

RECURSO DE APELACIÓN – Competencia – Juez – Segunda instancia

conforme a la cual en desarrollo de los principios de congruencia de la sentencia, así como también el principio dispositivo, el ámbito competencial del juez de segunda instancia se ve delimitado o condicionado a los puntos de discordancia señalados por el recurrente en el escrito de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia, salvo ciertas excepciones permitidas.

Así pues, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C., también aplicable en lo contencioso administrativo en virtud de lo ordenado por el artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto *“en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”* y por ésta razón, por regla general, el *ad quem* no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión.

SUBSANAR – Definición – RAE

[...] de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este debe entenderse como reparar o remediar un defecto.

SUBSANACIÓN – Contratación estatal – Noción

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

PLIEGO DE CONDICIONES – Noción –Doble naturaleza jurídica

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

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

PLIEGO DE CONDICIONES – Reglas – Garantía de objetividad

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

PLIEGO DE CONDICIONES – Confección – Limitaciones de la administración

[...] la facultad de confeccionar el pliego de condiciones, está limitada por las reglas y principios constitucionales y legales en la materia, de manera que la facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyen a la selección objetiva del futuro contratista, y por el contrario restringen la aplicación de dicho principio.

De manera pues, que si bien la entidad goza de libertad configurativa a la hora de crear el pliego condiciones, también es cierto, que le está vedada la posibilidad de establecer causales de

rechazo de los proponentes diferentes a las establecidas en la ley [...] Igualmente, está completamente proscrita la posibilidad de consagrar inhabilidades o incompatibilidades no establecidas en la Constitución o en la Ley; actuar así, significaría para la entidad inmiscuirse en un terreno prohibido por la Carta Política y por la normatividad vigente en materia contractual.

PLIEGO DE CONDICIONES – Desconocimiento reglas de construcción – Ineficacia de pleno derecho – Acción de nulidad

“el desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna. En caso de que la autoridad sea renuente a declarar ineficaz de pleno derecho el pliego o alguna parte del mismo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

SUBSANABILIDAD – Deber de la administración – Derecho del contratista

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

PREVALENCIA DERECHO SUSTANCIAL – Constitución política de 1991

Esta situación condujo a que la Constituyente del año 1991 estableciera la necesidad de dejar de lado ese excesivo rigorismo y formalidad en la actividad contractual del Estado, estableciendo los principios que debían inspirar la función administrativa, y la exigencia de que en todas las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procedimental.

[...]

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

PREVALENCIA DERECHO SUSTANCIAL – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

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

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

PREVALENCIA DERECHO SUSTANCIAL – Ley 80 de 1993

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

ESTATUTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Administración – Deber de solicitar aclaraciones

[...] que dicho estatuto previó la imposibilidad del rechazo *in limine* de las ofertas por el incumplimiento de formalidades e impuso a las entidades estatales la carga de alcanzar la claridad en los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas, para de esta manera, evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales de los proponentes. Es decir, que si la

entidad no comprende alguna o algunas de las cosas señaladas en la oferta, o si existe contradicción, o si un requisito fue omitido debe la administración solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes para lograr los fines de la contratación.

SUBSANABILIDAD – Ley 1150 de 2007 – Artículo 5 – Parágrafo 1 – Requisitos subsanables

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

[...] con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se estableció un nuevo criterio de subsanabilidad que se encuentra consagrado en el artículo 5 parágrafo 1, el cual establece que: “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

SUBSANABILIDAD – Requisitos subsanables – Requisitos no subsanables

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

Posteriormente a la expedición de la Ley 1150 de 2007, se promulgaron una serie de decretos reglamentarios que restringían la posibilidad de subsanar la oferta, limitando por ejemplo, la oportunidad de aportar los documentos que subsanaran la falta de capacidad para presentar la oferta, o la posibilidad de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco adicionar o mejorar el contenido de la oferta.

SUBSANABILIDAD – Criterio legal aplicable

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

SUBSANABILIDAD – Consejo de Estado – Secuencia jurisprudencial

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

Las herramientas antes mencionadas, han sido puntuales, circunscritas a casos concretos que fueron sometidos a revisión, sin negar que cada uno de los fallos proferidos en el tema aportan elementos importantes para la reconducción objetiva de los procesos contractuales.

SUBSANABILIDAD – Consejo de Estado – Secuencia jurisprudencial

[Sentencia del 26 de febrero de 2011](#)

[Sentencia del 14 de marzo de 2013](#)

[Providencia del 26 de febrero de 2014](#)

[Sentencia del 12 de junio de 2014](#)

[Sentencia del 12 de noviembre de 2014](#)

[Sentencia del 12 de noviembre de 2014](#)

[Sentencia del 13 de febrero de 2015](#)

[Sentencia del 11 de mayo de 2015](#)

CAPACIDAD – Capacidad jurídica – Capacidad de goce

La capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (art. 14 de la C.P.), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar o legal (inciso final art. 1502 C.C.), que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos.

CAPACIDAD – Contratación estatal – Celebración contratos

En materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad prescribe que: (i) “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”; (ii) “[t]ambién podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”; y (iii) “[l]as personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”.

[...]

En suma, para la celebración de los contratos estatales es necesaria no solo la existencia de los sujetos o partes, particular y entidad pública, sino que éstas tengan capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que sean aptas para ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, sin autorización de otras.

CAPACIDAD JURÍDICA – Representante legal – Relacionada con objeto social

Conforme a lo anterior, queda claro que la capacidad jurídica que goza el representante legal de una empresa o sociedad está relacionada con su objeto social, lo que quiere decir que todos sus actos deberán estar encaminados al desarrollo del mismo, es por esto, que al momento de la presentación de una oferta ante una entidad estatal, lo que se deberá demostrar es la capacidad jurídica del representante, ya que esta constituye un requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

REPRESENTACIÓN – Noción

En definitiva, la representación es el otorgamiento (por ley o convenio) de facultades a una persona para obrar en nombre de otro, permitiendo que en el mundo del derecho puedan actuar ciertos sujetos que en principio no podrían hacerlo, como los incapaces (menor de edad, interdictos etc.) y las personas jurídicas, en este último caso bajo la denominación de representación legal; es decir, esta figura hace posible la capacidad de ejercicio de tales personas, pero, como quedó visto, no puede confundirse con ella”.

CONTRATO DE MANDATO – Definición

ha definido por la Ley en el artículo 2142 del Código Civil, como aquel contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario. Y es precisamente esta bilateralidad necesaria para la conformación del negocio, la que se aprecia de manera clara cuando se expresa que el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario [...]

CONTRATO DE MANDATO MERCANTIL – Definición

Por su parte, en materia mercantil el Código de Comercio en el artículo 1262, define el mandato como un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. Adicionalmente, indicó que el mandatario no podía exceder los límites del encargo, precisando que en el evento que los actos cumplidos se ejecuten más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.

CONTRATO DE MANDATO – Negocio jurídico – Configuración

“Establecido que dos sujetos entrelazan sus voluntades hacia un determinado fin, como un primer elemento configurante del negocio, se indica en las definiciones legales un segundo factor consistente en que ellas deben recaer sobre un objeto determinado, esto es, “la gestión de uno o más negocios” o “o uno o más actos de comercio”, lo que naturalmente supone la vinculación de

un tercero en el negocio encomendado. Pero, no obstante estar reunidos el consentimiento y el objeto, aún no se puede perfeccionar el contrato de mandato porque es necesario complementar el objeto con la obligación del mandatario de celebrar aquellos negocios “por cuenta y riesgo” del mandante, es decir, con afectación de su patrimonio (para el “idem placitum consensus”), ya que si el mandatario los celebra por cuenta suya, no habría hecho el mandante más que darle un consejo; y si los celebra por cuenta de otro, se trataría simplemente de la recomendación de negocios ajenos.

CONTRATO DE MANDATO – Características

como características relevantes de este tipo de contrato, podemos decir, que es típico, es un negocio de sustitución, es principal, no es preparatorio, es consensual, es naturalmente oneroso pero puede pactarse que sea gratuito, es bilateral, de cooperación en beneficio del mandante y de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.

DICTAMEN PERICIAL – Valoración del juez – Sana critica

“En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar, o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).

Radicación número: 25000-23-31-000-2005-01178-01(40660)

Actor: CONGREGACIÓN DE LAS HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN

Demandado: BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA - SERVICIOS PSIQUIÁTRICOS S.A. - SERVIPSA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso negar las pretensiones de la demanda y declarar no obradas las excepciones propuestas por la parte demandada.

I. ANTECEDENTES

El 11 de mayo de 2005¹, la Congregación de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen- Provincia de Bogotá, presentó demanda en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A. contra la Beneficencia De Cundinamarca, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución No.0177 del 11 de abril de 2005 proferida por la gerente general de la entidad demandada, mediante la cual adjudicó a la empresa SERVICIOS PSIQUIATRICOS S.A. SERVIPSA la Licitación Pública No. 02 de 2005.

De igual manera, pide que se ordene a la Beneficencia de Cundinamarca adjudicar la Licitación Pública No.02 de 2.005 a la Congregación de la Santísima Virgen - Provincia de Bogotá, por haber presentado la oferta más favorable para la administración y que se declare la nulidad absoluta del contrato No. 0918 del 13 abril de 2005 suscrito para la prestación de los servicios de protección social y de salud mental a los usuarios con discapacidad mental que se atienden en el Centro Femenino Especial José Joaquín Vargas de Sibaté (Cundinamarca) y por último, que se realice su liquidación. Como consecuencia, de lo anteriormente expuesto se solicitan las siguientes condenas:

“PRETENSION TERCERA. *Que de no ser posible el restablecimiento del derecho en la forma indicada en la segunda pretensión del presente escrito, se condene a la BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA y a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE SALUD MENTAL DE CUNDINAMARCA, a pagar a la CONGREGACIÓN DE LAS HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACION DE LA SANTÍSIMA VIRGEN-PROVINCIA DE BOGOTÁ-, la totalidad de los daños y perjuicios morales y materiales sufridos como resultado de la expedición del acto administrativo cuya declaratoria de nulidad se pretende en la cuantía que se demuestre dentro del proceso, debidamente indexados.*

PRETENSION CUARTA. *Que se condene a la BENEFICIENCIA DE CUNDINAMARCA y a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE SALUD MENTAL DE CUNDINAMARCA, a pagar a la demandante, intereses liquidados a la tasa bancaria corriente desde el día doce (12) de abril de 2.005 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, sobre el valor actualizado de los perjuicios reconocidos por la sentencia.*

(...)

¹ Fls.2-11 del Cuaderno 1.

PRETENSION SEXTA. *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato se proceda a su liquidación en el estado en que se encuentre.”*

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

Mediante la Resolución No. 89 del 16 de febrero de 2005, la Beneficencia de Cundinamarca, abrió la Licitación Pública No.02 de ese mismo año, *“con el objeto de seleccionar al contratista encargado de prestar los servicios de protección social y de salud mental encaminados a mejorar la calidad de vida de los usuarios con discapacidad mental que se atienden en el Centro Femenino Especial José Joaquín Vargas, de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, situado en el municipio de Sibaté, Cundinamarca”*²

Como proponentes elegibles, se presentaron la Congregación de Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen- Provincia Bogotá, y la sociedad Servicios Psiquiátricos S.A.- SERVIPSA-.

La revisión, análisis y calificación de los aspectos jurídicos, financieros y técnicos de las propuestas se hizo a través del Comité Evaluador designado por la Gerente General de la Beneficencia. Según expresó el actor, *“En concordancia con la ley 80 de 1993, y con el pliego de condiciones de la licitación, la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA puso a disposición de los oferentes el informe de evaluación de las ofertas presentadas, para que estos realizaran las observaciones que estimaran convenientes dentro de los cinco días siguientes.”*

La Congregación de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen- Provincia de Bogotá, en calidad de proponente realizó las observaciones al informe de Evaluación en dos escritos *“presentados oportunamente”* de conformidad con el artículo 30 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, como la Arquidiócesis de Bogotá por intermedio del Abogado designado, encontrando que la Sociedad Servicios Psiquiátricos S.A., no se había ajustado al pliego de condiciones.

Dichas observaciones, de carácter jurídico, financiero y técnico, no fueron acogidas de conformidad con lo establecido en la Resolución No.0177 proferida por la Beneficencia de Cundinamarca, ni tampoco las presentadas por la

² Fl.51 del Cuaderno 1.

Arquidiócesis de Bogotá por intermedio del Doctor Alfredo López de Arco, “constituyendo una clara violación a los principios de la contratación administrativa como los de la transparencia y selección objetiva entre otros.”

3. El trámite procesal

El 30 de agosto de 2006³, se admitió la demanda por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y notificada a la demandada⁴, el asunto se fijó en lista⁵ y la accionada le dio respuesta⁶ en escrito del 22 de noviembre de 2006, oponiéndose a las pretensiones formuladas y excepcionando “Imposibilidad Jurídica de Nulidad Absoluta del Contrato”, “Inexistencia de Elementos Fácticos”, y “Ausencia del concepto de violación”.

Después de decretar y practicar pruebas⁷, se vinculó como Litisconsorte necesario a la empresa “SERVIPSA”⁸, quien contestó en escrito fechado del 27 de mayo de 2008, donde solicitó al despacho que ordenara a la Beneficencia de Cundinamarca, allegar al expediente la propuesta presentada por este dentro del trámite del proceso licitatorio; posteriormente se corrió traslado⁹ a las partes y al Ministerio Público, para que alegaran de conclusión, oportunidad que no fue aprovechada por el Ministerio Público.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En providencia del 13 de octubre de 2010¹⁰ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda, así como declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

1. Razones de la mayoría

Luego de reproducir los hechos y pretensiones de la demanda y de hacer un recuento de la actuación surtida, el *A quo* decidió hacer su análisis de la siguiente manera: “(i) *Determinación de los cargos formulados por la parte actora contra el acto de adjudicación.* (ii) *Ubicación de las disposiciones pertinentes en el pliego de*

³ Fls.123-124 del Cuaderno 1.

⁴ Fl.126 del Cuaderno 1;

⁵ Se fijó en lista el día 8 de noviembre de 2006

⁶ Fls. 130-173 del Cuaderno 1.

