La subsanabilidad en la contratación estatal

08 de Agosto del 2014

Jorge Beltrán Pardo

Especial para ÁMBITO JURÍDICO

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

Estamos llamados a superar este paradigma, a pesar de la dificultad práctica que sabemos tendrá en los procesos de contratación, pues bien lo anotaba Albert Einstein: "¡Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio".

Tal ha sido el caso de la subsanabilidad, que, en materia contractual, ha tenido una evolución interesante, gracias a la reforma introducida por la Ley 1150 del 2007 y a los enriquecedores pronunciamientos del Consejo de Estado que sobre el particular ha impartido lineamientos acerca de la manera en que dicha ley –esta sí formal– debe ser aplicada por los operadores jurídicos de la contratación, que han comenzado a concientizarlos sobre la importancia de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, tal como lo he venido sosteniendo años atrás. Para mayor ilustración, he dividido este artículo en varios apartes.

Requisitos subsanables y oportunidad

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

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

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

Decisión judicial

Así las cosas, enhorabuena, el reciente pronunciamiento del magistrado Enrique Gil Botero, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 26 de febrero del 2014, explicó, con abundante claridad, la manera en que este principio rector en materia contractual debe aplicarse hoy ante la ausencia reglamentaria sobre el tema.

En efecto, el fallo referido indicó: "defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas 'usualmente indicado en los pliegos de condiciones', sin exceder del día de la adjudicación".

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

Si bien esta posición de la jurisprudencia no fue propuesta en el marco de un fallo unificador, en mi concepto, es vinculante, no por el fallo en sí, sino porque este aclara la forma en que la ley debe aplicarse, y esta sí es obligatoria, motivo por el cual, en mi sentir, son infructuosas las discusiones que he escuchado en algunos foros sobre el particular.

En relación con la oportunidad de subsanar, está vigente la posibilidad de que se haga dentro del término indicado por la entidad, lo cual no quiere decir que la ley impida prorrogar dicho término a solicitud del proponente o de dar otra oportunidad de subsanar adicional a la evaluación, como lo sería en la etapa de observaciones al informe de evaluación.

Requisitos insubsanables

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

No obstante, en mi concepto, es posible aclarar –no subsanar– documentos que soportan dichos factores, tal como una copia no legible aportada por el proponente,

siempre que no la cambie por otra en desmedro de los demás oferentes, o la indicación de datos ausentes en los documentos presentados y que sirven para puntuar, como fechas de inicio, terminación, u otros, sin que pueda permitir mejorar las ofertas, pero que aclaren aspectos de los documentos previamente presentados.

Otras situaciones y regímenes especiales

Adicionalmente, las entidades estatales deben mejorar sus prácticas de adquisiciones para evitar dificultades en la evaluación de las ofertas. Así las cosas, por ejemplo, debería eliminarse de los pliegos de condiciones la exigencia de muestras en el proceso de selección o la verificación de soportes del equipo de trabajo cuando no dan puntaje, pues finalmente estas serán objeto de constatación por parte del supervisor o interventor del contrato (requisito de ejecución, no de selección).

De la misma manera, se deberían eliminar las causales de rechazo de los pliegos de condiciones que son propias de la subsanabilidad, como cuando se indica el rechazo de una oferta por no haber presentado el RUP en firme al momento del cierre –lo cual quedó superado con las circulares 12 y 13 de Colombia Compra Eficiente–, o de inadmitir ofertas por ausencia de determinados documentos.

Es de resaltar que, en mi criterio, este principio de la subsanabilidad se debe aplicar en entidades de regímenes especiales, pues es una derivación de los principios de la función administrativa (igualdad y economía, C. P., art. 209) que estas entidades deben observar (L. 1150/07, art. 13).

Para finalizar, quiero resaltar que la abrumadora normativa en materia contractual, como las leyes, decretos, circulares, guías y manuales, puede abrir espacios de confusión en los operadores jurídicos que aplican el estatuto contractual, pues, como lo anotaba René Descartes, “La multitud de leyes frecuentemente presta excusas a los vicios”.

*Experto en compras públicas.