe escoger el menor en lugar del mal mayor, para evitar sufrimientos innecesarios; y enfrentado a una situación más compleja –como la del caso *sub iudice*- que implica escoger entre un mal presente pequeño y un mal grande

futuro debe preferir aquél, por la sencilla razón de que conviene más padecer a tiempo un sufrimiento llevadero, que someterse a un tormento eterno más intenso.

"Aplicada esta filosofía al derecho, y específicamente al caso *sub iudice*, resulta ajustado a la rectitud y a la probidad que esta jurisdicción corrija oportuna y ejemplarmente a la administración pública, anulando los actos administrativos que aparentemente son correctos en la decisión, pero que también violan garantías irrenunciables e indisponibles –como las que representan los derechos humanos–, porque admitir y darle largas a las desviaciones significativas de los derechos fundamentales, en el mediano y largo plazo, degeneran en toda clase de conductas pervertidas, imposibles de corregir después por no hacerlo a tiempo. Se trata de una lectura de los efectos deseados y correctos de las decisiones judiciales.

"Con Sócrates y Platón habría de concluirse, en La Apología de Sócrates, que "... Lo que sé de cierto es que cometer injusticias y desobedecer al que es mejor y está por encima de nosotros, sea Dios, sea hombre, es lo más criminal y lo más vergonzoso. Por lo mismo, yo no temeré ni huiré nunca de males que no conozco y que son quizá verdaderos bienes; pero temeré y huiré siempre de males que sé con certeza que son verdaderos males."¹⁹

"En estos términos, el rechazo de un recurso de la vía gubernativa no puede ser visto –menos hoy en día– como una formalidad cualquiera, que no afecta las decisiones administrativas ni los procedimientos al interior de los cuales se adopta, de lo contrario se relajaría excesivamente la protección al derecho fundamental al debido proceso, aduciendo que al fin y al cabo la administración o el juez no le darían la razón al ciudadano. Pero sobre todo, no puede olvidarse que el derecho a impugnar una decisión también incorpora los derechos a ejercer la controversia probatoria y el derecho de defensa en general, mensurándose así el impacto real de una decisión aparentemente simple como es el rechazo de un recurso que procede a favor del afectado.

"Una razón adicional muestra de mejor manera el equivalente a la importancia de esta decisión, esto es, del valor que tienen los recursos administrativos. Resulta que el art. 52 del CCA., concordado con el art. 135 del CCA., dispone que para demandar ante esta jurisdicción, cuando se trate de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario agotar la vía gubernativa, siendo obligatorio interponer el recurso de apelación, si procede. De no hacerlo se rechazará la demanda, porque a la administración se le concede la oportunidad de revisar su propio acto, oportunidad que surge con la obligación de que se interponga la apelación.

¹⁹ Platón. Diálogos. Ed. Panamericana. Cuarta edición. Bogotá. 1996. pág. 22.

“En el caso inverso, sería maniqueo tolerar que al ciudadano no le permitan desatar el recurso administrativo procedente, porque al fin y al cabo tiene la posibilidad de demandar el acto, consolándolo con la idea de que el juez estudiará sus peticiones, agregando que por cierto es mejor que la administración para hacerlo. ¿Por qué no se responde lo mismo cuando es a la administración a quien se le pretende llevar ante el juez, en aquellos casos en que no se interpuso la apelación? Una actitud similar se mantendría anclada al pasado, desconocería que el derecho al debido proceso no es hoy lo que fue, porque ya adquirió la importancia y autonomía que se le había negado, y que no basta la intervención del juez para paliar su violación en la vía administrativa.”

Según este precedente, como la administración no permitió controvertir el acto administrativo, susceptible del recurso de reposición –que negó expresamente-, entonces vulneró a la parte actora su derecho de defensa, y el juez administrativo debe ser celoso en protegerlo no sólo en los procesos judiciales –donde una falta semejante no cabe duda tiene consecuencias jurídicas- sino también en los procedimientos administrativos, hasta lograr que la administración respete siempre este derecho fundamental.

Finalmente, recuérdese que la parte actora propuso varias razones o cargos de ilegalidad que, en su criterio, apoyan la declaración de nulidad de la actuación administrativa *sub lite*, pero como lo analizado ya produjo esa consecuencia, la Sala se exime de analizar todos los cargos, por razones de economía procesal y porque al prosperar uno de ellos es innecesario estudiar los otros –orientación que proviene del inciso segundo del art. 306 CPC.-, pues ningún valor adicional agrega a la decisión que se adoptará.