⁷ Fls. 179-183 del Cuaderno 1.

⁸ SERVIPSA fue notificada el día 30 de abril de 2008 (Fl.267 del C.1.)

⁹ Fl.387 del Cuaderno 1.

¹⁰ Fls. 422-447 del Cuaderno Principal.

condiciones, (iii) Comparación de las propuestas y de la calificación dada por la entidad.”

(i) Determinación de los cargos formulados por la parte actora contra el acto de adjudicación.

Para iniciar con el desarrollo de este primer punto, el fallador identificó los seis (6) cargos propuestos por el actor en contra del acto de adjudicación.

1. El no haber tenido en cuenta el concepto técnico- jurídico rendido por un abogado con relación a la evaluación de las propuestas, a pesar de haber sido solicitado por la parte contratante.
2. Presentar la propuesta con tachones y enmendaduras, como causal de rechazo de la propuesta de conformidad con el numeral 1.9 del pliego. (no obstante el actor mencionó este tema someramente, y no lo desarrolló).
3. La empresa oferente SERVIPSA, omitió allegar con la propuesta autorización especial para concurrir al proceso y comprometer a su representada, en el evento en que así lo requiriera, de conformidad con el literal d del numeral 1.10 del pliego de condiciones.
4. El actor resaltó que aunque SERVIPSA demostró cumplir con las condiciones financieras mínimas exigidas en el pliego, la entidad debió solicitar los estados financieros (balance general, estados de pérdidas, y ganancias, entre otros).
5. Puso de manifiesto los valores nutricionales ofrecidos en la propuesta del adjudicatario, los cuales presentaban un alto contenido de calorías y pocas porciones de fruta.
6. Advirtió la imposibilidad de llevar a cabo los proyectos productivos propuestos por SERVIPSA, como consecuencia de las condiciones de discapacidad de las usuarias del Centro Femenino Especial José Joaquín Vargas.

(ii) Ubicación de las disposiciones pertinentes en el pliego de condiciones.

Bajo este ítem, el colegiado transcribió apartes del pliego de condiciones, los cuales fueron cotejados con los cargos anteriores, para de esta manera determinar la veracidad de los mismos.

(iii) Comparación de las propuestas y de la calificación dada por la entidad.

Ahora bien, una vez expuesta la calificación dada a cada uno de los ítems del pliego de condiciones, el *A quo* partió del análisis de los cargos atrás referidos por el actor, llegando a las siguientes conclusiones:

1. Del concepto Jurídico presuntamente solicitado por la Beneficencia de Cundinamarca a las Hermanas de la Presentación.

La Sala logró determinar que el concepto técnico- jurídico referido por el actor en su primer cargo no fue solicitado por la entidad contratante, pues del acervo probatorio allegado al expediente no se encontró evidencia que así lo indicara.

2. Las propuestas debían ser presentadas sin tachones ni enmendaduras.

Una vez analizado el pliego de condiciones y las condiciones de la propuesta en el numeral 1.9, que consagra la prohibición expresa que los documentos allegados fueran tachados o enmendados, advirtió el colegiado que si bien lo anterior era cierto, el actor se quedó corto en su argumentación de este cargo contra SERVIPSA. Y si bien el pliego de condiciones señaló estas prohibiciones, también es cierto que una vez vista la propuesta de la demandada, no se avizó ningún vicio.

3. Capacidad del Representante Legal para comprometer a la empresa.

El Tribunal analizó esta premisa desde dos criterios:

- a. El acto de adjudicación - Resolución N° 0177 del 11 de abril de 2005 -, donde concluye que no estaba en realidad sometido a condición.
- b. El acto de adjudicación no puede ser, en ningún caso, sometido a condición de ninguna naturaleza.

Con relación al primer postulado, sostuvo que la autorización que le había otorgado la Junta Directiva de SERVIPSA, a su representante legal para suscribir contratos de cuantía ilimitada con cualquier entidad pública o privada, era suficiente según se observó en las normas del estatuto comercial, y que por tanto, la supuesta condición que se había expresado en el acto de adjudicación carecía

de sustento jurídico, ya que el contratante erró en interpretar la naturaleza de dicha autorización concedida por la Junta Directiva, como un acto modificatorio a los estatutos sociales, “reforma que compete de manera exclusiva a la asamblea general de accionistas”.

No obstante, el *A quo* advirtió que a pesar de lo expuesto en el punto anterior, existe una prohibición legal, respecto a los condicionamientos de los actos de adjudicación, de conformidad con el numeral 8 del artículo 25 de la ley 80 de 1993.

Así las cosas, encontró dicha Corporación que le asistía razón al apoderado de la parte actora al alegar *“que el acto de adjudicación no puede estar condicionado a un evento futuro; sin embargo el cargo consistente en alegar la falta de capacidad de la representante legal SERVIPSA para concurrir a la licitación pública N°002 de 2005 queda descartado, por las razones precedentemente expuestas.”*

4. De los requisitos financieros.

Para efectos de su análisis, el Tribunal tuvo como referente el dictamen pericial rendido el 6 de abril de 2010¹¹ por un contador público, donde se concluyó que la Congregación de las Hermanas de la Caridad estaba en mejor capacidad de ofrecer una mayor garantía y seguridad para el cumplimiento y ejecución del contrato.

No obstante, el demandado –Beneficencia de Cundinamarca- objetó en su oportunidad dicho dictamen por error grave, aduciendo que de acuerdo a los numerales 1.11 y 1.12 los requisitos financieros eran una condición mínima para concurrir al proceso de selección, mas no eran objeto de evaluación, ni mucho menos adjudicaban puntaje.

Posteriormente, la Sala decidió desestimar la conclusión del perito contador público, por cuanto insinuó sin ningún sustento probatorio, que la empresa SERVIPSA incumpliría el contrato a pesar de contar con las condiciones mínimas financieras establecidas en el pliego de condiciones.

Por lo anterior, la Sala concluyó:

¹¹ Cuaderno 9 de Pruebas

“(...) que aunque comparte el criterio del señor perito, quien indicó sin dubitación que en todos los aspectos (razón corriente, nivel de endeudamiento, prueba ácida) la Congregación de Hermanas de la Presentación supera en mucho a Servipsa, lo cierto es que la empresa adjudicataria, aunque con menor capacidad económica, acreditó el cumplimiento de los requisitos financieros mínimos para acceder al contrato de prestación de servicios en cuestión, por lo que el cargo formulado por el apoderado de la parte actora, no está llamado a prosperar.”

5. Propuesta de menú y valores nutricionales.

Para el estudio de este cargo, el Tribunal se soportó en el dictamen pericial allegado el 12 de octubre de 2007, por un profesional de medicina, en el que concluyó que la propuesta de SERVIPSA no se ajustaba al pliego de condiciones, ya que *“en cada una de las comidas del menú patrón se puede observar cómo los porcentajes de proteína y grasa (83,5% y 88,6%, respectivamente), se encuentran por debajo de estándar solicitado dentro del pliego licitatorio de la Beneficencia de Cundinamarca; lo cual daría una calificación por debajo de los 20 puntos que le fueron asignados a la empresa Servipsa”*.

Con base en lo anterior, el Tribunal se dispuso a realizar nuevamente la calificación de dicho ítem de la propuesta de SERVIPSA, y se abstuvo de calificar la propuesta del actor, en atención a la naturaleza rogada de la jurisdicción contencioso administrativa, teniendo en cuenta que este no lo planteó ni en la demanda, ni dentro del trámite del proceso.

En efecto, la nueva tabla de calificación mantuvo por encima a la empresa SERVIPSA de la Congregación de las Hermanas de la Caridad por una diferencia de 4.4 puntos, asignándole un total de 494,4 puntos a favor de la primera, y 490 puntos a favor de la segunda.

Como conclusión de este cargo, el A quo sostuvo lo siguiente:

“En suma, lo que se aprecia hasta este punto es que no obstante la calificación de la oferta alimenticia de Servipsa haya variado en el sentido de haberse disminuido de manera proporcional, por cuanto se demostró objetivamente que la propuesta no se avenía estrictamente a lo exigido en el pliego de condiciones de la licitación No.002 de 2005, la firma adjudicataria supera hasta este punto a la Congregación de Hermanas de la Presentación en 4,4 puntos.”

6. Proyectos productivos

El colegiado, concluyó que este cargo no estaba llamado a prosperar, teniendo en cuenta que dentro de la parte considerativa de la resolución de adjudicación No. 0177 de 2005, se hizo breve alusión a cuatro (4) proyectos que propuso la empresa SERVIPSA y en el expediente solo se encontró registro de dos (2) proyectos productivos, por lo que a consideración del fallador, no podría entrar a estudiar y valorar dicho cargo con tan solo dos de los cuatro proyectos que fueron evaluados por la entidad contratante, sumado a que de conformidad con el principio de la carga de la prueba, el accionante, era el obligado en el trámite del proceso a velar porque los documentos se aportaran en su totalidad, así lo sostuvo:

“En este caso, el apoderado de la parte actora tuvo a su favor todo el lapso durante el cual estuvo abierta la fase probatoria del proceso, por supuesto contado después de que se hubieran incorporado al expediente las copias remitidas por la Beneficencia de Cundinamarca de la propuesta de Servicios Psiquiátricos S.A., para advertir la ausencia del documento donde se hubieran expuesto las características de los proyectos productivos finalmente desconocidos por la Sala, con el fin de que esta Corporación hubiera requerido nuevamente a la entidad demandada para que se sirviera allegar la propuesta completa, evitando así el inconveniente que ahora anula sus pretensiones condenatorias, por cuanto, como ya se anotó, el desconocimiento de los proyectos, impide llegar a la certeza necesaria para que el juez pueda decretar legítimamente la nulidad del acto de adjudicación pretendida (...).”

Finalmente y por lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, decidió no acceder a las pretensiones de la demanda.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto y estando dentro del término legal para hacerlo, la parte demandante interpuso recurso de apelación¹², contra la sentencia proferida en el presente asunto, el cual se procederá a analizar y objetar, bajo el mismo orden en el que el Tribunal abordó su estudio.

Respecto a la capacidad del Representante Legal para comprometer a la empresa, insistió en que este carecía de la facultad para celebrar contratos en las cuantías a que se refería la licitación, aduciendo que la empresa no aportó el documento que así lo demostraba (acta de alguna autorización del organismo

¹² Fls. 449-459 del Cuaderno Principal.

social competente), lo que configuraba una justa causa de rechazo de la propuesta.

En ese mismo sentido, y ahora con relación a los criterios usados por el Tribunal para despachar este cargo en que a su consideración *“a. El acto de adjudicación Resolución N°0177 del 11 de abril de 2005 no estaba en realidad sometido a condición (...)”*, sostuvo lo siguiente:

“La anterior argumentación más parece un sofisma bajo el cual no cabe justificación alguna para la conducta asumida por los directivos de la BENEFICENCIA de entonces, que solo pretendían y así lo consumaron mediante amañadas y acomodaticias interpretaciones legales y jurisprudenciales ADJUDICAR NO SOLO LA LICITACION NO.02 DE 2005 a una empresa como SERVIPSA. sino que procedieron a ADJUDICAR LAS TRES LICITACIONES EN QUE PARTICIPÓ ESTA EMPRESA, contexto que el H. TRIBUNAL parece no advertir a pesar de haberse denotado en esta demanda.

(...) Honorables Magistrados, no se puede desconocer el contexto en que se desarrolló todo este penoso proceso licitatorio mediante el cual se adjudicaron tres licitaciones a una misma empresa. Alguna semejanza puede guardar esta actuación con los denominados “carteles de la contratación” (...)”

Por otro lado, con relación a los requisitos financieros, sostuvo el recurrente que en atención a la falta de acervo probatorio del perito en su afirmación dada en el informe del dictamen, donde adujo que la empresa SERVIPSA no podría cumplir con el contrato, sugiere que se hubiera podido oficiar a la Beneficencia para que informara sobre el hecho comprobable de las razones que adujo el contador en su dictamen.

Además, aduce que no fue valorado dentro de la sentencia la “omisión séptima” planteada por parte del actor en su demanda, que corresponde al ítem denominado *“actividad extra para la institución”* que otorgaba 10 puntos extra, los cuales nunca fueron valorados por la entidad contratante, y afectó negativamente la valoración y el puntaje de la propuesta.

Finalmente, solicitó se decretaran en segunda instancia¹³ diferentes pruebas con el objetivo de demostrar *“HECHOS SOBREVINIENTES”* con ocasión de la

¹³ Frente a esta solicitud, esta corporación se pronunció mediante auto del 16 de mayo de 2011, decidiendo NO DECRETAR las pruebas solicitadas por la parte demandante, por resultar improcedentes. (Fls.468-469 del Cuaderno Principal).

ejecución del contrato adjudicado con ocasión de la licitación pública No.02 de 2005.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio.

Así pues, no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar las alzas previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión:

1) Objeto de la apelación;

2) Subsanación de vicios y falencias en las propuestas contractuales ante las entidades estatales

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

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

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

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

2.2.3) Fundamentos legales (normas contractuales).

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

3) La capacidad de jurídica del representante de una sociedad, y

4) El caso concreto.

En el orden antes descrito, se procede a abordar:

1) Objeto de la apelación.

Previamente a resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto, ésta Subsección acoge y reitera el criterio fijado por la Sala Plena de ésta Corporación respecto del alcance de la competencia del fallador en segunda instancia, postura conforme a la cual en desarrollo de los principios de congruencia de la sentencia, así como también el principio dispositivo, el ámbito competencial del juez de segunda instancia se ve delimitado o condicionado a los puntos de discordancia señalados por el recurrente en el escrito de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia, salvo ciertas excepciones permitidas¹⁴.

Así pues, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C., también aplicable en lo contencioso administrativo en virtud de lo ordenado por el artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto *“en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”* y por ésta razón, por regla general, el *ad quem* no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión.

Así mismo, la Sala considera pertinente traer a colación lo establecido en el Código General del Proceso al respecto, disposición que por contener normas de orden público debe ser aplicado en materia procedimental conforme con la posición de la Sala Plena de esta Corporación¹⁵.

Así las cosas, con relación al objeto de la apelación el artículo 328 establece que *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...) El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella”*.

Las normas antes señaladas, son desarrollo de la garantía prevista en el inciso segundo del artículo 31 constitucional que manda que *“el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”*. En consecuencia, en estos casos, la competencia del superior se encuentra

¹⁴CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sala Plena, Sentencia del 9 de febrero de 2012, Exp. 21060

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Auto del 25 de junio de 2014. Exp: 49.299.

circunscrita a revisar lo que desfavorece al recurrente y que ha sido materia de su inconformidad.

En el presente asunto, el apelante limitó la materia del recurso a lo siguiente: Controvierte la legalidad del acto administrativo que adjudicó la Licitación Pública No.02 de 2005 a la empresa SERVIPSA S.A., por cuanto en su criterio el gerente de la entidad no contaba con la facultad de contratar en la cuantía de la licitación. Como segundo punto, cuestiona las conclusiones a las que llegó el Tribunal de primera instancia para desechar el dictamen pericial sobre la capacidad financiera de SERVIPSA S.A., el cual concluyó que la capacidad de pago de la empresa era insuficiente para ejecutar el valor del contrato. El tercer argumento, se centró en que no fue valorada dentro de la sentencia la *“omisión séptima”* planteada por parte del actor en su demanda, que corresponde al ítem denominado *“actividad extra para la institución”* del pliego de condiciones y por último, el cuarto cargo, lo sustentó en que los proyectos productivos propuestos por SERVIPSA S.A., eran imposibles de llevarse a cabo, debido a la discapacidad que padecían las usuarias del Centro Femenino Especial José Joaquín Vargas. Por lo tanto, el análisis que realizará en el presente fallo por parte de la Sala de Subsección se circunscribirá a los aspectos antes mencionados.

2) Subsanación de vicios y falencias en las propuestas contractuales ante las entidades estatales

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

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

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

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

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

Así pues, el pliego se erige en uno de los conjuntos normativos que reina los procesos contractuales del Estado y *“constituyen un todo lógico y sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad”*¹⁶ quedando por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes sometidos imperativamente a él, en virtud de lo contemplado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrar¹⁷.

Así las cosas, al momento de la confección del pliego de condiciones la entidad deberá tener presente que el establecimiento de factores y demás reglas, debe

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

atender a premisas de carácter coherente, tal y como lo dispone el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993¹⁸.

Dichas reglas constituyen una garantía de objetividad en el proceso de selección, razón por la cual se exige que estas sean *“claras, es decir, no generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título”*¹⁹.

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

¹⁸ Artículo 24 numeral 5:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso.
- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
- e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

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

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia. *“En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar “... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...”, esto es, los requerimientos en realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (lit. a art. 24.5 Ley 80 de 1993).”*

Lo expuesto, se soporta en el desarrollo de los principios que rigen la contratación estatal, como el de transparencia, que impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte, que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas que se contienen precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente, constituye una regulación que cubre imperativamente a todo el *iter* contractual²⁰.

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

Así lo reconoció la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia del primero de octubre de 2014²¹, en donde señaló que la facultad de confeccionar el pliego de condiciones, está limitada por las reglas y principios constitucionales y legales en la materia, de manera que la facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyen a la selección objetiva del futuro contratista, y por el contrario restringen la aplicación de dicho principio²².

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de mayo de 2013, Exp. 25.592.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 1 de octubre de 2014.. Exp: 30.614.

²² *“En reiterados pronunciamientos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la entidad estatal contratante, dada su condición de directora del procedimiento de selección contractual, ostenta cierta autonomía en la confección del pliego de condiciones, propósito para el cual tienen facultad para incorporar los requisitos que deben reunir los oferentes. De igual forma, esta Corporación ha sido categórica al considerar que dicha autonomía en modo alguno es absoluta, en tanto en su ejercicio no podrán desconocerse las reglas y principios de estirpe constitucional y legal que orientan la contratación estatal.*

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

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

De manera pues, que si bien la entidad goza de libertad configurativa a la hora de crear el pliego condiciones, también es cierto, que le está vedada la posibilidad de establecer causales de rechazo de los proponentes diferentes a las establecidas en la ley²³, como por ejemplo señalar que la no presentación del RUP constituye per se, un factor de rechazo de la propuesta. Igualmente, está completamente proscrita la posibilidad de consagrar inhabilidades o incompatibilidades no establecidas en la Constitución o en la Ley; actuar así, significaría para la entidad inmiscuirse en un terreno prohibido por la Carta Política y por la normatividad vigente en materia contractual.

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

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

²³ *“En desarrollo de los principios y las normas de la contratación estatal, la entidad estatal contratante no tiene competencia para crear o consagrar causales de rechazo o –en este caso– de descalificación de las propuestas, en tanto carece de la potestad para fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal, como tampoco le está permitido crear inhabilidades o incompatibilidades distintas de las previstas en la Constitución o en la Ley, puesto que por esta vía se limitaría en forma ilegal la participación de los proponentes²³, amén de que resultaría contraria a los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.”* Consejo de Estado. Sentencia del 27 de marzo de 2014. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp: 24.845.

*el inciso 2.º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa*²⁴.²⁵

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

En conclusión, el pliego de condiciones constituye el estandarte sobre la cual se funda el proceso de selección y el futuro contrato, es por esto, que la administración y los proponentes quedan vinculados de manera inexorable a lo allí consignado, siendo deber de la administración realizar los estudios y análisis pertinentes, para determinar las necesidades de la entidad, lo cual permitirá definir los requisitos de carácter jurídico, financiero y técnico que deberán cumplir los oferentes.

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

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

Teniendo en cuenta lo dicho en el acápite anterior, es preciso señalar que existen eventos en que las propuestas presentan errores, falencias o vicios, los cuales pueden ser consecuencia de pliegos ambiguos, poco claros o que no atienden a

²⁴ “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados...”.

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia.

criterios objetivos o a falta de cuidado del proponente en la confección de su ofrecimiento, es así como, bajo este criterio de manera excepcional surgirá la etapa de la subsanación.

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

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

Así lo dijo la jurisprudencia contenciosa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, en donde indicó que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico²⁶.

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

²⁶ “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?”. Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp: 25.804.

desconocimiento daría la posibilidad al oferente de acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento.

Lo anterior busca significar, que la inactividad de la administración no debe afectar al oferente, por el contrario, ante el silencio de la entidad se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento del rechazo o descalificación de la propuesta, tal y como lo dijo esta Subsección en sentencia del 11 de mayo de 2015²⁷.

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

Previamente a la expedición de la Constitución Política de 1991, la regulación de los procesos de selección se encontraba estructurada en una filosofía de excesivo formalismo y rigurosidad, circunstancia que dio lugar a que ante el incumplimiento o inobservancia de requisitos meramente formales, más no sustanciales, las entidades estatales rechazaran o eliminaran propuestas favorables para la satisfacción de sus intereses²⁸.

Así, encontramos que en los Decretos Ley 150 de 1976²⁹ y 222 de 1983³⁰ la posibilidad de subsanar la oferta era limitada, por no decir que nula, pues prevalecía la idea del formalismo procedimental sobre lo sustancial, sacrificando de esta manera la posibilidad que tenía la administración de contratar con personas que contaban con altas capacidades técnicas y económicas, pero al no cumplir, por ejemplo el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc., se veían estas propuestas enfrentadas a ser rechazadas por parte de las entidades estatales.

²⁷ Consejo Estado. Sentencia del 11 de mayo de 2015. Exp: 34.510.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de febrero de 2015. Exp: 30.161.

²⁹ Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.

³⁰ Por el cual se expiden normas sobre los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

Esta situación condujo a que la Constituyente del año 1991³¹ estableciera la necesidad de dejar de lado ese excesivo rigorismo y formalidad en la actividad contractual del Estado, estableciendo los principios que debían inspirar la función administrativa³², y la exigencia de que en todas las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procedimental³³.

Es así como, se abrió paso a la posibilidad de que en materia de contratación estatal hubiese lugar a la subsanabilidad de las ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209³⁴, del cual emana la idea según la cual existe prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, rompiendo de esta manera con la legalidad formal y fundando el ejercicio administrativo en principios.

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

*“4.2.2.- Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional³⁵, siendo estas: i) **Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común;** ii) **Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad;** y, por último, iii) **Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas.** Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.*

³¹ “(...) cuando se advierte que la Administración también está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1º, esto es, que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* y el artículo 2º a cuyo tenor se lee que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de abril de 2015. Exp.50219

³² Artículo 209 CN

³³ Artículo 228 CN

³⁴ *“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.”*

³⁵ Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

4.2.3.- Resulta claro, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción³⁶.³⁷ (negrilla fuera de texto)

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

“(...) 4.2.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.”³⁸.

4.2.5.- Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado³⁹, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación⁴⁰ de los contratos del Estado, la

³⁶ Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2º edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de abril de 2015. Exp.50219

³⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.

³⁹ “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302.

⁴⁰ Particularmente sobre la planeación esta Sala ha apuntado, entre otras, las siguientes consideraciones: “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1º de febrero de 2012, exp. 22464.

*precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general*⁴¹.

*4.2.6.- No otra cosa puede decirse en este punto cuando se advierte (además de lo dicho supra) la existencia de una disposición como la del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 a cuyo tenor se lee que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función pública”.*⁴²

Sobre los principios constitucionales que orientan la administración y la gestión pública, que deben ser los que guían a los agentes estatales a hacer cumplir la Constitución y la Ley, para que todas sus actuaciones redunden en provecho del interés general y de la comunidad, la Corte Constitucional ha señalado⁴³:

*“3.1 En cuanto a los **principios de eficacia y eficiencia**, la Corte ha afirmado en relación con el primero, que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la Constitución Política, especialmente “en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.”*⁴⁴ *En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye “una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo”.*⁴⁵ *Así mismo añade que “en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de `socialidad` del Estado”.*⁴⁶

Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro

⁴¹ “Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado artículo (...) es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer (...) la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional”. SANTOFIMIO GAMBOA, *l* concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. Op. Cit, p. 339.

⁴² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de abril de 2015. Exp.50219

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 826 de 2013.

⁴⁴ Sentencia C-469 de 1992.

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ Ibidem

*del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos - beneficios.*⁴⁷

(...)

*En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades debe ser un fin para las mismas, es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo.*⁴⁸

En síntesis, esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto ha señalado que la eficacia, hace relación "...al cumplimiento de las determinaciones de la administración" y la eficiencia a "...la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos".⁴⁹ En este sentido, ha sostenido que estos dos principios se orientan hacia "la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones".⁵⁰ (Resalta la Sala)

3.2 En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que éste implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general.⁵¹

Igualmente ha señalado esta Corporación, que este principio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política, en el cual se señala que las autoridades de la Nación tienen la obligación de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, lo cual encuentra desarrollo en artículo 209 Superior al declarar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales entre los que se destaca el de la celeridad en el cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración pública.

⁴⁷ Ver Sentencia C-479 de 1992

⁴⁸ Sentencia T-733 de 2009.

⁴⁹ Sentencia T-321 de 1999.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ver Sentencia T-731 de 1998.

3.3 Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que **los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2⁵², de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores⁵³.**

El principio de moralidad en la administración pública cobija todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas⁵⁴. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto “el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el **cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 291, 292 C.P.) (...)**

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

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

(...)

⁵² Consultar la Sentencia C-988 de 2006.

⁵³ Ver Sentencia C-561 de 1992.

⁵⁴ Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

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

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

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

*“La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la **capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales.**”⁵⁵ (Resaltado de la Sala)”*

Cuanto precede encuentra correspondencia desde una perspectiva convencional, pues sobre el particular se tiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el artículo 8 establece garantías que son aplicables a todo tipo de procedimientos, sean estos de naturaleza judicial o administrativa⁵⁶. Específicamente ha sostenido que dichos órganos *“tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”*⁵⁷ o que *“las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”*⁵⁸, lo cual encuentra sustento, también, desde la perspectiva de los artículos 1.1⁵⁹ y 2⁶⁰ de la Convención, que concierne a los deberes del Estado de

⁵⁵ Sentencia T-068 de 1998.

⁵⁶ “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.” Caso Baena Ricardo c. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Igualmente, en el caso Claude Reyes c. Chile, en sentencia de 19 de septiembre de 2006, la Corte sostuvo: “El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.”

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein c. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Claude Reyes c. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

⁵⁹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 1º. Obligación de Respetar los Derechos (...) 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 2º. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

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

En este contexto, se tiene que los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva; igualmente, se destaca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que *“se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”* (Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987); y comentando el artículo 25 de la Convención ha señalado que *“La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”* (Caso Castillo Páez c. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, entre otros casos); pues en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o administrativos, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos⁶¹.

De esta manera, se le impone a la administración la carga de que su actuar esté basado en una legalidad de carácter material y no meramente formal, ya que tal circunstancia constituye garantía para los administrados de que siempre los funcionarios estatales estarán en la búsqueda del interés general⁶² y de los fines

⁶¹ Véase Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002

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

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

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

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.”⁶²Ver CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de abril de 2015. Exp.50219

esenciales del Estado, y no de intereses de carácter particular que pueden afectar a la comunidad en general⁶³.

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

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

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

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

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

Por otra parte, la anterior normativa (Decreto 01 de 1984) también se había ocupado de establecer el principio general de las actuaciones administrativa, señalando que estas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, a la adecuada prestación de los servicios

⁶³ Sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal ver la sentencia del 25 de enero de 2015. Exp: 20.507.

públicos y por último, a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley⁶⁴.

De igual forma, en el artículo 3, se desarrollaron los principios específicos que deben orientar las actuaciones administrativas las cuales deben orientarse a cumplir con los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de este marco general.

2.2.3) Fundamentos legales (normas contractuales).

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

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

Así se deduce de lo prescrito por el artículo 23⁶⁵ del Estatuto General de Contratación Estatal, en donde se consagraron los principios de transparencia, economía y responsabilidad como inspiradores de las actuaciones de quienes intervengan en los procesos contractuales de las entidades estatales, esto acorde con los postulados sobre el ejercicio de la función administrativa.

⁶⁴ Art. 1 Decreto 01 de 1984

⁶⁵ Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

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

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

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

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.”⁶⁶

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

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

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315.

*comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos*⁶⁷”.

Ya ha dicho la Corte Constitucional que frente a la interpretación de las normas jurídicas se impone a los operadores jurídicos el deber de no seguir aquellos entendimientos que lleven a un absurdo o que contraríen la finalidad objetiva que se persigue; siendo necesario, *“buscar el sentido razonable de la disposición dentro de un contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática – finalísima”*⁶⁸, al igual que esta Corporación ha defendido la necesidad de llevar a cabo aplicaciones razonables del ordenamiento por parte de los operadores jurídicos; así, en auto de 19 de mayo de 2014, se sostuvo:

“7.4.2.- En cuanto al deber de motivación de las decisiones que adopten las autoridades administrativas se tiene que la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la configuración de esta exigencia se ajusta a la cláusula de Estado de Derecho, el principio del debido proceso administrativo, el principio democrático y el de publicidad⁶⁹; así mismo, ha llamado la atención sobre el hecho de que no se trata de cualquier tipo de motivación sino que ésta debe satisfacer rigurosos requerimientos como es el hecho de mostrar una justificación interna y otra externa⁷⁰, que hagan ver que la decisión además de ser racional satisface los postulados de la razonabilidad; en términos del Tribunal Constitucional: “deberá basarse en una evaluación que contenga razones y argumentos fundados no sólo en reglas de “racionalidad”, sino también en reglas de carácter valorativo, pues con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, y con la “razonabilidad” se pretende evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden parecer lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.”⁷¹

7.4.3.- En este orden de ideas, la labor de interpretar el ordenamiento jurídico y justificar la toma de decisiones se concibe como un ejercicio complejo consistente en el ofrecimiento de las mejores razones en apoyo de una determinada postura jurídica. Así, la interpretación es inacabada, evolutiva y constructiva⁷², (por oposición a aquellas posturas que la

⁶⁷ Inciso 2° derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-011 de 1994.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010. Reiterado en T-204 de 2012, entre otras. En esta última se indicó: “Derivado de lo anterior, la motivación de los actos administrativos proviene del cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder. De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico.”

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-472 de 2011.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-472 de 2011.

⁷² Este es el punto de vista defendido por R. Dworkin, para quien la interpretación es un proceso continuo donde el Juez debe tener en consideración crítica la cadena interpretativa que le precede para resolver un asunto, comoquiera que debe tener empeño en hacer mejorar progresivamente la práctica jurídica. Sostiene dicho autor: “Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a

consideran como una mera aprehensión de un significado previo dado por el creador de la disposición).

7.4.4.- Lo anterior encuentra pleno sentido cuando se entiende que los jueces y los funcionarios administrativos, quienes tienen poder decisorio, tienen la obligación jurídica y política de erradicar la arbitrariedad en la toma de decisiones⁷³; razón por la cual ellos y, en general, todos los partícipes de la práctica jurídica tienen la obligación de fundamentar de manera racional y razonable las posturas que defienden; más aún cuando, en la mayoría de los casos, es claro que la adopción de una decisión jurídica no se sigue lógicamente a partir de un ejercicio de subsunción de una norma jurídica en un caso concreto⁷⁴.

7.4.5.- Es por esta razón que se ha dicho que la formulación de argumentos jurídicos consistentes pueden ser explicados a partir de un método de doble razonamiento, comoquiera que debe existir una justificación externa⁷⁵, en donde el operador proponga a la luz del ordenamiento vigente la fundamentación de las premisas mayores que empleará como referente normativo para adoptar la decisión; mientras que, hecho lo anterior, deberá exponer una justificación interna⁷⁶, que implica la aplicación lógico deductiva de las premisas mayores a los hechos que se encuentran acreditados en un caso. Este último punto puede revestir las características propias de un razonamiento estructurado como un silogismo, por lo cual son plenamente aplicables los argumentos lógico deductivos así como sus respectivas falacias.

7.4.6.- Al hilo de esta última consideración, es importante resaltar que las decisiones judiciales adoptadas deben satisfacer una pretensión de corrección, la cual consiste en que lo decidido debe considerarse, sin más, como racionalmente fundamentado a la luz del ordenamiento jurídico

su labor de hoy. “debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.”. DWORKIN, Ronald. “Cómo el derecho se parece a la literatura” En: RODRÍGUEZ, Cesar (Ed.) La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997, p. 167.

⁷³ “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.”. AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

⁷⁴ Son acertadas las palabras de Larenz quien afirmó que “ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”. ALEXANDER, Robert. Op. Cit, p. 23. De esta postura es partícipe Nino quien afirmó que “la tarea de precisar los textos vagos o ambiguos, eliminar las lagunas y las contradicciones, determinar los precedentes relevantes, etc., por lo común no está guiada por reglas precisas de segundo nivel y, cuando lo está, (...) no es infrecuente que se tropiece con reglas competitivas que aportan soluciones divergentes.”. NINO, Carlos Santiago. Op. Cit, p. 293.

⁷⁵ “El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo.” ALEXANDER, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica ... Op. Cit, p. 222.

⁷⁶ “En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas. (...) Los problemas ligados con la justificación interna han sido discutidos bajo el rótulo de “silogismo jurídico”.” ALEXANDER, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Op. Cit, p. 214.

vigente⁷⁷. Su justificación reside en el hecho de que un ordenamiento jurídico⁷⁸ y las decisiones de sus operadores debe aspirar a ser justos, de modo tal que si, por ejemplo, una decisión falta a esa pretensión ello “no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente”⁷⁹.⁸⁰

En armonía con lo dicho, el artículo 30 numeral 7 establece la manera de cómo deben estructurarse los procesos de selección, al señalar que: “De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia⁸¹, 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”.

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

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se estableció un nuevo criterio de subsanabilidad que se encuentra consagrado en el artículo 5 parágrafo 1, el cual establece que: “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. **En consecuencia, todos aquellos requisitos de la**

⁷⁷ “No se pretende que el enunciado jurídico sea sin más racional, sino sólo de que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado.” Teoría de la argumentación, Op. Cit, p. 208. Sobre este punto Aarnio sostiene: “Muy a menudo, la justificación se refiere - y tiene que referirse - a diferentes tipos de razones materiales, o bien a razones teleológicas o a razones de corrección. En la práctica, esto significa, entre otras cosas, que el derecho tiene que estar conectado con valores y valoraciones. Dicho brevemente: existe una combinación entre derecho y moral. Este mismo rasgo impone precondiciones especiales a la teoría moderna de la interpretación jurídica.” Aarnio, Aulis. Lo racional como razonable. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 15.

⁷⁸ “La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material.” ALEXYS, Robert. El concepto y validez del derecho. 2º edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, p. 21.

⁷⁹ ALEXYS, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica ... Op. Cit, p. 209.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente de 19 de mayo de 2014, exp. 50219.

⁸¹ La expresión "Términos de referencia" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. *No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”* (subrayado y negrillas fuera de texto)

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

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

Posteriormente a la expedición de la Ley 1150 de 2007, se promulgaron una serie de decretos reglamentarios que restringían la posibilidad de subsanar la oferta, limitando por ejemplo, la oportunidad de aportar los documentos que subsanaran la falta de capacidad para presentar la oferta, o la posibilidad de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco adicionar o mejorar el contenido de la oferta.

Tales decretos, son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

Las herramientas antes mencionadas, han sido puntuales, circunscritas a casos concretos que fueron sometidos a revisión, sin negar que cada uno de los fallos proferidos en el tema aportan elementos importantes para la reconducción objetiva de los procesos contractuales.

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

1. Sentencia del 26 de febrero de 2011⁸², en esta sentencia se estudió el último inciso del artículo 10 del Decreto Reglamentario No. 2474 del 7 de julio de 2008, “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección

⁸² Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 36.408. “(...) Sin embargo, debe precisarse que en sede de la contratación estatal la ley emplea la expresión “capacidad jurídica” con un sentido mucho más amplio que el que tiene en el derecho privado. En efecto, habida cuenta de la satisfacción del interés público que persigue la contratación pública y del imperio de los principios de igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad, economía, eficacia y celeridad, la “capacidad jurídica” en la contratación estatal se integra por otro elemento como lo es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. (...) Con otras palabras, según esta disposición sólo estará habilitado para participar en el proceso de selección aquel proponente que tenga capacidad jurídica y las calidades suficientes para la ejecución del objeto contractual, tales como experiencia, capacidad financiera, capacidad de organización y capacidad técnica. Y es que si lo que se persigue mediante la actividad contractual del estado es la pronta y eficaz prestación del servicio público, resulta obvio que es trascendente para este propósito exigir que quien ofrezca colaborar contractualmente con la entidad estatal, no solamente tenga capacidad jurídica sino que también ostente la experiencia y las condiciones técnicas, financieras y de organización administrativa suficientes para ello, pues así, y sólo así, podrá ser satisfecho plenamente el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos. Ahora, como todas estas son condiciones que se refieren a la persona del oferente y que determinan si puede concurrir al proceso de escogencia, es por lo que precisamente no conceden puntaje, exceptuada, por supuesto, la hipótesis prevista en el numeral 4° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. **2.6.1** Pero el proponente no sólo debe tener la capacidad jurídica y las condiciones suficientes para ejecutar el objeto contractual sino que también debe demostrarlas acreditando todos los elementos integrantes, salvo aquellos respecto de los cuales la ley establezca una presunción de existencia. Por esta razón es que el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 hace referencia a la verificación de tales condiciones. **2.6.2** Por regla general el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007 obliga a todas las personas que pretendan contratar con las entidades estatales a que se inscriban en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio de su domicilio principal. Al inscribirse, cada proponente necesariamente hará constar lo atinente a su capacidad jurídica y a sus condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, se clasificará y se calificará, todo de acuerdo con la documentación que debe presentar como soporte de la información que ha consignado, correspondiéndole entonces a la respectiva Cámara de Comercio hacer la verificación documental de la información aportada. (Numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007). Hecha la inscripción, la demostración de la capacidad jurídica y de las condiciones de los proponentes sólo puede hacerse con la certificación que se expida con fundamento en el registro Único de Proponentes y ese certificado será plena prueba de tales condiciones, razón por la cual “las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.” (Inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007). (...) Esta capacidad debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, según se desprende de lo preceptuado por el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 al señalar que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, pues si, contrario sensu, quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta. Pero además debe probarse, y como quiera que las circunstancias inherentes a la capacidad jurídica del proponente son materia del Registro Único de Proponentes y de verificación documental por parte de la correspondiente Cámara de Comercio, resulta que se prueba plena y exclusivamente con el correspondiente certificado del RUP y que las entidades estatales no podrán exigir, ni los proponentes aportar, ninguna otra documentación relacionada con ella, tal como se desprende de lo previsto por el inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007. Ahora, como la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, es consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. (...) En efecto, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para la participación en el proceso de selección y en parte alguna la ley está permitiendo que quien carezca de capacidad jurídica pueda presentar una propuesta y quede entonces facultado, hasta el momento de la adjudicación, para que adquiera la capacidad y se habilite retroactivamente como proponente”.

objetiva, y se dictan otras disposiciones, de donde surgió la siguiente regla y subregla:

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

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

2. Sentencia del 14 de marzo de 2013⁸³, en donde la Corporación se encargó de analizar la posibilidad de rechazo o excusión de la oferta que tienen las

⁸³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 14 de marzo de 2013. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp: 24.059. “(...) Sobre el particular se debe tener presente que en su texto original, la Ley 80 se ocupó de regular, de manera expresa y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, sin dejar espacio en esa materia a la creatividad de las decisiones provenientes de las autoridades administrativas, todo de conformidad con el inciso 2° del numeral 15 de su artículo 25, cuyo tenor era el siguiente: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Así pues, en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que sí fueran necesarios para la comparación de propuestas, servirían de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. (...) Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2° del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5° de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones: PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. (Se deja subrayado). No sobra subrayar que el rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos). Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas como las que aquí se han venido revisando y que enseguida se puntualizarán de manera sistemática, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad. En cualquier caso debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, debetán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta. Así podrá entonces el oferente afectado disponer de la oportunidad efectiva –como la que constituye el traslado de los 5 días a que hace referencia el artículo 30-8 de la Ley 80– para pronunciarse acerca de las circunstancias por las cuales habría lugar a su

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

A. Regla general:

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

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

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

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

5. No se podrán subsanar las ofertas y por el contrario dará lugar al rechazo de las mismas por parte de las entidades estatales, en los

rechazo o exclusión y, por tanto, podrá aportar argumentos y elementos de juicio que permitan a la entidad estatal contratante escuchar al interesado y examinar con detalle la situación, para posteriormente adoptar la decisión final que corresponda. (...)

siguientes supuestos: 5.1) Cuando el proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; 5.2) Cuando el respectivo proponente no cumpla con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; 5.3) Cuando se verifique la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que en realidad sean necesarios, esto es, forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, 5.4) Cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

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

3. Providencia del 26 de febrero de 2014⁸⁴, en donde la Subsección C se encargó de hacer un recuento normativo sobre la posibilidad de subsanar las ofertas y precisó las siguientes reglas y subreglas:

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 26 de febrero de 2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 25.804. “(...) Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones⁸⁴-, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden “definitivo” y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que: “Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...) “Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. **En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.**” (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

A. Regla general:

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

propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”. En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, los que “... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.” Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás. A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación. No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; (...) Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente. En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054- expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir⁸⁴. “A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.” Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación”.

de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general.

3. Son subsanables los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas: aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. (Decreto 1150 de 2007)

4. Pregunta que debe hacerse para determinar lo subsanable o insubsanable a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente. (Artículo 5, parágrafo, de la Ley 1150 de 2007).

B. Subreglas:

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

2. Requisitos no subsanables de la propuesta - otorgan puntaje en la evaluación: 2.1. La falta de precio de un ítem, 2.2. La omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc.