Sin embargo, queda por precisar que entre las pretensiones de la demanda también se solicitó la declaración de nulidad del contrato suscrito entre el municipio y el señor Enrique Nadad Mejía, puesto que se celebró con fundamento en el acto administrativo que, sin soporte constitucional, declaró desierta la licitación pública.

No se accederá a esta pretensión, porque de conformidad con lo analizado el demandante no demostró tener derecho a la adjudicación, y ni siquiera que otro participante fuera beneficiario de ella; así que la declaración de desierta de la licitación era la opción razonable, de ahí que la Sala conservará la validez del negocio jurídico celebrado con posterioridad.

50



Circular Externa No. 13 de 13 de junio de 2014

Para: Participes del sistema de compras y contratación pública

Asunto: Subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en su carácter de ente rector del sistema de compras y contratación pública por medio de la presente circular fija directrices sobre la subsanación de las ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los Procesos de Contratación.

A. Requisitos y documentos subsanables

La ausencia de requisitos o la falta de documentos sobre la futura contratación que no son necesarios para comparar las ofertas no son título suficiente para su rechazo, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, las Entidades Estatales pueden solicitar a los oferentes subsanar los requisitos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsanar tales requisitos hasta el momento de la adjudicación, salvo en los procesos de selección con subasta en los cuales los oferentes deben subsanar tales requisitos antes de iniciar la subasta.

La oferta es el proyecto de negocio jurídico de carácter irrevocable formulada por una persona y comunicada a otra, y que contiene los elementos esenciales del negocio¹. La oferta presentada en un Proceso de Contratación debe contener la aceptación del pliego de condiciones, incluyendo los factores de evaluación que permiten establecer el orden de elegibilidad de los oferentes.

La normativa exige a los oferentes, entre otras cosas, (i) estar inscritos en el Registro Único de Proponentes -RUP- salvo excepciones expresas²; y (ii) presentar junto con la oferta una garantía de seriedad del ofrecimiento³. El incumplimiento de estas exigencias condiciona la validez de la oferta por lo cual el oferente debe cumplir con ellas antes de la adjudicación para que la Entidad Estatal considere su oferta en el Proceso de Contratación.

En esta circular solamente revisamos las consecuencias de no acreditar con la presentación de la oferta los requisitos a los que hacen referencia los ordinales (i) y (ii) anteriores.

(i) Inscripción en el RUP

En los Procesos de Contratación los oferentes deben acreditar que están inscritos en el RUP, incluso cuando presentan su oferta antes de que la inscripción esté en firme. Sin embargo, mientras la inscripción no esté en firme, la Entidad Estatal no puede considerar que el oferente está habilitado y evaluar su oferta.

¹ Artículos 845 y 846 del Código de Comercio.

² Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

³ Artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.



PROSPERIDAD
PARA TODOS

Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



(ii) Garantía de seriedad de la oferta

La presentación de la garantía de seriedad de la oferta puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación⁴.

B. Subsanabilidad de requisitos e informe de evaluación

Si en un Proceso de Contratación hay oferentes que no acreditaron con la presentación de la oferta requisitos que no afectan la asignación de puntaje, la Entidad Estatal en el informe de evaluación debe indicarlo y advertir que la oferta correspondiente no será evaluada hasta que el oferente acredite tales requisitos. El oferente puede subsanar tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación o de la subasta.

Si el oferente subsana y acredita tales requisitos oportunamente, la Entidad Estatal debe actualizar el informe de evaluación y publicarlo en el SECOP incluyendo en la evaluación la oferta objeto de subsanación⁵. Las Entidades Estatales también deben dar a conocer el nuevo informe de evaluación en la audiencia de adjudicación si hay lugar a esta audiencia, y pueden recibir las observaciones pertinentes hasta la adjudicación.

Con base en el principio de economía y el objetivo de eficiencia del sistema de compras y contratación pública, la Entidad Estatal debe decidir si es necesario otorgar un término para la presentación de observaciones sobre el nuevo de informe de evaluación⁶.

Muy atentamente,

María Margarita Zuleta González
Directora General

Referencia Normativa

Artículos 5, 6 y 7 de la Ley 1150 de 2007

Artículos 824, 845 y 846 del Código de Comercio

Numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y Numeral 4, artículo 59; numeral 3, artículo 41;

numeral 2, artículo 67 y numeral 5, artículo 85 del Decreto 1510 de 2013

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, 26 de febrero de 2014, radicación 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804).

⁴ Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

⁵ La publicación procede en el término de que trata el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013.



PROSPERIDAD
PARA TODOS

Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co