4. Sentencia del 12 de junio de 2014⁸⁵, en donde la Corporación analizó si la existencia de un paz y salvo era requisito suficiente para rechazar de plano

⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de junio de 2014. C.P: Enrique Gil Botero. Exp: 21.324. “Como se aprecia, del contenido y alcance de las normas citadas se pueden extraer varias conclusiones relacionadas con la potestad de la administración contratante de rechazar las propuestas y, por lo tanto, de impedir su evaluación: i) sin importar si el requisito es subsanable o insubsanable, es importante garantizar el principio - derecho constitucional al debido proceso, en aras de que se permita controvertir las decisiones adoptadas, ii) los requisitos predicables respecto de los proponentes y la oferta pueden ser de tres tipos, clases o naturaleza, esto es: **subjetivos** que atienden a las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; **objetivos** que se refieren a aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., que permiten ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión, y **formales** que atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal, iii) en relación con los requisitos simplemente formales, que pueden ser subsanados en los términos del artículo 25.15 de la ley 80

la oferta presentada por uno de los proponentes, concluyendo que la entidad demandada desbordó sus facultades de rechazo de las ofertas al descartar al allí demandante. La anterior posición, dispuso las siguientes regla y subregla:

A. Regla general:

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

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

5. Sentencia del 12 de noviembre de 2014⁸⁶, donde se reiteró lo dicho en la sentencia anterior y se hizo especial referencia a la posibilidad de subsanar

de 1993, es posible que se otorgue un plazo razonable al proponente para que corrija el mismo, al tenor de lo establecido en el artículo 30.7 ibídem. Esta lógica principialística, estructurada en el derecho que tienen los proponentes de enmendar los requisitos simplemente formales que no tienen incidencia en la calificación y evaluación objetiva de las propuestas, fue desarrollada por un fallo proferido por esta misma Subsección del 26 de febrero de 2014 (...) De modo que, el objetivo de la ley 80 de 1993 fue establecer, precisamente, un estatuto contractual de la administración pública basado en principios, de tal forma que se permitiera la ponderación de esos mandatos de optimización y a las entidades contratantes elaborar y desarrollar procesos de selección –que con independencia al carácter reglado que se deriva del principio de planeación– fueran más ágiles y dinámicos sin caer en la excesiva reglamentación, detalle y direccionamiento. Por lo tanto, los principios de economía y de selección objetiva se articulan para garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una ultima ratio⁸⁵”.

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. C.P: Carlos Alberto Zambrano. Exp: 29.855. “Lo anterior permite afirmar que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues

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

A. Regla general:

1. Reiteración de la sentencia del 26 de febrero de 2014, Exp.25.804. Posición que puede ser resumida en el criterio según el cual, defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones -, sin exceder del día de la adjudicación.
2. La administración, tiene la posibilidad de solicitar a los oferentes dentro de la etapa de evaluación de las ofertas, que aclaren y/o expliquen el contenido de algún aspecto de la propuesta, bien porque no es claro, porque es inconsistente o en definitiva, confuso.
3. No cualquier desviación de la oferta con relación a lo contenido en el pliego, justifica su rechazo.
4. La falta de claridad no supone, per se, un problema de subsanabilidad de la oferta; aunque en ocasiones conduce a aplicarlo.
5. Los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella.

B. Subreglas:

1. Los requisitos que facilitan la evaluación de las propuestas, como la exigencia de entregar la propuesta en original o dos copias y/o formularios exigidos por la entidad, no pueden conducir al rechazo de la oferta.

todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo. La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado⁸⁶, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables. (...) Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...) Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “subsanar”, enmendar o rectificar. Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala-.”

2. Algunos de los requisitos de carácter formal que pueden ser subsanados por los oferentes y que no constituyen causal de rechazo de la oferta son por ejemplo, la tabla de contenido, el foliado y/o no aportar los documentos en el “orden” exigido.

3. La modificación de los bienes, especificaciones técnicas o cantidades de obra conduce al rechazo de una propuesta cuando no se ofrece lo requerido por la entidad, lo que evidentemente representa un incumplimiento sustancial del pliego y no hay lugar a la subsanabilidad.

6. Sentencia del 12 de noviembre de 2014⁸⁷, en donde se estudió si la falta de claridad frente a la facultad de contratar otorgada por el órgano social de

⁸⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp: 29.855. “Particularmente, en el marco de la actividad contractual el principio de transparencia tiene distintas manifestaciones que, por cierto, han sido decantadas por la jurisprudencia de esta Corporación, entre las cuales se cuentan la obligación de la entidad pública de indicar en los pliegos de condiciones: **(i) los requisitos mínimos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección y (ii) las reglas objetivas justas, claras y completas que permitan confeccionar los ofrecimientos y aseguren la escogencia objetiva del contratista (artículo 24, numeral 5, literales a y b, de la Ley 80 de 1993).** Surge de dichas preceptivas una primera distinción entre los requisitos que miran las condiciones de los oferentes, denominados **requisitos habilitantes**, y los que califican la propuesta (no al proponente) que son los llamados **factores de escogencia** y que, por cierto son los únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación. (...) El citado artículo 29 fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y aunque este último conservó el criterio general que informa el deber de selección objetiva, esto es, que la escogencia se realice a la oferta más favorable a la entidad pública y a los intereses que ella busca, desprovisto de razones de afecto o de interés particular y, en general, de cualquier consideración subjetiva, el legislador modificó las formas de concreción del mencionado deber para hacer más específicos los postulados que garantizan su cumplimiento. Bajo esta óptica, el recién mencionado artículo 5: (i) distinguió expresamente entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, (ii) señaló que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados⁸⁷, (iii) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, (iv) estableció que son requisitos habilitantes la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y (v) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia⁸⁷), bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje. La norma en cita: (i) dejó claro, pues, que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección y que los factores de ponderación están relacionados con la propuesta y (ii) limitó la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas, lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993; pero, como se dijo en precedencia, dejó a salvo algunos procesos de selección en que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de esos requisitos habilitantes sean calificados. (...) Esta última parte de la norma fue adicionada por el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para señalar que “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación ...”⁸⁷, salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Lo anterior permite afirmar que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo. La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado⁸⁷, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje;

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

A. Regla general:

1. Distinción entre requisitos habilitantes y factores de escogencia, los primeros se refiere a las condiciones de los oferentes, sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados, deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de

por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables. Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó recientemente que, a la luz de esta última disposición (Ley 1150 de 2007), "... la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc. ..."⁸⁷ (subraya fuera del texto), por vía de ejemplo, son subsanables, porque no otorgan puntaje. (...) No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados. En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones (art. 30, num. 6, Ley 80 de 1993); por ende, al momento de presentar la propuesta se deben cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación (requisitos habilitantes) y se deben aportar los documentos que, atendiendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, establezcan los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende celebrar, para que la propuesta, en su integridad, pueda ser analizada y evaluada por la administración eficazmente y con austeridad de medios y de gastos (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993). Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones. (...) En ese orden de ideas, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección. Lo anterior, por cuanto, además de lo anotado en párrafos anteriores, al momento de presentar su oferta el participante se obliga irrevocablemente con la administración a que, de adjudicársele el proceso celebrará el contrato, de suerte que es en ese instante cuando se comienza a estructurar el proyecto de negocio jurídico al que las partes (administración y oferente) pretenden llegar. Eso se traduce en que si, por ejemplo, al momento de presentar la propuesta el oferente carecía de capacidad legal y, a la sazón, resulta adjudicatario, no hay forma de que pueda exigírsele suscribir el contrato, pues para la fecha en que se obligó a ello no tenía la aptitud jurídica para contraer obligaciones. Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de "subsanar", enmendar o rectificar. Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala-."

los proponentes y los segundos, son los que califican la propuesta (no al proponente) que por cierto son los únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007)

2. Lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes; pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

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

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

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

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

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

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

B. Subreglas:

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

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

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

7. Sentencia del 13 de febrero de 2015⁸⁸, se analizó si la ausencia de inscripción del revisor fiscal en el certificado de existencia y representación y que los documentos allegados para demostrar los estados financieros básicos no estuvieran firmados por un revisor fiscal, son elementos suficientes para descalificar a un proponente. Para lo cual señalaron las siguientes reglas y subreglas:

⁸⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de febrero de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 30.161. “(...) Con todo lo expuesto se tiene que por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas⁸⁸. Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas. En éste orden de ideas, se debe realizar una distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones que son aquellos que sí lo son; de forma tal que se entienda que el incumplimiento de aquellos no conduce al rechazo o exclusión de las propuestas y por lo tanto son subsanables; y que el incumplimiento de éstos si conduce al rechazo o exclusión de éstas y que por lo tanto no son subsanables. Al respecto, se ha señalado que existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales que “atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”⁸⁸. Luego, si lo que ocurre es que en un determinado proceso de selección una de las sociedades integrantes de un consorcio proponente no allega sus estados financieros debidamente certificados y dictaminados cuando así lo exige la ley, no puede entenderse que éste sea un requisito meramente formal susceptible de ser subsanado, pues su cumplimiento le permite a la entidad estatal evaluar y calificar, con base en parámetros objetivos, la capacidad financiera del proponente, lo que hace que se constituya en un requisito sustancial para realizar un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas presentadas, cuyo incumplimiento conduce indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta”.

A. Regla general:

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

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

8. Sentencia del 11 de mayo de 2015⁸⁹, en la cual se analizó si la no presentación de las declaraciones de renta dentro de un proceso de licitación constituye una causal suficiente para rechazar la oferta de un proponente. Así, se estableció la siguiente regla:

⁸⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 11 de mayo de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 34.510. “*Ahora bien, la “ley establece los criterios para la determinación de los factores de escogencia y de calificación, haciendo diferencias entre reglas de simple verificación de requisitos y reglas para la determinación de factores de escogencia e, igualmente, determinando los parámetros sobre los cuales se pueden considerar objetivamente los ofrecimientos más favorables a la entidad. El anterior marco de reglas se hace acompañar con algunas otras relativas a la posibilidad de subsanabilidad de deficiencias de las propuestas, haciendo predominar lo sustancial sobre lo estrictamente formal y habilitando en consecuencia a la administración para que soliciten todo aquello que consideren vital para la debida conformación de las propuestas presentadas oportunamente. En la realidad de las cosas, se observa con la incorporación de esta regla, una inversión en las cargas de corrección de las propuestas, esto en la medida en que corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas, exigiendo lo que considere faltante dentro del ámbito de lo factible de solicitar. Lo no solicitado por la administración de hecho queda subsanado”.*”

A. Regla general:

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

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

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

A. Reglas generales:

1. La subsanación de las ofertas por parte de un proponente, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial.
2. La estructuración de las propuestas es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad, quien también tiene la carga de que el contenido de los mismos, se fundamente en reglas objetivas claras y justas que conduzcan a ofrecimientos de la misma índole en el escenario del proceso de selección.
3. La subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, si no por el contrario debe ser considerada de tipo excepcional, de allí que la

confección de los pliegos de condiciones revista suma importancia en el señalamiento de criterios técnicos, financieros y jurídicos, que permitan realizar una comparación objetiva de las propuestas.

4. La subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente.
5. La posibilidad de corregir los errores de la oferta ante la entidad estatal al ser un derecho, es de obligatorio cumplimiento para la administración, razón por la cual su desconocimiento dará la posibilidad al oferente de acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento. Es decir, que la inactividad de la administración no debe afectar al oferente, por el contrario, ante el silencio de la entidad se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento del rechazo o descalificación de la propuesta.

B. Subreglas:

1. La no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para comprometer hasta por determinada cuantía a la persona jurídica, según el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con la capacidad jurídica para la presentación de la oferta.
2. Una cosa es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, caso en el cual no habrá lugar a la subsanabilidad de este defecto por cuanto constituye un requisito habilitante del oferente, y otra cosa, es que el representante legal, que se encuentra en ejecución de un contrato de mandato presente limitación en el monto para comprometer a su representada, caso en el cual la autorización dada por el órgano social competente, es prueba suficiente para que se comprometa a la sociedad, situación que puede ser ratificada en el término que indique la administración pero antes de la suscripción del contrato.

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

3) La capacidad de jurídica del representante de una sociedad.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha encargado de definir la capacidad jurídica y de ejercicio de que gozan las personas naturales y jurídicas, así lo hizo en sentencia del 8 de febrero de 2012⁹⁰:

“4.1. En cuanto al primer aspecto, es menester recordar que como todo contrato para la plena producción de sus efectos, el estatal, además de que debe reunir los requisitos para su existencia, requiere también que cumpla una serie de atributos necesarios para su validez. La validez indica la regularidad del contrato, esto es, que existiendo responde a las prescripciones legales, siendo uno de sus presupuestos precisamente la capacidad de los sujetos para contratar, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, cuya inobservancia conduce a la nulidad del contrato⁹¹.

La capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (art. 14 de la C.P.), pues todas la tienen por el sólo hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar o legal (inciso final art. 1502 C.C.), que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos.

La capacidad legal o de ejercicio es la que interesa para el estudio del cargo, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

*La ley presume la capacidad de las personas naturales, salvo cuando ella misma las tenga como incapaces⁹²; de todos modos es claro que para que las personas naturales puedan suscribir contratos estatales se requiere su mayoría de edad (Ley 27 de 1977), pues de lo contrario tendrían que actuar a través de otro; **la capacidad de las personas jurídicas (art. 633 C.C.) está relacionada con su objeto social, y tratándose de sociedades comerciales su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, en virtud del***

⁹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 8 de febrero de 2012. Exp.20.688.

⁹¹ “Artículo 1502. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.” La ilicitud del objeto y de la causa, la violación de una norma imperativa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento, error, fuerza y dolo (arts. 6, 1502, 1519, 1741, 1742 C.C., art. 899 C. Co.) En los artículos 44 a 46 de la Ley 80 de 1993 se acogieron las causales de nulidad absoluta y relativa del contrato previstas en derecho privado...”

⁹² La ley señala como incapaces a los dementes, los impúberes, los sordomudos, los disipadores en interdicción judicial (art. 1503 C.C.).

principio de especialidad consagrado en la legislación mercantil (art. 99 C.Co.)⁹³.

En materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad prescribe que: (i) “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”; (ii) “[t]ambién podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”; y (iii) “[l]as personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”.

Esta norma se aplica en consonancia con el artículo 8 ibídem y demás normas concordantes que establecen restricciones en la contratación estatal para la celebración de los contratos como son las inhabilidades e incompatibilidades, que se refieren a situaciones objetivas y subjetivas que implican una incapacidad especial, en tanto comportan una prohibición legal a determinadas personas para contratar con el Estado, con fundamento en el interés general. Así mismo, la Ley 80 de 1993 (art. 7) consagró las figuras de los consorcios y las uniones temporales a las que se les permite proponer, celebrar y ejecutar contratos, tal y como se menciona en el artículo 6 ibídem.

(...)

En suma, para la celebración de los contratos estatales es necesaria no solo la existencia de los sujetos o partes, particular y entidad pública, sino que éstas tengan capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que sean aptas para ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, sin autorización de otras.

La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si “quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta”⁹⁴, condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe

⁹³ “Artículo 99. <capacidad de la sociedad>. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”

⁹⁴ Así lo ha señalado al estudiar lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, que señala que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, y en la que agregó: “como quiera que las circunstancias inherentes a la capacidad jurídica del proponente son materia del Registro Único de Proponentes y de verificación documental por parte de la correspondiente Cámara de Comercio, resulta que será prueba plena y exclusivamente con el correspondiente certificado del RUP y que las entidades estatales no podrán exigir, ni los proponentes aportar, ninguna otra documentación relacionada con ella, tal como se desprende de lo previsto por el inciso segundo del numeral 6.1 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007.” Y añadió que, “aún en estos casos excepcionales en que las entidades estatales son las llamadas a verificar documentalmente las condiciones de los proponentes, la capacidad jurídica del proponente debe existir y se debe demostrar al momento de presentar la oferta porque es un requisito habilitante para poder participar en el proceso de selección y por ende tampoco puede postergarse en este caso, hasta el momento de la adjudicación, la existencia y la prueba de esa calidad.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2011. Exp. 36.408.

tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta⁹⁵.

Ahora bien, distinto de no ostentar capacidad jurídica y de ejercicio es que el representante legal, por ejemplo, en el caso de sociedades, tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, caso en cual no es válido señalar, a priori, que la persona jurídica carezca de capacidad para concurrir al negocio jurídico, teniendo en cuenta que la representación es una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer su capacidad legal". (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, queda claro que la capacidad jurídica que goza el representante legal de una empresa o sociedad está relacionada con su objeto social, lo que quiere decir que todos sus actos deberán estar encaminados al desarrollo del mismo, es por esto, que al momento de la presentación de una oferta ante una entidad estatal, lo que se deberá demostrar es la capacidad jurídica del representante, ya que esta constituye un requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

Otra cosa es que exista una limitación o restricción para el ejercicio de dicha capacidad, circunstancia que en principio no permite afirmar que el representante no podía celebrar un determinado negocio jurídico. Lo anterior, en virtud de la figura de la representación que “ *De esta sencilla noción se colige que la naturaleza de la representación estriba en el ejercicio por el representante de los derechos del representado, declarando su voluntad y radicando los efectos jurídicos de los actos que celebre con terceros en éste, dentro del límite de sus poderes. (...) En definitiva, la representación es el otorgamiento (por ley o convenio) de facultades a una persona para obrar en nombre de otro, permitiendo que en el mundo del derecho puedan actuar ciertos sujetos que en principio no podrían hacerlo, como los incapaces (menor de edad, interdictos etc.) y **las personas jurídicas, en este último caso bajo la denominación de representación legal; es decir, esta figura hace posible la capacidad de ejercicio de tales personas, pero, como quedó visto, no puede confundirse con ella***”⁹⁶.

Así pues, el representante legal actúa de conformidad con las atribuciones a él encomendadas y delegadas por la Junta Directiva a favor de la sociedad en virtud de contrato de mandato, el cual se ha definido por la Ley en el artículo 2142 del

⁹⁵ Íbidem.

⁹⁶ Ver Exp.20.688.

Código Civil, como aquel contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario. Y es precisamente esta bilateralidad necesaria para la conformación del negocio, la que se aprecia de manera clara cuando se expresa que el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario⁹⁷.

Por su parte, en materia mercantil el Código de Comercio en el artículo 1262, define el mandato como un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. Adicionalmente, indicó que el mandatario no podía exceder los límites del encargo, precisando que en el evento que los actos cumplidos se ejecuten más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.⁹⁸

Ahora bien, es necesario precisar que en el caso del mandato mercantil, el mandatario no lleva la representación del mandante, por cuanto mediante el acto de apoderamiento, se faculta al mandatario el poder actuar en representación del mandante. Entonces, en el mandato mercantil, para representar a otro, será necesario un acto de apoderamiento. Dicho acto de apoderamiento consistirá en otro negocio jurídico que puede ir acompañado de otros negocios jurídicos como el propio mandato.

Por lo tanto, el poder, consiste en la facultad de celebrar negocios jurídicos en nombre de otra persona y el apoderamiento es un acto jurídico por medio del cual se otorga la facultad a otra para representar a otro en los negocios jurídicos.

La doctrina ha señalado que: *“Establecido que dos sujetos entrelazan sus voluntades hacia un determinado fin, como un primer elemento configurante del negocio, se indica en las definiciones legales un segundo factor consistente en que ellas deben recaer sobre un objeto determinado, esto es, “la gestión de uno o más negocios” o “o uno o más actos de comercio”, lo que naturalmente supone la vinculación de un tercero en el negocio encomendado. Pero, no obstante estar reunidos el consentimiento y el objeto, aún no se puede perfeccionar el contrato de mandato porque es necesario complementar el objeto con la obligación del*

⁹⁷ Artículo 2150 C.C.

⁹⁸ Artículo 1266 C.Co.

mandatario de celebrar aquellos negocios “por cuenta y riesgo” del mandante, es decir, con afectación de su patrimonio (para el “idem placitum consensus”), ya que si el mandatario los celebra por cuenta suya, no habría hecho el mandante más que darle un consejo; y si los celebra por cuenta de otro, se trataría simplemente de la recomendación de negocios ajenos.”⁹⁹

Del mismo modo, sucede con el mandato mercantil aunque no se diga expresamente que es a riesgo del mandante, debe entenderse que así lo es, ya que en todo negocio donde exista sustitución siempre se verá inmersa la contingencia de pérdida o daño, por el ejercicio de una actividad patrimonial.

Ahora bien, como características relevantes de este tipo de contrato, podemos decir, que es típico, es un negocio de sustitución, es principal, no es preparatorio, es consensual, es naturalmente oneroso pero puede pactarse que sea gratuito, es bilateral, de cooperación en beneficio del mandante y de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.¹⁰⁰

El mandato, comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello, y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato¹⁰¹. El encargo, deberá ejecutarse teniendo en cuenta que el mandatario no podrá por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante¹⁰².

Así mismo, es necesario tener en cuenta que en la ejecución del mandato, el mandatario puede aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante, con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato. Por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia¹⁰³. Es por esto, que se establece la

⁹⁹ ESCOBAR, Sanín. Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales. I – Negocios de Sustitución. Universidad Externado de Colombia. 1985

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Artículo 2160 del Código Civil.

¹⁰² Artículo 2170 del Código Civil.

¹⁰³ Artículo 2173 del Código Civil.

prohibición al mandatario de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante¹⁰⁴.

4) El caso concreto.

Para empezar el análisis del caso concreto, es necesario precisar como se indicó en párrafos precedentes que el estudio que realizará la Sala será en el orden en que el recurrente expuso los cargos en el escrito de apelación, así:

1. Primer cargo.

El primer cargo planteado por la parte recurrente, consiste en controvertir la legalidad del acto administrativo que adjudicó la Licitación Pública No.02 de 2005 a la empresa SERVIPSA S.A., por cuanto en su criterio el gerente de la entidad no contaba con la facultad de contratar en la cuantía de la licitación, circunstancia que ameritaba que se rechazara de la propuesta presentada.

Adicionalmente, señala que la entidad contratante condicionó la adjudicación del proceso licitatorio a que SERVIPSA S.A. aportará acta emanada de la Junta Directiva en donde se otorgara la facultad de contratar por la cuantía de la licitación, hecho que en su criterio constituyó una violación del estatuto social de la empresa y del artículo 187 del Código de Comercio, más aún, si se tiene en cuenta que se trata de una licitación pública donde se debían cumplir unas etapas que eran preclusivas, es por esto, que considera que el plazo otorgado por la Beneficencia de Cundinamarca para subsanar la propuesta fue contrario a la Ley.

Así las cosas, se le plantean a la Sala dos problemas jurídicos, el primero de ellos, consiste en determinar si por el hecho de que la autorización dada por la Junta Directiva al representante legal de SERVIPSA S.A. no contuviera de manera específica la facultad para contratar en la cuantía de la licitación al momento de la presentación de la oferta, constituye un requisito de carácter subsanable o insubsanable, y en segundo lugar, si al haberle otorgado un plazo adicional para aportar el acta que precisaba la facultad constituyó un condicionamiento para la adjudicación de la Licitación Pública No.02 de 2005, contraria a la Ley.

¹⁰⁴ Artículo 2175 del Código Civil.

Para resolver el cargo planteado, se tendrán en cuenta las reglas y subreglas planteadas en el punto 2.2.4 numeral 9 y lo esbozado en el tercer acápite de la parte considerativa de esta providencia.

Así, se concluye que una cosa es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, caso en el cual no habrá lugar a la subsanabilidad de este defecto por cuanto constituye un requisito habilitante del oferente, y otra cosa, es que el representante legal, que se encuentra en ejecución de un contrato de mandato presente limitación en el monto por el cual puede comprometer a su representada, caso en el cual la autorización dada por el órgano social competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general), obligará a la sociedad en la presentación de la propuesta y en la firma del contrato, es decir, que esta circunstancia es subsanable y no implica el rechazo de la misma.

En otros términos, la no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.)¹⁰⁵, para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior)¹⁰⁶, dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso

¹⁰⁵ C. Co. “Artículo 844. La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros.”

¹⁰⁶ Esta tesis fue acogida por la Sección Tercera, la cual consideró que la norma citada de la Ley 80, según la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a su creación se refería a documentos o requisitos superfluos que no permitían a la administración desestimar la oferta, pero no la facultaba para solicitarlos y subsanar omisiones. Por eso, consideró que si el Estatuto General no establecía esta facultad para la administración, la omisión de estos requisitos no necesarios para la comparación, es decir, requisitos que no impiden la evaluación de las ofertas por versar sobre aspectos esenciales, no requeriría de subsanación dentro del proceso, sino simplemente daría lugar a no desestimar la propuesta, pues no todos los preceptos del pliego ostentan la misma categoría. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715 y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Y sobre la distinción de los requisitos y los factores de evaluación en otra oportunidad esta Sección señaló: “[L]os pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta. /Los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, esto es, una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad.” Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual “[/]a 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”; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta¹⁰⁷.

Para dilucidar el problema antes planteado, hay que señalar que se encuentra plenamente probado en el expediente, que el representante legal de la empresa adjudicataria actuaba como mandatario con representación, tal y como consta, en el certificado de existencia y representación, el cual señala lo siguiente:

“FACULTADES DEL REPRESENTANTE LEGAL: LA ADMINISTRACIÓN INMEDIATA DE LA COMPAÑÍA, SU REPRESENTACIÓN LEGAL Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS NEGOCIOS SOCIALES (...) EL GERENTE ES UN MANDATARIO CON REPRESENTACIÓN, INVESTIDO DE FUNCIONES EJECUTIVAS Y ADMINISTRATIVAS Y COMO TAL, TIENE A SU CARGO LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA COMPAÑÍA, LA GESTIÓN COMERCIAL Y FINANCIERA, LA RESPONSABILIDAD DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA, LA COORDINACIÓN Y LA SUPERVISIÓN GENERAL DE LA EMPRESA, LAS CUALES CUMPLIRÁ CON ARREGLO A LAS NORMAS DE ESTOS ESTATUTOS Y A LAS DISPOSICIONES LEGALES, Y CON SUJECCIÓN A LAS ORDENES E INSTRUCCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA (...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así mismo, se encuentra probado con el certificado de existencia y representación de la empresa SERVICIOS PSIQUIÁTRICOS S.A. –SERVIPSA–, de fecha 27 de junio de 2006¹⁰⁸, que el representante legal o gerente de la empresa debía pedir autorización a la junta directiva para celebrar contratos cuya cuantía fuese igual o superior a 100 SMLMV, así lo señala el documento:

“3.- (...) En todos los casos en que estos estatutos establecen limitaciones a las facultades de los administradores por razón de la cuantía de los actos o contratos, se entenderá que todos aquellos que versen sobre el

¹⁰⁷ Advertencia que se hace toda vez que actualmente el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 – que derogó el inciso 2° del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en el artículo 32 ibídem- reguló este aspecto con un sentido similar, más no igual, así: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización...” (se subraya). Como se puede apreciar, el primer segmento del artículo recoge lo expresado en la norma anterior de la Ley 80 de 1993, pero a diferencia de esta puntualiza su consecuencia en el sentido de que los requisitos que no afecten la asignación de puntaje, o sea aquellos no ponderables o esenciales o habilitantes, puedan ser solicitados por la entidad hasta la adjudicación, salvo para cuando se haga a través del mecanismo de subasta, caso en el cual se deberá hacer con antelación al comienzo de la misma.

¹⁰⁸ Fls.117-119 del Cuaderno 1.

*mismo negocio constituyen en solo acto o contrato para los efectos de la limitación aplicable. **Corresponde a la junta directiva autorizar previamente las operaciones que tengan por objeto:** (...) 4) Tomar dinero en mutuo en **cuantía igual o superior a cien (100) salarios mínimos mensuales** y **celebrar contratos, sea cual fuere su naturaleza, cuya cuantía sea o exceda de la indicada suma**, excepto los relacionados con la adquisición, venta o distribución de productos fabricados o distribuidos por la compañía, la adquisición de materias primas o materiales y el descuento de títulos valores o de créditos originados de las operaciones sociales, los cuales podrá celebrar o ejecutar el gerente ilimitadamente, sin necesidad de autorización previa de la junta (...)"*

Lo anterior, pone en evidencia que el gerente de SERVIPSA S.A. tenía limitado el ejercicio de su representación en la cuantía de 100 SMLMV, salvo las excepciones previstas, lo que significa que en principio la accionante tendría razón en afirmar que se están desconociendo los estatutos sociales de la sociedad; no obstante, como quedó dicho anteriormente, esta circunstancia constituye un requisito de carácter subsanable por parte del oferente, ya que en nada toca la capacidad jurídica con la que contaba el gerente de la empresa para celebrar negocios jurídicos en desarrollo del objeto social.

Ahora bien, la Sala encuentra que SERVIPSA S.A. subsanó mediante acta No. 40 del 12 de abril de 2005 la falencia del requisito referente al monto por el cual podía obligar a la sociedad en un proceso de contratación, de la cual se destaca lo siguiente:

"(...)

2. Ratificación de la autorización impartida a la representante legal mediante Acta No. 38 del 25 de febrero 2005, y autorización específica para la suscripción de los contratos adjudicados condicionalmente en la licitaciones públicas Nos. 01, 02 y 03 de 2005 por parte de la Beneficencia de Cundinamarca mediante resoluciones números 0176, 0177, 0178".¹⁰⁹

Por lo anterior, es dable concluir que no le asiste razón a la parte recurrente cuando afirma que la limitación frente a la cuantía de contratación que presentaba el representante de SERVIPSA S.A. en el certificado de existencia y representación de la sociedad, constituía una causal de rechazo de la propuesta, por cuanto el representante legal por el solo hecho de su condición de representante tiene per se, la capacidad de representación de la sociedad en ejercicio del mandato a él conferido, esto es, puede para realizar todos los actos

¹⁰⁹ Fls. 225-226 C. 4

tendientes o encaminados a cumplir con el objeto social, con miras a buscar el mejor provecho para los fines sociales.

Sin embargo, si existiera alguna duda sobre la capacidad del representante legal de la sociedad para obligar a la sociedad por el valor de la propuesta presentada en la licitación pública No. 02 de 2005, es preciso anotar que antes de la suscripción del contrato como lo señaló la resolución de adjudicación del proceso de selección, la sociedad adjudicataria debía presentar el acta de junta donde precisara el alcance de la facultad del representante legal en el citado proceso, documento que debería aportarse antes de la suscripción del contrato y así lo hizo el adjudicatario.

Ahora bien, tampoco es de recibo para la Sala la posición esbozada por la demandante, según la cual el haberle otorgado un plazo de dos días a la sociedad adjudicataria para que allegara el acta donde el órgano social autorizaba al representante legal a celebrar negocios jurídicos sin establecer una cuantía determinada, es una condición, por cuanto como quedó dicho, esta circunstancia constituye un requisito subsanable por parte del oferente y es la entidad la que determina el plazo que considera prudente para que se allegue el respectivo documento, pero eso sí antes de la firma del contrato¹¹⁰, sin que esto signifique desconocimiento alguno de los principios de la contratación estatal.

Es decir que, la adjudicataria cumplió a cabalidad con todos los requisitos mínimos exigidos en el pliego de condiciones para la celebración del contrato. Por lo tanto, el primer cargo impetrado por la parte recurrente no está llamado a prosperar, en consecuencia, pasa la Subsección a analizar el segundo de los cargos presentados.

2. Segundo cargo.

Este cargo impetrado por las Hermanas de la Caridad, está encaminado a cuestionar las conclusiones a las que llegó el Tribunal de primera instancia para desechar el dictamen pericial realizado por un perito contable y financiero sobre la capacidad financiera de SERVIPSA S.A., el cual concluyó que la capacidad de pago de la empresa era insuficiente para ejecutar el valor del contrato.

¹¹⁰ 13 de abril de 2005. Fl. 376 C.8

Para sustentar su disconformidad, la recurrente afirma que no es cierto que el perito no hubiese fundamentado sus conclusiones en pruebas fidedignas, ya que sí contó con los documentos necesarios para llegar a la conclusión de que la adjudicataria no contaba con capacidad financiera para atender la ejecución del contrato, luego de analizar los estados financieros de SERVIPSA S.A., es por esto, que considera que el *A quo* erró al descartar el dictamen y tener en cuenta la objeción por error grave hecha por la entidad demandada.

Así las cosas, el problema jurídico que se le plantea a la Subsección en este segundo cargo es determinar si tiene validez el dictamen pericial practicado a solicitud de la demandante, y que fue objetado por error grave por parte de la Beneficencia de Cundinamarca.

Para resolver el punto, la Sala hará una breve referencia a los criterios que debe tener el juez a la hora de analizar un dictamen pericial, es así como bajo los criterios de la sana crítica y libre valoración se hará el respectivo análisis.

Así lo ha manifestado esta Subsección:

“En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar, o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma”¹¹¹

Ahora bien, la Corporación frente al dictamen pericial ha señalado lo siguiente:

“En atención al principio de la valoración integral de la prueba que recoge nuestra codificación instrumental civil en su artículo 187, lo cual referido a esa sana crítica demanda que: “Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria”, e igualmente, en palabras del insigne tratadista en materias de pruebas y su valoración, profesor Dohring “... El juez no está atado a la concepción del perito; su deber es someterla a un concienzudo examen y sólo deberá aceptarla si lo convence plenamente”. Y es que de los testimonios y demás pruebas obrantes en el proceso, se colige sin esfuerzo alguno y con claridad meridiana, que el dictamen se quedó corto

¹¹¹ Consejo de Estado, auto del 3 de marzo de 2010 Exp. 37269

frente a la universalidad o tratamiento completo de la actividad médica, lo que hizo desequilibrar la objetividad del experticio al ocuparse sólo de una faceta dejando de lado la integralidad que demandaba el asunto sometido a estudio.”¹¹²

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala concluye que el dictamen presentado por el perito contador sobre los estados financieros de SERVIPSA S.A., no ofrece la suficiente convicción, por cuanto este debió ceñirse a verificar si la sociedad adjudicataria del proceso de selección cumplía con los requisitos mínimos financieros exigidos en el pliego de condiciones, y por el contrario, lo que se observa es que en sus apreciaciones se alejó completamente del criterio técnico – objetivo que debió inspirar su concepto, emitiendo juicios de valor que no le eran dables efectuar, circunstancia que le restó credibilidad y objetividad a la experticia.

Razón por la cual, en aplicación de los principios de la sana crítica y haciendo uso de la libre valoración con que cuenta el Juez, esta Subsección considera que el dictamen pericial practicado en primera instancia, no podía ser tenido en cuenta por el Tribunal y mucho menos por esta alta Corporación. De esta manera, se comparte lo dicho por el *A quo* al respecto:

“(...) Tal como se dejó anotado, la ausencia de pruebas que soportan el dicho del auxiliar de la justicia, implica la desestimación del grado de verdad de su conclusión al respecto. Por el contrario, la valoración que hizo como profesional contable, luego de aplicar las fórmulas matemáticas que le permitieran establecer los índices y los porcentajes exigidos en los ítems “razón corriente”, “nivel de endeudamiento” y “prueba ácida” o “razón de liquidez”, sí ayudan eficazmente a la toma de la decisión que corresponde en este punto a la Sala.

Se dijo, pues, en el dictamen, que Servipsa sí “cumple con las condiciones mínimas financieras exigidas por la Beneficencia de igual o mayor de 2”, enunciación que sí corresponde al propósito original de la experticia encomendada y que, en general, sí se aviene a la naturaleza de un dictamen pericial que se solicite en una circunstancia judicial análoga, por cuanto lo que interesa al operador judicial, entendiéndose (sic) de la verificación de la legalidad del acto de adjudicación de un contrato estatal, no es la comparación de los proponentes (factor subjetivo), sino exclusivamente de las propuestas, análisis que sí prioriza la selección objetiva perseguida por el Estatuto General de Contratación Administrativa.”¹¹³

Ahora bien, las líneas subsiguientes se dedicaran a analizar si la entidad adjudicataria contaba con la capacidad financiera para contratar con la

¹¹² Consejo de Estado, Sentencia del 3 de mayo de 2007, Exp. 16098

¹¹³ Fols.439vº -440 del Cuaderno Principal.

Beneficencia de Cundinamarca, para lo cual se estudiará lo establecido en el pliego de condiciones al respecto y lo efectivamente aportado por SERVIPSA S.A. para acreditarlo.

Así pues, se encuentra demostrado dentro del expediente que la Beneficencia de Cundinamarca abrió la Licitación Pública No.02 de 2005 que tenía por objeto seleccionar al contratista para la prestación de los servicios de protección social y de salud mental a los usuarios con discapacidad mental que se atienden en el Centro Femenino José Joaquín Vargas de Propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, ubicado en el municipio de Sibaté, el cual con relación a las condiciones mínimas financiera exigidas señaló:

“1.11 – LAS SIGUIENTES SON LAS CONDICIONES MINIMAS FINANCIERAS EXIGIDAS.

Capacidad Financiera: La Beneficencia de Cundinamarca tendrá en cuenta los siguientes indicadores sobre la información financiera solicitada y para cada uno de los índices la razón exigida será la siguiente:

FACTOR	Mínimos
<i>RAZON CORRIENTE</i>	<i>Igual o mayor al 2</i>
<i>NIVEL DE ENDEUDAMIENTO</i>	<i>Igual o menor al 40 %</i>
<i>PRUEBA ACIDA O RAZON DE LIQUIDEZ</i>	<i>Igual o mayor a 2</i>

(...) El análisis de la situación financiera se realizará con base en las certificaciones solicitadas en el literal G del ítem 1.10 denominado documentos de la propuesta, del Pliego de Condiciones.

NOTA: cuando la información financiera presentada por los proponentes no permita establecer los índices exigidos para las anteriores razones, será causal de rechazo.”

Como puede observarse, las condiciones mínimas financieras exigidas dentro del pliego de condiciones, constituyen un requisito habilitante de los proponentes, mas no, un requisito que asignara puntaje a la propuesta.

Es así como, se encuentra demostrado que SERVIPSA aportó con su propuesta los documentos necesarios para demostrar que cumplía con los requisitos mínimos financieros exigidos por la entidad contratante, así quedó registrado en la evaluación realizada por la Beneficencia de Cundinamarca:

1. Razón corriente: 2, 17.

2. Nivel de endeudamiento: 36,22.
3. Prueba Ácida: 2,17.

De esta manera, no es de recibo lo dicho por la demandante frente a que poseía mejor capacidad financiera que la sociedad adjudicataria sustentada además por lo indicado en el dictamen pericial, ya que este fue más allá de lo exigido por el pliego de condiciones, circunstancia que no es admisible desde ningún punto de vista, porque esta premisa contraria el principio de transparencia, que indica entre otras cosas, que en los pliegos de condiciones se establecerán aquellos requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección .

De acuerdo con lo anterior, se concluye que SERVIPSA S.A. cumplió con las condiciones mínimas financieras exigidas en el pliego de condiciones. Por lo anterior, el segundo de los cargos esbozados por la recurrente tampoco está llamado a prosperar.

3. Tercer cargo.

Aduce el recurrente que no fue valorada dentro de la sentencia la “*omisión séptima*” planteada por parte del actor en su demanda, que corresponde al ítem denominado “*actividad extra para la institución*” del pliego de condiciones, que consistía en que el proponente que hiciera una propuesta de actividad adicional a las 5 exigidas en el pliego de condiciones, obtendría 10 puntos más.

Al respecto, señala la actora que presentó unas propuestas de actividad adicional a las exigidas en el pliego y que estas nunca fueron valoradas por la entidad contratante, y esto afectó negativamente la valoración y el puntaje de la propuesta, motivo por el cual solicita sean analizadas en esta instancia y con base en ello se determine efectivamente cual era la mejor propuesta, si la presentada por la Congregación de las Hermanas de la Caridad o la de SERVIPSA S.A. sociedad adjudicataria del proceso de selección en cuestión.

Dicho lo anterior, para determinar la procedencia o no del cargo impetrado, la Sala considera necesario remitirse a lo establecido en el pliego de condiciones sobre los puntos extra a que tendrían derecho aquellos proponentes que hicieran una propuesta adicional a las obligatorias señaladas en el pliego.

Así pues, el pliego de condiciones¹¹⁴ señaló en el capítulo tercero “Calificación de las Propuestas”, lo siguiente:

**“CAPITULO III
CALIFICACION DE PROPUESTAS
(...) 3.8. PLAN DE ATENCIÓN EN PROTECCIÓN INTEGRAL..... 100
PUNTOS**

El pliego contempla:

El proponente deberá presentar un PLAN DE ATENCIÓN que contenga como mínimo los siguientes aspectos en su metodología.

1. *Objetivo General y Objetivos específicos*
2. *Justificación técnico científica y Portafolio de servicios*
3. *Proyectos y programas generales a desarrollar*
4. *Otros proyectos*
5. *Intención de realizar investigación.*

(...) Procedimiento de la asignación de puntos (total 100 puntos)

Cada uno de los 5 ítem de la metodología tendrá una calificación máxima de 20 puntos. Estos 20 puntos se descontarán si el proponente no presenta el ítem respectivo. Igualmente se descontará calificación proporcional cuando a pesar de presentar el ítem, éste no responda a las expectativas de la BENEFICENCIA en el sentido de no desarrollar los requerimientos técnicos y de calidad que se desprenden del modelo de atención y de las características de la población no sea presentado con suficiente claridad y coherencia.

(...) Todos los proyectos del plan deben estar claramente presentados, con objetivos, actividades indicadores y metas.

(...) También se tendrá en cuenta quien además de los 5 ítem, ofrezca en su plan de atención alguna actividad extra para la institución y cuya aplicación claramente traiga beneficio directo para la población. Si esta actividad es novedosa, clara y concreta, aportará 10 puntos extra a quien haya perdido puntos en los anteriores 5 ítem.¹¹⁵ (Subrayado fuera del texto)

De lo anterior, se evidencia que el pliego establecía dos supuestos de asignación de puntaje extra a los proponentes, a saber: (i) Una actividad extra a las actividades que comprendían los cinco (5) ítems del “Plan de Atención en Protección Integral” que traiga beneficio directo a la población, que sea novedosa clara y concreta y (ii) Solo había lugar a hacer efectiva la valoración de la actividad extra, siempre y cuando el proponente hubiera perdido puntos en los anteriores cinco (5) ítems.

¹¹⁴ Folios 64 y 65 del Cuaderno 8

¹¹⁵ Cuaderno 8, *Pliego de Condiciones*, pag.67.

Conforme a lo anterior, concierne a esta Sala establecer si el actor cumplió con los dos supuestos exigidos en el pliego de condiciones para tener derecho a los puntos extra ya referenciados. Así pues, habrá que determinar si efectivamente la accionante incluyó dentro de su propuesta actividades extras bajo los parámetros citados y si perdió puntuación en la calificación de los cinco (5) ítems del “Plan de Atención en Protección Integral”.

Así las cosas, de acuerdo con lo dicho por la demandante en el escrito contentivo de la demanda, las actividades extra presentadas en la propuesta fueron “El proyecto de *Arteterapia*”¹¹⁶ y “El programa de riesgo cardiovascular”¹¹⁷.

Para determinar si lo antes dicho es cierto, la Sala procedió a revisar la propuesta presentada por la Congregación de las Hermanas de la Caridad y encontró que el “**Proyecto de Arteterapia**”, se encuentra ubicando dentro del capítulo IV del Plan de Atención Integral, denominado “OTROS PROYECTOS”, el cual reza lo siguiente:

“(..)

IV. OTROS PROYECTOS

Los siguientes son los dos proyectos nuevos a implementar en la institución, en especial buscando el bienestar integral de las pacientes, ambos programas con enfoques interdisciplinarios, con intervenciones novedosas, tanto en el área terapéutica como médica, dependiendo de cada uno de los programas. (Fl.446 del C.5)

(..) 2. ARTETERAPIA

OBJETIVO GENERAL

Desarrollar las capacidades de los pacientes teniendo en cuenta todas sus dimensiones, esto por medio de la utilización del arte, promoviendo el despertar de variedad de intereses que sirvan como motivación, para que su estado general de salud mejore y encuentre satisfacción en nuevas actividades que les permitan desarrollar creatividad.

El programa artístico intenta de alguna manera recuperar en los usuarios la capacidad de asombro, de juego y de libertad al proveer espacios y herramientas para que su emoción se exprese y reencuentren en su interior la habilidad de crear y sentir que son capaces de construir algo nuevo en sus vidas, con espacios de encuentro masivo y actitudes ejecutadas por servicios. (...)” (Fl.468 del C.5).

Ahora bien, con relación al “Programa de Riesgo Cardiovascular”, se encontró que está ubicado dentro del capítulo III del Plan de Atención Integral, denominado

¹¹⁶ Fls.456-471 del Cuaderno 5 (AZ).

¹¹⁷ Fls.381-384 del Cuaderno 5 (AZ).

“PROYECTOS Y PROGRAMAS GENERALES A DESARROLLAR”, que expresó lo siguiente:

“(…)

III. PROYECTOS Y PROGRAMAS GENERALES A DESARROLLAR.

Cada uno de los programas de este plan de atención está enfocado en mejorar la calidad de vida de nuestras usuarias y mantener un ambiente agradable; Además están basados especialmente en el diagnóstico de la mayoría de nuestra población, es decir retardo mental, cada uno de los programas tiende a continuar la tarea enfocada desde hace ya varios años en mejorar la calidad de vida de todas las pacientes basados en el trabajo interdisciplinario, la misión, visión, políticas y filosofía de la entidad y de la Beneficencia, dichos programas están desglosados a continuación.

(…) PROGRAMA DE RIESGO CARDIOVASCULAR

Este programa lo desarrollan en conjunto las áreas de medicina General, enfermería, nutrición y educación física, a través de la intervención en el tratamiento integral de las patologías cardiovasculares para permitir la prevención y/o recuperación de la función cardiovascular detectando y previniendo factores de riesgo y garantizando factores protectores”

En efecto, es evidente que los supuestos programas extra que presentó la demandante en su oferta, no tienen tal virtud, por cuanto fueron incluidos dentro de los 5 ítems obligatorios del plan de protección integral previsto en el pliego de condiciones (los cuales son: 1. Objetivo General y Objetivos específicos, 2. Justificación técnico científica y Portafolio de servicios, 3. Proyectos y programas generales a desarrollar, 4. Otros proyectos y 5. Intención de realizar investigación). Lo anterior, demuestra la ausencia del primero de los requisitos establecidos en el pliego para acceder al puntaje adicional.

Entonces, comprobado por la Subsección que la Congregación Religiosa de las Hermanas de la Caridad no cumplió con el primer supuesto para acceder a la asignación del puntaje extra, es inocuo continuar con la revisión del segundo de estos supuestos.

En conclusión, analizado el cargo impetrado con el acervo probatorio obrante en el expediente, la Sala encuentra que no se demostró que el proyecto de arteterapia y el programa de riesgo cardiovascular hayan sido presentados como propuestas adicionales a los 5 ítems obligatorios señalados para el plan de atención en protección integral, por el contrario, se encontró probado que estas actividades se incluyeron dentro de los supuestos obligatorios, circunstancia que impide la prosperidad de lo pretendido.

4. Cuarto cargo.

Con relación a este último cargo, el actor señala tanto en el recurso de apelación como en la demanda, que los proyectos productivos propuestos por SERVIPSA S.A., eran imposibles de llevarse a cabo, debido a la discapacidad que padecían las usuarias del Centro Femenino Especial José Joaquín Vargas.

El A quo en su sentencia indicó que este cargo no podía estar sujeto a ninguna evaluación por parte de este ese ente colegiado, en consideración a que no reposaba dentro del plenario la totalidad, de los cuatro proyectos productivos correspondiente a la sociedad adjudicataria SERVIPSA S.A.

Dicho esto, la Sala verificó que dentro del expediente sub examine se encuentran los cuatro proyectos, tal y como lo indicó esta Corporación mediante auto del 16 de mayo de 2011¹¹⁸, en donde se pronunció de forma negativa a la solicitud de prueba sobreviniente, dado que estos sí se encontraban dentro del expediente:

“En efecto, los cuatro (4) proyectos ocupacionales que SERVIPSA S.A. debió aportar para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos dentro de la Licitación Pública No.02 de 2005, están integrados a la propuesta presentada por dicha Empresa dentro de la Licitación Pública No.02 de 2005, cuyos documentos fueron solicitados como prueba en la demanda, decretados en auto del 11 de marzo de 2008 y allegados al expediente junto con el Oficio No. BEN-OJ 04ública No.02 de 2005, cuyos documentos fueron solicitados como prueba en la demanda, decretados en auto del 11 de marzo de 2008 y allegados al expediente junto con el Oficio No. BEN-OJ 0454 del 16 de abril de 2009, como consta a folios 95 a 122 del cuaderno de pruebas No. 3.”

Para determinar la procedencia o no del descontentó de la demandante con relación a los proyectos productivos propuestos por la empresa adjudicataria, la Sala hará una análisis del material probatorio aportado para demostrar su dicho.

Al respecto, la Sala encuentra que reposa en el expediente dictamen pericial¹¹⁹ emitido por un profesional en la medicina en su condición de auxiliar de la justicia, en donde conceptuó sobre cuál de las propuestas presentadas se ajustaba de mejor manera a los requerimientos terapéuticos y nutricionales establecidos en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No.02 de 2006, la experticia señala en la parte pertinente del cargo que:

¹¹⁸ Fls.468-469 del C.Ppal

¹¹⁹ Fls. 1- 8 C.6

“De acuerdo con lo anterior, fácil es comprender que el tratamiento hospitalario de estos pacientes tiene dos aspectos. De una parte, el que conduce a reducir y aliviar las condiciones psicopatológicas propias de su condición o las de las patologías coexistentes, que explicamos antes; para tal fin la psiquiatría emplea los psicofármacos y los procedimientos aceptados científicamente en la actualidad. De la otra, el tratamiento primordial de estos enfermos es la terapia ocupacional y la ergoterapia o tratamiento por el trabajo. Es conveniente, entonces, recordar que los pacientes a que nos venimos refiriendo se constituyen en huéspedes crónicos – casi que vitalicios de las instituciones psiquiátricas. Además, en la mayoría de las veces, son abandonados por sus familiares y allegados. Siguiendo este orden de ideas, debo manifestar que en cuanto a los tratamientos específicamente psiquiátricos o los que pueden ser requeridos por las enfermeras por patologías diferentes a las del sistema nervioso central, no encuentro diferencias sustanciales entre las propuestas tanto de SERVIPSA como las de la Congregación de las hermanas de la Caridad; aunque por supuesto no puede ser comparable la entrega cristiana de una congregación como la de las hermanas de la Presentación al servicio al servicio del prójimo durante muchísimos años con la de una empresa comercial, como lo es SERVIPSA con escasa trayectoria en este campo.

Pero en lo que hace relación a los proyectos ocupacionales de que habla el Pliego de Condiciones de la Licitación 02 – 2005, de la beneficencia, es necesario que lleve a cabo algunas consideraciones que si muestran una gran diferencia entre una propuesta y la otra. Como ha quedado establecido, cerca del 68% de las enfermeras del Centro José Joaquín Vargas se encuentra dentro de los niveles de retraso grave y profundo. El resto de la población se compone de retraso mental moderado y de un pequeño de retraso mental leve. Así pues, las técnicas indicadas para el tratamiento del primer gran grupo, están basadas, en términos generales, en procedimiento conductuales muy simples y en adiestramiento conductual; con los pacientes del grupo moderado se deben emplear técnicas educativas especiales. Dicho con otras palabras, estas técnicas y procedimientos originados en la teoría del aprendizaje y en los modelos conductistas tienen como finalidad fomentar la eficiencia de la conducta, el aprendizaje de destrezas y, en lo posible, el desarrollo de la personalidad.

Afirmar, como lo hace SERVIPSA, que “las usuarias del Centro Femenino Especial José Joaquín Vargas tienen un deterioro laboral y social, así como pobre capacidad para tolerar frustraciones y aceptar figuras de autoridad, normas y disciplina”, no es más que mostrar su impericia en el tema y aceptar de manera tácita su incapacidad terapéutica en el campo del retraso mental. (...) Declarar como lo hace SERVIPSA que las usuarias del centro no aceptan figuras de autoridad, normas ni disciplina es equivocado. No es más que recordar el trabajo realizado por las Hermanas de la Presentación desde muchos años atrás, el cual supone los procesos de identificación, cariño y respeto de las pacientes hacia sus benefactoras que se pueden apreciar fácilmente al visitar este establecimiento.

La inexperiencia de SERVIPSA en la materia en tratamiento se hace patente en propuestas ilusorias como la de plantearle una jornada laboral de 3 horas diarias de trabajo a 15 usuarias para cuidar 2 cerdos (...)

Por el contrario, las propuestas de la Congregación de las Hermanas de la Presentación son mucho más viables y realistas, pues se basan en sus conocimientos y larga experiencia en la atención de estas pacientes en las Instituciones de la Beneficencia de Cundinamarca y en particular en este centro. Así pues, tanto los proyectos agrícolas como en los de manufacturas las propuestas de la Congregación cumplen a cabalidad con todas y cada una de las exigencias contempladas en el pliego de condiciones tantas veces mencionado. Además se ajustan a las realidades de las enfermas y a las del Centro Femenino Especial José Joaquín Vargas.

De otra parte, debo señalar dos asuntos que favorecen la propuesta de la Congregación y que no fueron tenidos en cuenta por parte de la Beneficencia. Uno de ellos es el ofrecimiento acerca de un proyecto novedoso como es el de ARTETERAPIA, que favorece la socialización de los pacientes y mejora la comunicación entre ellos y la comunidad terapéutica, mediante espacios de alternativa al uso del tiempo libre y como mecanismo eficaz para canalizar la agresividad, reforzar la autoestima y enriquecer la personalidad de los enfermos mediante el ejercicio de la autorrealización. Actividad novedosa que plantea por primera vez el empleo de técnicas que reúnen el arte con la terapia en el manejo de pacientes con retraso mental, permitiendo la exploración de sus potenciales y la adquisición de destrezas por medio de la expresión artística”.

Analizado el concepto emitido, la Subsección recurriendo a los criterios de la sana crítica y la libre valoración, encuentra que el concepto emitido por el perito médico sobre los cuatro proyectos productivos, carece de criterios objetivos que le den certeza a la Sala de las conclusiones allí señaladas, por cuanto simplemente se limita a emitir juicios de valor en favor de la Comunidad de las Hermanas de la Caridad por el hecho de ser la congregación que por muchos años se encargó del manejo del Centro Femenino Especial, sin contar con ningún soporte probatorio válido que le permitiera llegar de manera objetiva a esta conclusión.

Adicionalmente, se observa que lo que pretendía el Tribunal al decretar la práctica de este dictamen era que se comparara objetivamente los criterios de calificación establecidos en el pliego de condiciones frente a los proyectos productivos de la demandante y de la sociedad adjudicataria SERVIPSA S.A., sin que le fuera dable al perito dar su opinión personal, debiendo proporcionar un concepto técnico debidamente soportado, dictamen que no reúne los requisitos exigidos para que la Sala lo pueda considerar como medio probatorio idóneo, tales como completud, exactitud y con el tecnicismo requerido que le otorgue total convicción a la Subsección.

Ahora bien, se extraña por esta Sala que dentro del expediente no reposan pruebas adicionales que le den sustento a las afirmaciones hechas por la parte demandante, incumpliendo de esta manera la carga probatoria establecida en el artículo 177 del C.P.C. *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, luego si la demandante afirma que SERVIPSA S.A., no cumplía los requisitos señalados en el pliego de condiciones para ser la adjudicataria de la Licitación Pública No. 02, se encontraba a su cargo probar su dicho.

Así que entonces, es a la parte demandante a quien corresponde probar las afirmaciones hechas en la demanda, sin que sea deber del juzgador cumplir con el peso de la carga de la prueba. Entonces, si la parte interesada nada prueba en torno a la existencia de los supuestos facticos, no podrá abrirse paso la pretensión pues sin la certeza de lo afirmado, la súplica está irremediamente condenada al fracaso.

Por las razones antes expuestas, no está llamado a prosperar el cuarto de los cargos impetrados por la Comunidad de las Hermanas de la Caridad. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de octubre de 2010 que negó las súplicas de la demanda, por los argumentos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente