

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. Cuantía / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. Regulación normativa

Conforme a lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003 -, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos cuando se discute la legalidad de un acto propio de la actividad precontractual, como es el de adjudicación de un contrato. En el caso concreto, cuando se presentó la demanda –año 1996- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$3'080.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor era de \$50'000.000.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129 / DECRETO-LEY 150 DE 1976 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.7

EVALUACION DE LAS OFERTAS - En vigencia de la ley 80 de 1993 / EVALUACION DE LAS OFERTAS - Régimen jurídico de la subsanabilidad de requisitos / EVALUACION DE LAS OFERTAS - Observaciones al informe de evaluación

Uno de los aspectos más sensibles de los procesos de selección de contratistas es la evaluación de las ofertas, y dentro de ella la calificación del cumplimiento de los requisitos que exigen los pliegos de condiciones, la ley y los reglamentos. (...) la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsana” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental. Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. (...) Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público – es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado. Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. (...)

De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare. (...) cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista (...) las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 25804

FUENTE FORMAL: DECRETO-LEY 150 DE 1976 / DECRETO-LEY 222 DE 1983 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2228 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.7

SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Solución anti formalista / EVALUACION DE LAS OFERTAS - La etapa de las observaciones al informe de evaluación / ADICION, MODIFICACION O MEJORAMIENTO DE LA OFERTA - Procedencia durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - La regla debe entenderse conforme al principio / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Artículo 25.15 de la ley 80 de 1993. Aplicación del principio de economía

La etapa de “observaciones al informe de evaluación” corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita [ley 80 de 1993 - artículo 30.8] la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe. Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía-, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla. En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho

administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido “era o no necesario para la comparación de las propuestas”. (...) 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 condiciones **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 25804

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.7 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.8

SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Regulación normativa / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Procedencia en vigencia de la ley 1150 de 2007 / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS - Solución sustancialista

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: (...) El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”. En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... 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.” **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 25804

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5 PARAGRAFO

EVALUACION DE LAS OFERTAS - Requisitos subsanables y no subsanables. Evolución normativa

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. (...) No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; al poco tiempo el Gobierno reglamentó la Ley 1150, y señaló, en el art. 10 del Decreto 066 de 2008, que en ejercicio de esta facultad –la de subsanar ofertas- no era posible “... permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” Esta norma introdujo una gran contrariedad, y por ende provocó un gran debate de legalidad entre los operadores jurídicos de la contratación, porque mientras la Ley 1150 exigió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una oferta, con la condición de que el defecto no asignara puntaje; el reglamento introdujo una limitación a la subsanabilidad de algunos de esos defectos, relacionada con dos criterios nuevos: i) falta de capacidad y ii) ocurrencia de circunstancias después de presentadas las ofertas. Esto significó que a pesar de que los defectos o falencias observadas de una oferta no asignaban puntaje, no se podían corregir o cumplir -es decir, no eran subsanables-, si se trataba de alguna de las dos circunstancias prohibidas por el decreto –tres circunstancias contando la ausencia de póliza de seriedad-. (...). Poco tiempo después, la misma norma la reprodujo el Decreto reglamentario 2474 de 2008 –que derogó al Decreto 066 de 2008-. Dispuso el art. 10, de manera idéntica, que las entidades estatales tampoco pueden: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento (...) A su vez, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 734 de 2012, que sobre el mismo tema dispuso que la entidad tampoco podía: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente, pero ahora en el artículo 5.1.7.1. del Decreto 734. Hasta este año los tres decretos –más el 4828 de 2008- conservaron el problema jurídico comentado: la contradicción parcial entre ellos y el art. 5 de la Ley 1150, puesto que tergiversaron buena parte de la regla que estableció la ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicación-; los reglamentos impidieron subsanar muchos requisitos que no asignaban puntos, porque se referían a la capacidad para contratar o porque se trataba de requisitos cumplidos después de presentadas las ofertas. Así se crearon dos sub-reglas –tres con la norma sobre la insubsanabilidad de la ausencia de pólizas de seriedad-, autónomas, separadas de la ley, por tanto no ajustadas a ella. Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, 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 a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga

suficientemente. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 36054 y de 26 de febrero de 2014, exp. 25804

EVALUACION DE LAS OFERTAS - Requisitos subsanables y no subsanables / REQUISITOS SUBSANABLES - Los que no se evalúan con puntos / REQUISITOS NO SUBSANABLES - Los que asignan puntaje

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. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 25804

VALORACION DE LAS OFERTAS INCOMPLETAS, INCONSISTENTES O POCO CLARAS - Régimen jurídico de las aclaraciones y explicaciones en la etapa de evaluación. Análisis del artículo 30.6 de la ley 80 de 1993 / OFERTA - No cualquier desviación en relación con el pliego justifica su rechazo

El fundamento normativo expreso y más importante de la obligación que tienen las ofertas de ajustarse al pliego de condiciones, con estrictez, se encuentra en el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993, que desarrolla la estructura del proceso de licitación, regla extensible a cualquier otro proceso de selección –concurso de méritos, mínima cuantía, selección abreviada o contratación directa- porque sería inaudito que en estos casos las propuestas se puedan separar del pliego, y que la entidad las deba admitir y adjudicar (...) Esta disposición consagra, en la primera parte, la forma óptima o perfecta como deben presentarse las ofertas: completas y ajustadas a lo pedido, porque si el pliego de condiciones es la ley del contrato, las propuestas deben sujetarse, con rigor extremo, a sus disposiciones. Esta idea constituye la regla general y el punto de partida para comprender el tema. No obstante, inmediatamente surgen dudas inevitables: ¿Este principio es absoluto? y ¿qué sucede si una oferta se separa del pliego en aspectos sustanciales y qué si se desvía de requisitos nimios? (...) la interpretación de esa parte de la disposición no puede extremarse hasta creer que incumplir o acreditar un requisito en forma diferente –simplemente distinta- a la señalada en el pliego necesariamente conduce al rechazo de la oferta. Pero tampoco se niega que semejante entendimiento carezca de lógica y de apoyo en esa disposición, porque a “raja tabla” sí dispone que las ofertas se deben adecuar totalmente al pliego, pues expresa: “... a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego”. Afortunadamente no añade la consecuencia que produce la falta de acople, por ejemplo el rechazo in limine. Por el contrario, ese fragmento de la disposición debe interpretarse en forma integral con las demás normas, principios y valores de la Ley 80, específicamente las que confieren a los oferentes la posibilidad de subsanar, aclarar o explicar su oferta, e incluso las que le asignan a las entidades la función de corregir, oficiosamente, ciertos requisitos. Conforme a estas ideas, las disposiciones jurídicas no deben interpretarse de manera aislada, mucho menos cuando pertenecen a cuerpos normativos que regulan en forma integral una materia, como sucede con los códigos o los estatutos, función que cumple la Ley 80 con la contratación pública (...) no cualquier desviación de la oferta, en relación con el pliego, justifica su rechazo, porque si bien literalmente deben

sujetarse a todos y cada uno de los requisitos contenidos en el pliego, tampoco puede aplicarse implacable y fríamente esta disposición a cualquier requisito omitido o cumplido imperfectamente, pues se sabe que la desviación frente a algunos aspectos del pliego no constituyen causa para rechazar la oferta. De allí se concluye que el art. 30.6 no rige o aplica a los requisitos simplemente formales, que son presupuestos para participar en el procedimiento y no hacen parte de los elementos que permiten comparar las ofertas, como se expresó en relación con el número de copias, la tabla de contenido, el foliado, no aportar los documentos en el “orden” exigido, aspectos que no constituyen, en ningún caso, justificación suficiente para rechazar la propuesta, ni siquiera cuando la entidad solicite que se subsanen y el oferente no lo haga, ya que la finalidad de esos requisitos solo es facilitar el examen de las propuestas, pero jamás afectan el contenido de la oferta, aunque sí la disciplina del proceso (...) la regla que contiene el artículo 30.6 rige plenamente en relación con los requisitos del pliego que inciden en la valoración de las propuestas, y las demás exigencias sustanciales que contenga, que si bien no afectan la comparación son requisitos de participación en el procedimiento, por tanto fundamentan el rechazo de un ofrecimiento. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar concepto de la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado con fecha del 20 de mayo de 2010 - Rad. 2010-00034.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.6

EVALUACION DE LAS OFERTAS - Régimen jurídico de las aclaraciones y explicaciones necesarias que deber dar el oferente. Análisis del art. 30.7 de la ley 80 / REGIMEN JURIDICO DE SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS Y EL REGIMEN DE LAS ACLARACIONES O EXPLICACIONES - Diferencias

Una norma que debe armonizarse con el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993 es el artículo 30.7 aquí Se trata de un caso especial de adecuación de la oferta al pliego de condiciones; y más que una forma de subsanabilidad es una posibilidad diferente: la oportunidad de aclarar o explicar lo que contiene la propuesta, solo que es discutible la interpretación o conformidad con el pliego. Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así. En otras palabras, no se trata de la “ausencia de requisitos o falta de documentos” -a que se refiere el artículo 25.15 de la Ley 80, y que reitera el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150-; sino de la posibilidad de aclarar o explicar lo que existe en la propuesta, por lo que hay que diferenciar el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas, del régimen de las aclaraciones o explicaciones de las mismas, pues son actuaciones con significado distinto, incluso se apoyan en disposiciones diferentes de la Ley 80: i) la subsanabilidad en el art. 25.15 original, hoy en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y ii) las aclaraciones y explicaciones en el art. 30.7 de la Ley 80.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30.7 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.5 / LEY 1150 - ARTICULO 5

SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA - Noción. Definición. Concepto / SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA - Fundamento / ACLARACION O

EXPLICACION DE LA OFERTA - Noción. Definición. Concepto / ACLARACION O EXPLICACION DE LA OFERTA - Fundamento / SUBSANABILIDAD, ACLARACIÓN Y EXPLICACION DE LA OFERTA - Diferencias / SUBSANABILIDAD, ACLARACION Y EXPLICACION DE LA OFERTA - Finalidad coincidente

[L]a diferencia entre las actuaciones -subsana, de un lado; y aclarar o explicar las ofertas, de otro- no solo se apoya en normas diferentes sino en el significado mismo de los términos (...)subsana, unido al artículo 25.15, reiterado por el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, implica reparar un defecto de la propuesta, con mayor precisión la omisión de algún requisito, ya que la norma se refiere a la “la ausencia de requisitos o la falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, siempre y cuando no incidan sobre la comparación de las ofertas pueden ser reparados o subsanados, es decir, que ello implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene. Aclarar o explicar es diferente. El supuesto de partida no presume agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene. Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad –aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo (...) se trata de conceptos independientes en significado y alcance durante el proceso de evaluación, sin embargo, persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias (...) la necesidad de aclarar o explicar la oferta es el resultado de una actitud hermenéutica no satisfecha autónomamente por el sujeto que interpreta -la administración-, quien se encuentra ante una situación de incomprensión, confusión y falta de inteligibilidad de un dato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.5 / LEY 1150 - ARTICULO 5

INCOHERENCIAS, FALTA DE CLARIDAD Y OFERTA CON PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO - Supuestos

Los problemas hermenéuticos más comunes que se presentan durante la etapa de evaluación de las ofertas son: la incoherencia, es decir, cuando sobre un mismo aspecto, asunto o requisito la oferta cuenta con dos datos diferentes: conforme a uno dice algo concreto, y conforme al otro el contenido cambia –mucho o poco-, y de allí se derivan consecuencias diversas, entre ellas que la oferta se ajuste o no a lo pedido, e infinidad de efectos disímiles. En este evento, la entidad no debe actuar conforme a la primera impresión, y menos si es la más gravosa para el proponente, aunque tampoco debe tomar partido irreflexivamente en su favor. Existen dos opciones: a) Aplicar una regla previsiva del pliego que dirima la controversia, como cuando expresa que: “en caso de contradicciones entre un lugar y otro de la oferta prevalecerá uno de ellos”. En este evento se requiere que el pliego haya anticipado este tipo de problemas, en cuyo caso el principio de legalidad impone la aplicación de ella sin mayores dificultades. b) La otra opción o actitud -a falta de la regla anterior-, consiste en permitirle al autor del texto –al proponente- que explique, es decir, que defina el alcance de la obligación que adquirirá, porque no se puede adjudicar, y celebrar luego el contrato, para

posteriormente esperar que en calidad de contratista discuta que el alcance de su propuesta fue otro –el sentido que no se adecuaba a los pliegos-, porque conduciría a una controversia, con la consiguiente afectación del servicio público. Otro supuesto que exige aclaración o explicación del proponente se presenta cuando la oferta no es clara, es decir, cuando su interpretación se dificulta, como cuando utiliza términos, conceptos o metodologías difíciles de entender, o cuando no se comprende el alcance propuesto. No se trata de contradicciones entre aspectos o contenidos de la propuesta, sino de que la entidad no entiende, no comprende su alcance o los términos empleados, así que necesita información adicional que lo precise. El tercer supuesto de aclaración y explicación lo regula el Decreto 1510 de 2012, frente al cual la entidad tiene, necesariamente, que solicitar explicaciones al proponente sobre el alcance de su oferta: precio artificialmente bajo. El artículo 28 establece que en esta situación la entidad no puede rechazar inmediatamente la propuesta; en su lugar debe: i) pedir explicaciones al oferente para que justifique el valor y ii) luego de analizar la respuesta decidirá su rechazo o permitirá que continúe en el proceso de selección, dependiendo de que las aclaraciones justifiquen satisfactoriamente el motivo del precio bajo. La norma citada es interesante y representativa en el análisis que se propone, porque el reglamento desarrolló la posibilidad que el legislador estableció de solicitar a los oferentes explicaciones y aclaraciones sobre ciertos aspectos de la propuesta; y este procedimiento es el mismo que la Sala estima que se debe realizar cuando la entidad encuentre otro aspecto de la propuesta que no es claro, coherente o es confuso, esto es, debe valorar las explicaciones ofrecidas, antes de concluir que el ofrecimiento no se ajusta al pliego.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / DECRETO 1510 DE 2012 - ARTICULO 28

OFERTA CON DATOS CONFUSOS O POCO CLAROS - Consecuencias en la fase de evaluación

La falta de claridad no supone, per se, un problema de subsanabilidad de la oferta; aunque en ocasiones conduce a aplicarlo. En estos eventos, se insiste, la oferta suele estar completa, pero no es preciso su contenido, así que la administración debe indagar por el alcance exacto de lo propuesto, para despejar las inquietudes que surgen, y con base en ellas tomar las decisiones que correspondan. De esta manera, como consecuencia de la aclaración o explicación que ofrece el proponente, la administración puede concluir (i) que la oferta está perfecta, y continúa su evaluación o (ii) que la oferta no se ajusta a lo pedido, en cuyo caso optará por: a) permitir que se subsane el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en las condiciones que establece la ley, analizadas supra; b) rechazar la oferta, cuando el defecto que se puso en evidencia produce esa consecuencia y es insubsanable, o c) evaluar la oferta, con la consecuencia consiguiente que produce el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en caso de que no provoque el rechazo sino un castigo en su valoración (...) lo ideal en un proceso de selección es que las aclaraciones y explicaciones se anticipen y soliciten durante la etapa de evaluación, lo más pronto posible, es decir, antes de que la entidad elabore el informe respectivo, de tal manera que las tenga en cuenta para producir ese acto administrativo. Esto garantiza la doble posibilidad de comunicación entre la administración y los oferentes, puesto que las explicaciones se manifestarán antes de producirse el informe y luego podrán impugnarlas los demás oferentes en el término de traslado de la evaluación.

SUBSANABILIDAD, ACLARACION Y EXPLICACION DE LA OFERTA - Oportunidad y tiempo

En vigencia de la Ley 80 de 1993 -y con mayor claridad en la Ley 1150 de 2007-, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse hasta antes de la adjudicación, término que comprende, inclusive, la audiencia de adjudicación. Sin embargo, hay que aclarar que la expresión citada no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar, pues como lo señala el art. 25.1 de la Ley 80, los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son “preclusivos y perentorios”, es decir, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno es decir que durante la vigencia de la Ley 80 -y con más claridad en vigencia de la Ley 1150 de 2007- las entidades estatales deben solicitar a los proponentes que aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las propuestas. Esta oportunidad sólo puede realizarse, por razones obvias, a partir del momento en que empieza la etapa de evaluación – tan pronto se entregan las ofertas-, abarcando la etapa de análisis de las observaciones contra el informe de evaluación –que materialmente supone una evaluación final de las ofertas- e incluso -como límite- llega hasta la adjudicación. Esto significa que la oportunidad para aclarar, explicar y subsanar las ofertas incluye varias etapas del proceso de selección. [E]l proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada a más tardar hasta la adjudicación; es la entidad quien tiene, a más tardar hasta la adjudicación, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen. De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada –por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla –sin exceder el día de la adjudicación-. Por el contrario, la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede, salvo que ella misma se lo amplíe, y con tal de que no afecte el procedimiento, lo cual seguramente valorará en términos de la ausencia de afectación al desenvolvimiento normal del proceso de selección. En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración no puede hacerlo irrazonablemente -como cuando otorga un par de horas para conseguir un documento que objetivamente tarda más-, de manera que cuando es absurdo, el proponente puede acudir a la jurisdicción o a los demás órganos de control para que intervengan esta actuación administrativa, con la cual también se vulnera, materialmente, la posibilidad que la ley confiere de subsanar o de aclarar y explicar las ofertas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.1 / LEY 1150 DE 2007 / DECRETO 1510 DE 2013

INDEBIDA ADJUDICACION DE UN CONTRATO - Indemnización

Para que proceda la indemnización por indebida adjudicación de un contrato, el demandante tiene la carga de probar, además de la nulidad del acto de

adjudicación, que su propuesta era la que mejor satisfacía los intereses de la entidad, en los términos del inciso tercero del artículo 29 de la Ley 80, en la actualidad el artículo 5 de la Ley 1150 (...) si el proponente que acude a la jurisdicción demuestra los anteriores elementos tendrá derecho a ser indemnizado, en un quantum que ha variado en la jurisprudencia del Consejo de Estado; sin embargo, en la actualidad es pacífico considerar que el valor corresponde a la utilidad esperada (...) ante la indebida adjudicación, la indemnización consiste en el pago de la utilidad dejada de percibir, al convertirse en un lucro cesante futuro y cierto, pues el proponente que debía ser adjudicatario estaría dispuesto a cumplirlo; negocio del que obtendría una ganancia razonable, que debido al error en que incurre la administración no ingresará a su patrimonio. La indemnización no equivale al valor total del contrato, pues sería desproporcionado, porque si al proponente se le adjudicara el contrato incurriría en los gastos propios de su ejecución, por lo que el valor real dejado de percibir sería la ganancia esperada. Además, se aclara que en estos casos la indemnización no cubre los gastos de presentación de la oferta, y en general los costos en que se incurra para participar, pues no se indemnizan, ni cuando se adjudica mal un proceso de contratación, ni cuando se declara desierta una licitación que se debió adjudicar. Estos gastos no se reembolsan, porque si se hubiera adjudicado la licitación el contratista habría incurrido en ellos, de manera que se entendería que la utilidad del negocio se los compensaría. Ahora, si quien los reclama ocupó el segundo o tercer lugar en el proceso de selección –o cualquier otro hacia abajo en el orden de evaluación-, menos derecho tendría a reclamarlos, pues esos gastos son propios del riesgo de la participación en los procesos de contratación y los asume el participante. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 19 de septiembre de 1994, exp. 8071; de mayo 28, exp. 10539 y de 1 de marzo de 2006, exp. 14576

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29 / LEY 1150 - ARTICULO 5

PLIEGOS DE CONDICIONES - No pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella / PLIEGO DE CODICIONES - No toda desviación de su contenido conduce al rechazo de los ofrecimientos

[E]s evidente que el problema corresponde a un típico caso de incoherencia en la información de la oferta, porque contiene dos (2) datos distintos sobre un mismo ítem –el ítem 2.5-, con base en los cuales de atenderse a uno –al previsto en el “formato 6-3” de cantidades de obra- la propuesta debe rechazarse, y de atenderse al otro –al previsto en el “formato 6-2”, APU- la oferta debe admitirse porque se adecúa al pliego. En eventos como este, según se señaló en el análisis general del tema, la entidad no debe eliminar automáticamente la propuesta, sino pedirle al proponente que la aclare o explique, y después tomar la decisión que corresponde. (...) a partir de esta contradicción la Aerocivil debió solicitar al proponente las explicaciones correspondientes, e indagar la razón de esa inconsistencia, y tener en cuenta las aclaraciones ofrecidas en la audiencia de adjudicación (...) Lo anterior aclaró la oferta, y debió generar seguridad y confianza en la entidad acerca del alcance de la misma, además de que no se modificó o adicionó ningún aspecto, solo se precisó el contenido, pues la propuesta sí cumplía lo requerido por la entidad (...) el ítem 2.5 se adecuó a lo requerido por la Aerocivil, y en tal sentido debió adjudicársele el contrato a Gomher Ltda., porque su propuesta, de haberse admitido, obtenía el mayor puntaje en la evaluación (...) no toda desviación del pliego conduce al rechazo de los ofrecimientos, ni siquiera si la entidad estableció que ese apartamiento sería causal para hacerlo, pues los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella; por tanto, una

contravención formal –que se explica con la ayuda de otros documentos de la misma oferta- no autoriza el rechazo de una propuesta, pues el artículo 25.15 de la Ley 80 lo prohíbe

FUENTE FORMAL: / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.15

TERMINACION UNILATERAL DE UN CONTRATO - No produce inhabilidad para contratar en futuros procesos de selección

[E]l legislador no prescribe que la terminación unilateral de un contrato afecte la capacidad contractual en futuros procedimientos de selección, por tanto no impide a quien recibe esa medida ser adjudicatario de contratos posteriores, salvo que la terminación proceda de la declaración de caducidad, que sí es una sanción que produce inhabilidad. La entidad, para sustentar su decisión, citó impropiamente el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 –régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar-, pretextando que el literal i), del numeral primero, señala que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos, “i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”. El apoyo en esta norma es equivocado, porque esta inhabilidad se produce cuando se declara la “caducidad” de que trata el artículo 18 de la Ley 80, que es diferente de la “terminación unilateral” a que se refiere el art. 17. (...) como la ley no dispone que la terminación unilateral de un contrato sea causal de inhabilidad, y por tanto de rechazo de las ofertas, o que sea argumento para abstenerse de adjudicarlas, resulta evidente el error de la Aerocivil.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 8 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 17 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 18

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986)

Actor: GOMHER LTDA.

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONAUTICA CIVIL

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B -fls. 196 a 206, cdno. ppal.-, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“FALLA

“PRIMERO: Declárese no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, conforme a las consideraciones de este proveído

“SEGUNDO: Declárese la nulidad de la Resolución No. 02717 del 2 de mayo de 1996, expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, conforme a las consideraciones consignadas en esta sentencia.

“TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, a reconocer y pagar a favor de la Sociedad Gomher Ltda., la suma de sesenta y cuatro millones ochocientos cuarenta y tres mil ciento sesenta y dos pesos (\$64.843.162.00), por concepto de los perjuicios ocasionados.

“CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177, 178 del Código Contencioso Administrativo.

“QUINTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda

“SEXTO: Sin condena en costas”.

ANTECEDENTES

1. La demanda

La sociedad Gomher Ltda. -en adelante la demandante o la contratista-, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda –fls. 2 a 18, cdno. 1- contra la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil –en adelante la demandada, la Aeronáutica, la entidad o la Aerocivil- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fl. 3, cdno. 1-:

“PRETENSIONES

“PRIMERA: Decrétese la nulidad de la Resolución No. 02717 del 2 de mayo de 1996, notificada el mismo día en estrados, en Audiencia Pública de adjudicación, mediante la cual la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil otorgó al Consorcio denominado ZAMBRANO PALACIOS el contrato para la construcción de nuevas instalaciones para el Centro de Información Meteorológica del Aeropuerto El Dorado en Santafé de Bogotá D.C.

“SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil a reconocer y pagar a favor de la Sociedad Gomher Ltda. el valor de los perjuicios que le fueron causados por la no adjudicación de la licitación 005 de 1996, a la que tenía derecho por ser su oferta la mejor y más conveniente para la entidad licitante. Dicha condenación al pago de perjuicios es equivalente al del valor de la utilidad legítima esperada por la ejecución del contrato, correlativo a la licitación por la suma de \$ 50.000.000.00 moneda legal, considerada el 30 de agosto de 1996, la que será actualizada para la conservación del poder adquisitivo de la moneda, a la fecha de efectividad del pago, y sobre la cual se causarán los intereses bancarios corrientes y/o moratorios procedentes, y posteriormente, de acuerdo a lo preceptuado por los artículos 176, 177 y concordantes del C.C.A., luego de haber sido indexada.

“TERCERA: Condénese a la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil a pagar las costas procesales, a favor de la demandante”.

Manifestó que la entidad abrió el proceso de licitación pública No. 005 de 1996, cuyo objeto fue la construcción de las nuevas instalaciones para el centro de información meteorológica del Aeropuerto El Dorado de Santafé de Bogotá. Participaron 24 empresas, entre ellas la demandante, que ocupó el primer lugar y la más alta puntuación en la *evaluación inicial*, con 89.64 puntos sobre 100.

Sin embargo, mediante el acto de adjudicación, contenido en la Resolución No. 02717 del 2 de mayo de 1996, el consorcio favorecido fue Zambrano-Palacios, que obtuvo 85.59 en la *evaluación inicial*, y ocupó el tercer lugar. No obstante, le adjudicaron porque en la *segunda evaluación* realizada se accedió a una observación presentada contra el informe de evaluación inicial, aduciendo erróneamente incumplimiento de Gomher Ltda. de un requisito del pliego, por lo que se descalificó la propuesta. Específicamente, a Gomher Ltda. no le adjudicaron porque incumplió las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, debido a que le imputaron que modificó la descripción del *ítem* 2.5 del cuadro de cantidades de obra –“formulario 6-3” del pliego-, que conforme a lo dispuesto en el numeral 2.7.3 era inmodificable –fl. 5, cdno. 1-.

El demandante considera que no “modificó” el *ítem* 2.5, pues corresponde a un error involuntario en la transcripción del nombre de la *actividad* 2.5, debido a que fue modificada por el *adendo* No. 2, que dejó el nombre de la *actividad* en el *formulario* 6-3 como aparecía inicialmente en el pliego; no obstante, el *formulario* 6.2 de su propuesta, que consigna el análisis de precios unitarios, quedó acorde con el *adendo*.

Añadió, como lo expuso en la audiencia de adjudicación, que los errores de forma no inciden en el fondo de la propuesta, por tanto no son suficientes para descalificarla, máxime cuando el pliego contempla la posibilidad de que se presenten discrepancias en el precio de una actividad entre los formularios 6.2 y 6.3, caso en el cual se entenderá válido el precio consignado en el primero. Si se aceptan dichas discrepancias entre los precios de las actividades, con mayor razón debe aceptarse el argumento en relación con el simple nombre de la actividad, que no altera ni distorsiona el contenido de la propuesta.

El demandante agregó que la verdadera razón de la entidad para no adjudicarle el contrato fue su animadversión con la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía Ltda., que demandó a la entidad contratante por incumplimiento en un contrato de obra pública, y por la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria, procesos judiciales que se debaten ante esta jurisdicción. La demandante precisa que la existencia de controversias entre las entidades públicas y los proponentes o sus socios no autoriza a aquellas a limitar la participación en otro proceso de selección de contratistas.

Como consecuencia de lo anterior, aseguró que la actuación de la entidad le causó varios perjuicios, entre ellos, la pérdida de la utilidad, que hubiera obtenido de ejecutar el contrato, por lo que debe indemnizársele dicha suma.

2. Contestación de la demanda

2.1. La Aerocivil: Señaló que durante el traslado del informe de evaluación de las ofertas un proponente objetó que Gomher Ltda. no presentó el *formulario* 6-3 conforme al *adendo* 2 del pliego de condiciones, y en vista de que éste es fundamental y hace parte del objeto, la propuesta no era la más favorable. Al no cumplir con la especificación exigida en el *adendo* No. 2, *ítem* 2.5 del cuadro de

cantidades de obra, la Aerocivil no podía aceptar que se trató de un error y que el dato correcto era el del *análisis de precios unitarios*, porque si ambos no se corresponden es imposible hacer una evaluación correcta, toda vez que esta circunstancia impide la comparación de las propuestas.

Aclaró que la entidad, mediante el *adendo* No. 2 “aclaraciones a las especificaciones técnicas”, modificó el *ítem* 2.5, que por tanto debía ofertar el proponente, en la siguiente forma:

“CONCRETO DE 3.000 PSI PARA PLACA DE CONTRAPIO e = 0.15, Unidad M3 y Cantidad 243”.

No obstante, el demandante, en su oferta, en el *formulario* 6-3, describió el *ítem* de otro modo:

“CONCRETO DE 2.500 PSI PARA PLACA DE CONTRAPISO E = 0.10, Unidad M3, Cantidad 243”.

Para la Aerocivil es claro que con este hecho se desconoció el numeral 2.7.3. del pliego, que dice:

“La relación de descripción de ítem, unidad de medida y cantidades de obra que aparecen en este formulario no podrán ser modificadas en la propuesta básica”.

El proponente, al no ajustarse fielmente al *adendo* No. 2 modificó la descripción del *ítem* 2.5, por lo que la decisión de no adjudicarle el contrato se ajustó al derecho y al pliego de condiciones.

De otro lado, en relación con los conflictos contractuales que existían entre la entidad y el señor Benhur Herrera Valencia, socio principal de Gomher Ltda., expresó que efectivamente a él se le liquidó unilateralmente un contrato, por incumplirlo, circunstancia que para la Aerocivil refleja la falta de favorabilidad de dicha propuesta en la nueva licitación, lo que apoya en el párrafo segundo del artículo 29, de la Ley 80: “Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento...”. En consecuencia, si la Junta interna de la entidad encontró que uno de los socios incurrió en

incumplimiento de contratos anteriores, tenía razones para no considerar la propuesta como la más favorable.

2.2. Consorcio Zambrano-Palacios: Se vinculó al proceso por ser el adjudicatario del contrato. Se opuso a las pretensiones, porque era inconveniente la propuesta del demandante, puesto que no tuvo en cuenta el *adendo No. 2* y no ajustó su propuesta a las exigencias del concreto de 3.000 psi. También adujo que el socio principal de la demandante fue contratista de la Aeronáutica, a quien se le terminó y liquidó unilateralmente un contrato por incumplimiento, lo que confirma la inconveniencia de su oferta.

Afirmó que la adjudicación no adolece de nulidad, porque él debió ser el adjudicatario, puesto que el demandante no cumplió las exigencias del pliego, al igual que el oferente ubicado en el segundo lugar de la evaluación inicial -que incumplió la exigencia prevista en el numeral 2.7.8. del pliego, al no anexar las certificaciones de los contratos exigidos-.

Finalmente, propuso la excepción de *ineptitud de la demanda* por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, que sustentó con argumentos similares a los expresados antes, es decir, inexistencia de fundamentos legales para conceder las pretensiones, porque la adjudicación se ajustó a la ley.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Demandante: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, y agregó que era importante que la Aerocivil, al contestarla, señalara que el formulario 6-3 es un resumen de los precios unitarios –formulario 6-2-, lo cual quiere decir que este es más importante que aquel, porque el 6-3 solo era un resumen.

3.2. Aerocivil: Reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

3.3. Consorcio Zambrano-Palacios: Reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, con fundamento en una razón fundamental: si bien Gomher Ltda. conoció el cambio de la especificación hecha al *ítem* 2.5, mediante el *adendo* No. 2, la modificación al pliego debió incluir el ajuste al *formulario* 6-3, y no solo a la parte de las condiciones técnicas para presentar la propuesta básica relacionada con el análisis de los precios unitarios. Esa omisión indujo a error al demandante, quien obedeciendo el nuevo *ítem* 2.5 presentó la propuesta conforme a él; pero diligenció en el formato 6.3 anterior, que la administración no ajustó.

Agregó que si la entidad advirtió este error del proponente, debió solicitarle la corrección o aclaración, en lugar de rechazar la oferta, consideración que apoyó en los artículos 24.5 y 25.17 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, anuló el acto administrativo de adjudicación y concedió el lucro cesante solicitado por la demandante, pero sin condenar en costas.

5. El recurso de apelación

Apelaron la Aerocivil y el demandante.

5.1. Gomher Ltda: Controvirtió la parte no favorable a sus intereses, esto es: i) la absolución del pago de costas, ii) la actualización de la condena y iii) la aplicación de los intereses moratorios a la tasa legal máxima. Para sustentarlo reiteró los argumentos de la demanda, señalando por qué el acto de adjudicación adolecía de nulidad.

5.2. La Aeronáutica: Aseguró que la apreciación del tribunal es equivocada, porque la entidad no sólo modificó la especificación o descripción del *ítem* 2.5 del pliego, sino que hizo lo propio con el *formulario* 6-3, armonizándolos, es decir que sí lo ajustó. En su lugar, el *a quo* asegura que no lo hizo, y que esto indujo a error al demandante. Agrega el recurrente que si esa razón fue el fundamento que tuvo el tribunal para acceder a las pretensiones, es evidente que la sentencia se debe revocar, ya que carece de fundamento, porque es obvio que es errada la conclusión.

Lo anterior significa que la Aerocivil sí elaboró un cuadro de cantidades de obra, ajustado a la modificación introducida, pero fue el proponente quien no lo tuvo en cuenta al presentar la oferta, de ahí que no se ajustó a la nueva especificación técnica prevista en el nuevo *ítem* 2.5, de modo que la entidad no indujo a error al oferente, ni violó las disposiciones de la Ley 80 que el Tribunal señaló como infringidas.

Frente a la segunda razón por la que no se le adjudicó el contrato al demandante, relacionada con el incumplimiento de uno de los socios en la ejecución de contratos anteriores, señaló que fue un argumento adicional, siendo válido que atendiendo a razones de conveniencia se adjudicara al proponente más favorable, que era el ubicado en tercer lugar, en vista de que las ofertas de los dos primeros tenían inconsistencias.

6. Alegatos en el trámite del recurso

6.1. Gomher Ltda.: Reiteró lo expresado en la demandada, en los alegatos de primera instancia y en la sustentación del recurso.

6.2. La Aeronáutica: Reiteró los argumentos de la apelación, en defensa de la legalidad del acto de adjudicación.

CONSIDERACIONES

El objeto del proceso, en esta instancia, consiste en determinar si la decisión de la Aeronáutica -no adjudicar el contrato a Gomher Ltda.- se ajustó a la legalidad, teniendo en cuenta que su oferta presentó una inconsistencia en la especificación de un *ítem* de obra, y por eso fue rechazada, adjudicándosele el contrato a otro oferente.

Frente a esta situación, el *a quo* concluyó que el error de Gomher Ltda. sí existió, pero que era imputable a la Aerocivil, que lo indujo a esa equivocación, por eso anuló la decisión y concedió parcialmente las pretensiones. Ambas partes quedaron inconformes, y apelaron, lo que no inhibe en la segunda instancia la aplicación del principio de la *no reformatio in pejus*.

La Sala advierte que confirmará la decisión, aunque con razones adicionales, y para justificarlo examinará los siguientes temas: *i)* la competencia del Consejo de Estado para conocer el asunto; *ii)* lo probado en el proceso; *iii)* la evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993, donde se desarrollarán los siguientes aspectos: a) Reiteración de la doctrina contenida en la sentencia del 26 de febrero de 2014 –exp. 25.804-: *La evaluación de ofertas y el régimen jurídico de la subsanabilidad de los requisitos*, b) Régimen jurídico de las *aclaraciones y explicaciones* en la etapa de evaluación: Valoración de las ofertas “*incompletas*”, “*inconsistentes*” o “*poco claras*”, *iv)* Indemnización por la indebida adjudicación de un contrato *v)* el caso concreto, donde se aplicarán las consideraciones del numeral previo, para lo que se desarrollará: a) valoración de las aclaraciones dadas en la audiencia de adjudicación; b) la prohibición de modificar el formulario 6-3 de cantidades de obra; c) incumplimiento declarado en contratos anteriores; y *vi)* la indemnización, tema en que se definirá: a) el monto de la indemnización y su actualización; b) la procedencia de intereses sobre la indemnización; y c) la condena en costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme a lo establecido en el artículo 129¹ del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003²-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos cuando se discute la legalidad de un acto propio de la actividad precontractual, como es el de adjudicación de un contrato.

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

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

“Sección tercera (...)”

“Las controversias de naturaleza contractual.”

En el caso concreto, cuando se presentó la demanda –año 1996- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$3'080.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor era de \$50'000.000.

2. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance del proceso se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas, y los hechos que se tienen probados, relevantes para resolver el caso *sub iudice*:

a) El 6 de febrero de 1996 se abrió la licitación pública No. 005 de 1996, cuyo objeto fue la “construcción de nuevas instalaciones para el centro de información meteorológica del Aeropuerto El Dorado de Santafé de Bogotá D.C.”.

b) En el pliego de condiciones la entidad incluyó el *item* 2.5, cuya descripción fue:

“concreto de 2500 psi para placa de contrapiso $e=0.10$ ” –fl. 351,
cdno. 4-

c) La Aerocivil modificó el pliego de condiciones, mediante el *adendo* No. 2, y varió algunas especificaciones e *items*, entre ellos el 2.5, cuya especificación pasó a ser:

“concreto de 3000 psi para placa de contrapiso $e=0.15$ ” –fl. 4,
cdno. 4-

d) La Entidad, en el mismo *adendo* 2, además de cambiar las especificaciones técnicas de algunos *ítems*, ajustó el “formulario 6-3” de cantidades de obra –fl. 9, cdno. 4-, es decir, lo actualizó de acuerdo a los nuevos *ítems* solicitados por la Aeronáutica.

De esta manera se acredita el yerro en que incurrió el tribunal administrativo, quien aseguró en la sentencia apelada que la entidad no hizo ese ajuste y que eso fue lo que indujo a error al demandante; cuando queda claro que no fue así, porque el *adendo* sí contenía la modificación pertinente en el formulario que el oferente debía llevar o diligenciar para expresar el valor de su oferta.

e) Posteriormente, la sociedad Gomher Ltda. presentó propuesta y manifestó: “Que hemos recibido los siguientes *adendos* a los documentos de la licitación: Adendo No.1. Del 8 de marzo de 1996 y recibido el 15 de marzo de 1996; Adendo No. 2. Sin fecha y recibido el 15 de marzo de 1996” –fl. 51, cdno. 2-. Lo anterior significa que el demandante conoció la modificación de los *ítems*, al igual que el modificado *formulario 6-3*, que contenía las nuevas especificaciones técnicas de los bienes requeridos por la Aeronáutica.

f) Gomher Ltda., en el formulario 6-3, ofertó el *ítem* 2.5, describiéndolo de la siguiente manera:

“Concreto de 2.500 psi para placa de contrapiso E=0.10” –fl. 52, cdno. 4-.

Lo anterior significa que la propuesta modificó el *ítem* finalmente solicitado por la entidad en el *adendo No. 2*. En su lugar, lo que Gomher Ltda. ofreció correspondió a la especificación técnica anterior, es decir la original, la que luego se modificó.

Sin embargo, la lectura de los hechos no se puede limitar a estos datos. La Sala también destaca que en la misma oferta, en el documento denominado Análisis de Precios Unitarios –en adelante APU-, Gomher Ltda. describió el *ítem* 2.5 de esta otra manera:

“Concreto 3.000 placa piso e=15” –fl. 69, cdno. 2-

En esta parte de la oferta el mismo *ítem* sí se ajustó a la especificación técnica exigida en el *adendo 2*, incluso el valor expresado en este lugar coincide con el *ítem* 2.5 del formulario 6-3 de cantidades de obra –donde la descripción es errada-, de manera que el *precio* coincide en un lugar y en el otro, pero no la descripción del elemento.

g) La Aerocivil no se percató de este problema en la *evaluación inicial* de las ofertas, y espontáneamente calificó todas, y como resultado Gomher Ltda. ocupó el primer lugar del orden de elegibilidad, con un puntaje de 89.64 sobre 100 –fl. 3 cdno. 4-, sin advertirse el problema.

h) El pliego de condiciones también contiene algunas disposiciones de gran importancia para la decisión de este proceso, invocadas por las partes; por ejemplo, el numeral 2.7.3 señala:

“2.7.3. El formulario No. 6.3, que corresponde a las Cantidades de Obra, se debe diligenciar teniendo en cuenta: (...)

“La relación de descripción de ítem, unidad de medida y cantidades de obra que aparecen en este formulario NO podrán ser modificadas en la propuesta básica” (...) –fl. 39, cdno. 4-.

El numeral 3.1.7. expresa:

“3.1.7. En caso de discrepancia entre el valor de los precios unitarios consignados en los diferentes formularios, se tomará como dato verdadero el consignado para cada precio unitario, el incluido en el formulario 6-2”.

El “formulario 6-2”, al que se refiere este numeral, corresponde al de “análisis de precios unitarios” –APU- (fl. 149, cdno. 4), y el numeral 3.1.7 en el pliego expresa que si se presentan discrepancias entre los precios mencionados en diferentes lugares de la oferta, prevalece el dato consignado en el APU, criterio técnico muy lógico, porque la información que aquí se consigna tiene un desglose superior al de cualquier otro documento de la oferta.

i) Durante el lapso de 5 días que concede la ley a los oferentes para revisar la evaluación de las ofertas, el proponente Consorcio Zambrano-Palacios –que ocupaba el tercer lugar- objetó el informe, concretamente la calificación asignada a Gomher Ltda., aduciendo que no se ajustaba al pliego, porque modificó el *ítem* 2.5 del formulario de cantidades, así que no ofreció lo que la entidad necesitaba para la construcción.

j) La entidad contestó las observaciones en la *audiencia de adjudicación*, y le concedió la razón al Consorcio Zambrano-Palacios, es decir, concluyó que Gomher Ltda. no ofreció el *ítem* 2.5 pedido en el pliego de condiciones –incluida la modificación-, y por eso se debía rechazar su propuesta. En particular, expresó las siguientes consideraciones, que recogió en la Resolución No. 2717, del 2 de mayo de 1996, que adjudicó la Licitación:

“En la misma sesión de Junta de Licitaciones y Contratos, se estudiaron las observaciones a las evaluaciones presentadas por el proponente CONSORCIO ZAMBRANO-PALACIOS contenidas en el oficio sin número de fecha 3 de abril de 1996; como resultado de lo anterior, los Miembros de la Junta de Licitaciones y contratos recomiendan acoger la observación hecha al proponente GOMHER LTDA. relacionada con el incumplimiento de lo establecido en el numeral 2.7.3. del pliego de condiciones, debido a que el proponente modificó la descripción del ítem 2.5 del cuadro de cantidades de obra - formulario 6-3 del pliego, que conforme a lo dispuesto en el numeral 2.7.3. es inmodificable”.

“Adicionalmente los Miembros de la Junta de Licitaciones y Contratos consideran que la propuesta presentada por el proponente GOMHER LTDA no es conveniente para la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, debido a que el socio principal de dicha sociedad, Señor Benhur Herrera Valencia fue contratista de la Aeronáutica Civil, habiéndosele liquidado unilateralmente el contrato mediante resolución motivada a finales del año de 1995, por presentarse incumplimiento del objeto contractual; esta consideración ganará necesariamente la conclusión sobre la no favorabilidad de dicha propuesta para la Entidad”. -fl. 15, cdno. 2-

En consecuencia, la Aerocivil le adjudicó el contrato al consorcio Zambrano–Palacios, que inicialmente se ubicó en el tercer lugar de elegibilidad, pero pasó al primero tras concluirse que era la propuesta más conveniente ya que el primero y segundo oferente no cumplieron las exigencias del pliego.

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

Antes de analizar el *caso concreto*, la Sala: *i)* reiterará la doctrina vertida en la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 26 de febrero de 2014 –exp. 25.804- que analizó la problemática de la evaluación de ofertas en vigencia de la Ley 80 de 1993 –modificada por la Ley 1150 de 2007- y en particular el régimen de la subsanabilidad; y *ii)* complementará el tema anterior con un estudio sobre el régimen jurídico de las *explicaciones* y *aclaraciones* de los datos confusos o poco claros que contienen las ofertas.

a) Reiteración de la doctrina contenida en la sentencia del 26 de febrero de 2014 –exp. 25.804-: *La evaluación de ofertas y el régimen jurídico de la subsanabilidad de los requisitos.*

En la sentencia indicada se expresó que uno de los aspectos más sensibles de los procesos de selección de contratistas es la evaluación de las ofertas, y dentro

de ella la calificación del cumplimiento de los requisitos que exigen los pliegos de condiciones, la ley y los reglamentos. No cabe duda de que a la entidad estatal que dirige el proceso administrativo es a quien le corresponde adoptar esa decisión, en primera instancia, la cual puede ser controvertida por los proponentes –a través de sus observaciones contra el informe de evaluación³³-, para que de nuevo la administración estudie el tema; y finalmente, es eventual la posibilidad de que intervenga el juez para controlar los actos de la administración donde adopta esas decisiones.

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

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

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no

³³ Sobre la posibilidad de controvertir los informes de evaluación, en cualquier clase de proceso de selección de contratistas, el art. 24.2 de la Ley 80 establece: “En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.”

De manera especial, sólo para la licitación pública, la Ley 80 establece, en el art. 30.8, que: “Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.”

acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no adjuntar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental⁴, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa⁵. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de *principio* del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos

⁴ “Art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

⁵ “Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

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

de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

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

“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”

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

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

“7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el

plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y *para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.*" (cursiva fuera de texto)

De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo *in limine* de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las mismas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará "a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables", comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de allí que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

De esta forma, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué "solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables", si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?

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

"8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. **En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.**"

La etapa de “observaciones al informe de evaluación” corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

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

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

No obstante, esa expresión es demasiado amplia, general, vaga e imprecisa –se trata de un típico concepto jurídico indeterminado-, de ahí que si bien la nueva constitución y la nueva legislación contractual avanzaron en la solución de los

problemas del pasado, en todo caso aún se carecía de certeza y objetividad sobre el significado de esa expresión, de manera que en cada entidad estatal, y para cada proceso de contratación, se debió calificar qué repercusión tenía.

Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones⁶-, la Ley

⁶ Mediante la Sentencia del 26 de abril de 2006 –exp.16.041- la Sección Tercera anuló parte de unos pliegos de condiciones porque evaluó la forma de presentación de la oferta, cuando se trata de un aspecto insustancial para compararlas. Expresó:

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. **En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.**” (Negrillas fuera de texto)

El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”.

los principios de la contratación pública, como el de planeación, transparencia y el deber de selección objetiva.

(...)

“Por consiguiente, así como, en repetidas oportunidades ha explicado la Sala, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el componente sustancial de la propuesta, de igual manera, con este mismo raciocinio, no pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, por ende, ponderarse o calificarse criterios de índole formal, que ningún valor le agregan a la contratación y que, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3; 5 24 numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993).”

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

Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran *necesarias* para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que *"asignan puntaje"*, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir - !debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.

A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un *ítem*, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el *ítem* o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.

No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí; al poco tiempo el Gobierno reglamentó la Ley 1150, y

señaló, en el art. 10 del Decreto 066 de 2008⁷, que en ejercicio de esta facultad – la de subsanar ofertas- no era posible “... permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.”

Esta norma introdujo una gran contrariedad, y por ende provocó un gran debate de legalidad entre los operadores jurídicos de la contratación, porque mientras la Ley 1150 exigió subsanar cualquier defecto o insuficiencia de una oferta, con la condición de que el defecto no asignara puntaje; el reglamento introdujo una limitación a la subsanabilidad de algunos de esos defectos, relacionada con dos criterios nuevos: *i)* falta de capacidad y *ii)* ocurrencia de circunstancias después de presentadas las ofertas⁸. Esto significó que a pesar de que los defectos o falencias observadas de una oferta no asignaban puntaje, no se podían corregir o cumplir - es decir, no eran subsanables-, si se trataba de alguna de las dos circunstancias prohibidas por el decreto –tres circunstancias contando la ausencia de póliza de seriedad-.

En este escenario, los administradores debieron estimar que hasta tanto el Consejo de Estado no anulara o suspendiera esa disposición –lo que, por cierto,

⁷ “ Artículo 10. Reglas de subsanabilidad.

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

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

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

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

⁸ Incluso, el Decreto 4828 de 2008, que reglamentó las garantías en la contratación, señaló que la ausencia de póliza de seriedad de las ofertas era insubsanable-a pesar de que es claro que este requisito no otorga puntaje-, pero sí se pueden corregir los defectos que tuviera la presentada junto con la oferta: Dispuso el inciso final del art. 7.1: “(...) La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última.”

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

no sucedió, porque la norma no se demandó-, las entidad públicas y los oferentes la debieron presumir legal, es decir ajustada a derecho, y por tanto la aplicaron obedientemente, porque en Colombia la *excepción de ilegalidad* no la pueden aplicar la administración ni los particulares; salvo el juez administrativo⁹.

⁹ A esta conclusión llegaron el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Ésta lo expresó en la sentencia de constitucionalidad C-037 de 2000, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

Poco tiempo después, la misma norma la reprodujo el Decreto reglamentario 2474 de 2008 –que derogó al Decreto 066 de 2008¹⁰-. Dispuso el art. 10, de manera idéntica, que las entidades estatales tampoco pueden: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente.

las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

“De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

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

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

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

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

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

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

A su vez, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 734 de 2012¹¹, que sobre el mismo tema dispuso que la entidad tampoco podía: “... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.” La garantía de seriedad de la oferta conservó el mismo tratamiento expresado al pie de página pertinente, pero ahora en el artículo 5.1.7.1. del Decreto 734.

Hasta este año los tres decretos –más el 4828 de 2008- conservaron el problema jurídico comentado: la contradicción parcial entre ellos y el art. 5 de la Ley 1150, puesto que tergiversaron buena parte de la regla que estableció la ley, porque mientras ésta permitió subsanar todos los defectos que no asignaran puntaje, sin importar el momento del procedimiento contractual en que se haga -incluso la norma dispone que hasta la adjudicación¹²-, los reglamentos impidieron subsanar

¹¹ “Artículo 2.2.8. *Reglas de subsanabilidad*. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

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

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

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

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

¹² En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054. CP. Enrique Gil Botero- declaró la nulidad parcial del art. 10 del Decreto 2474 de 2008, que limitaba la posibilidad de subsanar las ofertas “*hasta el momento en que la entidad lo establezca...*”, y no como lo expresa la Ley “*...hasta la adjudicación del contrato respectivo.*” La Sala expresó que:

“A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1° del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “*la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos*”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “*ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.*”

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

Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, párrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: *¿el defecto asigna puntaje al oferente?* Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054- expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las

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

“De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar *“hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”*

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

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 cumplir¹³.

“A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que *“la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, **no necesarios para la comparación de las propuestas** no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, *“ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”*”

Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.

b) Régimen jurídico de las aclaraciones y explicaciones en la etapa de evaluación: Valoración de las ofertas “incompletas”, “inconsistentes” o “poco claras”.

Un aspecto inmanente -por inseparable- al analizado en el numeral anterior es la posibilidad que tiene la administración de solicitar a los oferentes, durante la etapa de evaluación de las ofertas, que *aclaren y/o expliquen* el contenido de algún aspecto, bien porque *no es claro*, porque es *inconsistente* o porque definitivamente es *confuso*. La relación que suele establecer el operador jurídico entre los aspectos señalados y la subsanabilidad es de *identidad*, pero se verá que tienen diferencias, que no permiten asimilarlos, pero sin duda se emparentan estrechamente.

¹³ *Ibídem.*

i) Regla general para la evaluación y comparación de las ofertas: “... deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones...” –análisis del art. 30.6 de la Ley 80-.

El fundamento normativo expreso y más importante de la obligación que tienen las ofertas de ajustarse al pliego de condiciones, con estrictez, se encuentra en el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993, que desarrolla la estructura del proceso de licitación, regla extensible a cualquier otro proceso de selección –concurso de méritos, mínima cuantía, selección abreviada o contratación directa- porque sería inaudito que en estos casos las propuestas se puedan separar del pliego, y que la entidad las deba admitir y adjudicar.

Claro está que en el derecho privado ya existía la misma regla. Esto significa que ambos ordenamientos coinciden en regular la materia, y en igual sentido; de hecho, el ordenamiento administrativo lo hizo a sabiendas de lo que ya disponía el privado, pero con la finalidad de actualizar y garantizar su contenido en la ley de contratos del Estado, y también por la fuerza de la universalidad que tiene esa verdad que recoge el derecho de los negocios jurídicos. En definitiva, el art. 30.6 establece:

“6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.” (Cursiva fuera de texto)

Esta disposición consagra, en la primera parte, la forma óptima o perfecta como deben presentarse las ofertas: completas y ajustadas a lo pedido, porque si el pliego de condiciones es la ley del contrato, las propuestas deben sujetarse, con rigor extremo, a sus disposiciones. Esta idea constituye la *regla general* y el punto de partida para comprender el tema. No obstante, inmediatamente surgen dudas inevitables: ¿Este principio es absoluto? y ¿qué sucede si una oferta se separa del pliego en aspectos sustanciales y qué si se desvía de requisitos nimios?

Para la Sala -como ya lo expresó su jurisprudencia, e incluso la doctrina lo estima igual-, la interpretación de esa parte de la disposición no puede extremarse hasta creer que incumplir o acreditar un requisito en forma diferente –simplemente distinta- a la señalada en el pliego *necesariamente* conduce al rechazo de la oferta. Pero tampoco se niega que semejante entendimiento carezca de lógica y

de apoyo en esa disposición, porque a “raja tabla” sí dispone que las ofertas se deben adecuar *totalmente* al pliego, pues expresa: “... a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego”. Afortunadamente no añade la consecuencia que produce la falta de acople, por ejemplo el rechazo *in limine*.

Por el contrario, ese fragmento de la disposición debe interpretarse en forma integral con las demás normas, principios y valores de la Ley 80, específicamente las que confieren a los oferentes la posibilidad de *subsanan*, *aclarar* o *explicar* su oferta, e incluso las que le asignan a las entidades la función de *corregir*, oficiosamente, ciertos requisitos. Conforme a estas ideas, las disposiciones jurídicas no deben interpretarse de manera aislada, mucho menos cuando pertenecen a cuerpos normativos que regulan en forma integral una materia, como sucede con los códigos o los estatutos, función que cumple la Ley 80 con la contratación pública¹⁴.

La disposición comentada, interpretada literal, aislada y extensivamente, conduce a que requisitos que solo facilitan la evaluación de las propuestas, por parte de la entidad, adquieran la connotación de causales de rechazo, por ejemplo: i) el pliego exige que la propuesta se entregue en original y dos copias, lo que facilita que el personal técnico, jurídico y logístico o financiero la evalúe, de forma simultánea. Incumplir este requisito no conduce al rechazo, pues se trata de una exigencia formal que no afecta el ofrecimiento. ii) Igual sucede con los formularios que las entidades suelen anexar al pliego, que también les facilita evaluar las propuestas, pero su modificación por el oferente no conduce, automáticamente, a descalificarla, porque habrá que considerar si el cambio afecta el fondo de lo que representa, es decir, si el contenido varía; o si únicamente se modifica la forma, por ejemplo, si cambia los bienes ofertados o si solo altera el contenido de dicho formulario, que en muchos casos resume o sintetiza la propuesta, pero la información puede extraerse de otros lugares de la oferta.

¹⁴ Sobre la interpretación del artículo 30.6, la Sala de Consulta del Consejo de Estado señaló en el Concepto del 20 de mayo de 2010 -Rad. 2010-00034-: “el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6° del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes.”

De estos ejemplos se infiere que no cualquier desviación de la oferta, en relación con el pliego, justifica su rechazo, porque si bien literalmente deben sujetarse a todos y cada uno de los requisitos contenidos en el pliego, tampoco puede aplicarse implacable y fríamente esta disposición a cualquier requisito omitido o cumplido imperfectamente, pues se sabe que la desviación frente a algunos aspectos del pliego no constituyen causa para rechazar la oferta.

De allí se concluye que el art. 30.6 no rige o aplica a los requisitos simplemente formales, que son presupuestos para participar en el procedimiento y no hacen parte de los elementos que permiten comparar las ofertas, como se expresó en relación con el número de copias, la tabla de contenido, el foliado, no aportar los documentos en el “orden” exigido, aspectos que no constituyen, en ningún caso, justificación suficiente para rechazar la propuesta, ni siquiera cuando la entidad solicite que se subsanen y el oferente no lo haga, ya que la finalidad de esos requisitos solo es facilitar el examen de las propuestas, pero jamás afectan el contenido de la oferta, aunque sí la disciplina del proceso.

En este sentido, el exmagistrado Humberto Cárdenas Gómez señala que la interpretación del artículo 30.6 no puede ser rígida, sino razonable. Añade que la intención del legislador fue permitir que ciertos aspectos de la oferta que no se ajustaran al pliego -los denomina “desviación” o “apartamientos”- pudieran remediarse:

“Las ofertas que se presenten a una licitación o concurso deben sujetarse a las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia, so pena de que sean descalificadas. Tal ha sido el criterio legal y doctrinario predominante en esta materia. Se fundamenta dicha regla en el hecho de ser los pliegos la ley del contrato que habrá de celebrarse. De ahí que la mayor parte de los tratadistas coincida en expresar que el contrato viene a ser en últimas una mera instrumentalización de lo que quedó establecido en el momento en que cobró ejecutoria el acto que lo adjudicó.

“Sin embargo, no es razonable extremar las cosas. La esencia de éstas no puede sacrificarse en aras de las simples formas externas, de lo adjetivo, de lo intrascendente. En nuestro medio se ha llegado al colmo de rechazar una propuesta, porque se omitió una fotocopia, o se dejó en el escritorio del licitante que se encontraba a paz y salvo con un municipio el certificado que acreditaba tal circunstancia.
(...)

“Esta ley no emplea las expresiones desviación y apartamiento de los pliegos, que son de uso frecuente en la doctrina, pero contiene una serie de normas que dan idea nítida de que el legislador ha

querido poner fin a la práctica inveterada de rechazar las propuestas por razones intrascendentes y fútiles”¹⁵.

En consecuencia, la regla que contiene el artículo 30.6 rige plenamente en relación con los requisitos del pliego que inciden en la valoración de las propuestas, y las demás exigencias sustanciales que contenga, que si bien no afectan la comparación son requisitos de participación en el procedimiento, por tanto fundamentan el rechazo de un ofrecimiento. Algunos de ellos son: falta de certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, un certificado de experiencia, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, la autorización del representante legal por parte de la junta directiva, etc. Requisitos que se acreditan pura y simplemente, y por tanto no se ponderan; frente a ellos el 30.6 aplica plenamente, no tiene excepciones, es decir, la propuesta tiene que cumplir esos requisitos so pena de rechazo. Sin embargo, dicho cumplimiento es ideal que se satisfaga cuando se entrega la oferta; pero si desgraciadamente no sucede así, puede subsanarse, de conformidad con el inciso segundo del artículo 25.15 de la Ley 80 original, y en la actualidad el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Lo importante con esos requisitos es que se cumplan una vez los requiera la entidad, incluso dichas falencias, que en muchas ocasiones las advierten los demás proponentes durante el traslado que se les da para presentar observaciones al informe de evaluación, pueden acreditarse, a solicitud de la entidad, a más tardar antes de la audiencia de adjudicación o durante su celebración, pues es la única oportunidad para defenderse frente a los señalamientos hechos a la oferta.

Lo anterior aplica en relación con los requisitos sustanciales de la oferta que no inciden en el puntaje, pues frente a estos el artículo 30.6 rige plenamente, pero la adecuación tiene que hacerse al momento de presentarse la propuesta, ya que la regla de subsanabilidad del inciso segundo del artículo 25.15 se excepcionaba con estos elementos, como sucede en la actualidad con el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, que concreta que la comparación de las ofertas se hace con base en los requisitos que otorgan puntaje.

¹⁵ CÁRDENAS GÓMEZ, Humberto. Las desviaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia, en: Comentarios al estatuto general de contratación de la administración pública, Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 1994, p. 51 a 55.

ii) Régimen jurídico de las aclaraciones y explicaciones necesarias que debe dar el oferente para evaluar las ofertas –análisis del art. 30.7 de la Ley 80-.

Una norma que debe armonizarse con el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993 es el artículo 30.7, que por su importancia se reitera:

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

Se trata de un caso especial de adecuación de la oferta al pliego de condiciones; y más que una forma de *subsanabilidad* es una posibilidad diferente: la oportunidad de *aclarar* o *explicar* lo que contiene la propuesta, solo que es discutible la interpretación o conformidad con el pliego.

Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de *aclarar* los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de *evaluación* de las ofertas -que se diferencia de la *subsanabilidad* -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así. En otras palabras, no se trata de la “*ausencia de requisitos o falta de documentos*” -a que se refiere el artículo 25.15 de la Ley 80, y que reitera el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150-; sino de la posibilidad de *aclarar* o *explicar* lo que existe en la propuesta¹⁶.

¹⁶ Sobre la posibilidad de presentar explicaciones y aclaraciones la doctrina expresa: “Durante el plazo dispuesto para la evaluación, podrá solicitar aclaraciones y explicaciones que requiera en relación con las ofertas. Debe advertirse que esta posibilidad encuentra su justificación para eventos de ambigüedad de la propuesta y no puede ser utilizada para que so pretexto de una aclaración se modifiquen, complementen, adicionen o mejoren. Con razón podría señalarse que en ejercicio de esta atribución no se incorporan en las ofertas nuevos documentos pues se trata, se repite, de aclarar dudas en su presentación y no de cambiar o corregir ciertos aspectos”. (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Segunda edición, 2003, p. 288.

En consecuencia, hay que diferenciar el régimen jurídico de *subsanabilidad* de las ofertas, del régimen de las *aclaraciones o explicaciones* de las mismas, pues son actuaciones con significado distinto, incluso se apoyan en disposiciones diferentes de la Ley 80: i) la *subsanabilidad* en el art. 25.15 original, hoy en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y ii) las *aclaraciones y explicaciones* en el art. 30.7 de la Ley 80.

De hecho, la expresión *subsanar* no tiene origen legal, se construyó a partir de la *praxis* de los operadores jurídicos, apoyados en las disposiciones de la Ley 80, que permitían corregir aspectos de las ofertas requeridos por los pliegos de condiciones. Se necesitaba una expresión que recogiera este acontecimiento, porque si bien, la Ley 80 contempló claramente la posibilidad no la nombró con un concepto específico, por lo que el término que se impuso fue *subsanar*, y se consolidó rápidamente en la doctrina y la jurisprudencia, y se volvió habitual utilizarlo, aunque carezca de soporte normativo.

En consecuencia, la diferencia entre las actuaciones referidas -*subsanar*, de un lado; y *aclarar* o *explicar* las ofertas, de otro- no solo se apoya en normas diferentes sino en el significado mismo de los términos, por lo que cabe acudir a su acepción en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española* – DRAE-, que define ***subsanar*** como: “ 1. tr. Disculpar o excusar un desacierto o delito; 2. tr. Reparar o remediar un defecto”. ***Aclarar*** se define como: “8. tr. Hacer ilustre, esclarecer; 10. tr. Hacer claro, perceptible, manifiesto o inteligible algo, ponerlo en claro, explicarlo”. Como se observa, en el segundo significado, aclarar es sinónimo de ***explicar***, que a su vez se define como: “1. tr. Declarar, manifestar, dar a conocer lo que alguien piensa; 2. tr. Declarar o exponer cualquier materia, doctrina o texto difícil, con palabras muy claras para hacerlos más perceptibles; 5. tr. Dar a conocer la causa o motivo de algo; 6. prnl. Llegar a comprender la razón de algo, darse cuenta de ello”.

Como se observa, *subsanar*, unido al artículo 25.15, reiterado por el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, implica reparar un defecto de la propuesta, con mayor precisión la omisión de algún requisito, ya que la norma se refiere a la “la ausencia de requisitos o la falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, siempre y cuando no incidan sobre la comparación

de las ofertas pueden ser reparados o subsanados, es decir, que ello implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene¹⁷.

Aclarar o *explicar* es diferente. El supuesto de partida no presume agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad –aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo¹⁸.

En consecuencia, se trata de conceptos independientes en significado y alcance durante el proceso de evaluación, sin embargo, persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya

¹⁷ Para ilustrar un poco el significado y el alcance de “aclarar” se puede acudir a las consideraciones que existen sobre la aclaración de providencias judiciales, institución que tiene en este campo mayor desarrollo que en materia contractual, en su aplicación sobre la oferta. De esta manera, el Consejo de Estado, en sentencia del 1 de abril de 2009 (exp. AP 25000-1326-000-2005-00240-01), expresó: “La aclaración de sentencias también se predica, en sede de acciones populares, no frente a simples contradicciones aparentes sino delante de aquellas expresiones o contenidos que puedan dar lugar a interpretaciones encontradas y que sólo el mismo juzgador al definir su sentido correcto pueda justamente brindar claridad.

“De modo que este tipo de solicitudes no autorizan al juzgador a variar el fondo de la decisión ya que, como lo ha señalado la jurisprudencia, la facultad de aclarar un fallo es intrínsecamente distinta de la de revocar, reformar o adicionar el mismo fallo. Aclarar, por el contrario, es explicar lo que parece oscuro, y se excedería manifiestamente el juez que a pretexto de hacer uso de aquella facultad, variase o alterase la sustancia de su resolución.

“La inteligencia de este instituto supone que no es el medio para alterar, modificar o reformar el alcance o contenido de lo decidido en la sentencia de la acción popular, ni tampoco el camino para entrar a decidir asuntos nuevos, puesto que por expreso mandato legal con ella sólo es posible poner fin a una duda propiciada por el equívoco empleo de uno o varios términos en el fallo, o lo que es igual, disipar o quitar lo que ofusca la claridad o la transparencia de lo resuelto”.

¹⁸ Sobre la posibilidad de explicar o aclarar la oferta, PINO RICCI señala que se puede hacer añadiendo documentos, lo que no implica modificar la oferta: “Dentro del plazo de las evaluaciones la entidad estatal podrá, solicitar ‘las aclaraciones y explicaciones que estime indispensables’. Adicionalmente, si los oferentes lo considera pertinente, podrán hacer las aclaraciones que consideren oportunas sin que sea necesario el requerimiento expreso de la entidad. Las aclaraciones permitirán a la entidad precisar el alcance de aquellos aspectos confusos o ambiguos de las ofertas, pero en ningún caso éstas podrán implicar una modificación del ofrecimiento. Ocurrirá una modificación si se presentan informaciones no referidas en la oferta, por tanto, presentar un documento que permita acreditar la información contenida en la oferta o constituye una modificación.” (PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 301)

sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias.

En relación con el segundo aspecto, no puede olvidarse que las *propuestas*, como *textos* que son, están sujetas a interpretación, son objeto de una hermenéutica, de un entendimiento de su alcance y contenido, como sucede con el pliego de condiciones y, en general, con cualquier documento que contiene un mensaje, un dato o una información. Entre otras cosas, la hermenéutica, es decir la interpretación, ni siquiera es exclusiva o privilegio de los textos, y entre ellos ni siquiera de los jurídicos.

Sobre *lo primero*, porque también es objeto de la hermenéutica el arte, la vida, lo que acontece, hasta el comportamiento común, cuando despiertan en un sujeto que observa el interés de conocer el significado o alcance. Incluso una mirada, una expresión o cualquier otro suceso que acontece en el mundo –puede no ser humano, como la caída de una hoja, el viento, la lluvia fuerte, el comportamiento animal-, queda capturado en la *actitud hermenéutica*, si se trata de precisar su alcance y sentido.

Sobre *lo segundo*, todos los textos, sin excepción, son interpretables: los textos religiosos son objeto de una cuidadosa y exigente hermenéutica sobre el significado de lo que dijeron sus autores; la literatura tiene en la hermenéutica una de sus más apasionantes posibilidades de análisis; así que el derecho es un texto más, que se sirve o necesita de la hermenéutica con tanta necesidad como otros; hasta la publicidad, los grafitis y cualquier mensaje escrito o hablado reclama comprensión.

De ahí que no sea extraño, sino apenas natural, que también la oferta para un negocio jurídico, en un proceso de contratación estatal, requiere entenderse y concretar su alcance. Por esta razón, es justificable que: i) la administración intente comprenderlas, para valorarlas; y que ii) del lado de los oferentes exista la oportunidad de ofrecer aclaraciones o explicaciones para entenderlas, cuando su lectura es compleja.

En todo caso, cuando la administración asume la *actitud hermenéutica* no trata, como propósito, de encontrar incoherencias o errores para detenerse en ellos y

agotar su trabajo de evaluación, la intención correcta es precisar la incidencia que tiene ese hallazgo en el proceso de selección y en el futuro contrato, de ahí que cuando se presentan dudas sobre el alcance o sobre posibles falencias de la oferta deben escucharse las explicaciones del proponente, para garantizar tanto su participación como el interés general de encontrar la oferta que mejor garantice el servicio público.

Finalmente, la necesidad de *aclarar* o *explicar* la oferta es el resultado de una *actitud hermenéutica* no satisfecha autónomamente por el sujeto que interpreta -la administración-, quien se encuentra ante una situación de incomprensión, confusión y falta de inteligibilidad de un dato.

iii) Supuestos usuales que exigen aclaraciones o explicaciones del proponente: *incoherencias, falta de claridad y oferta con precio artificialmente bajo*

Los problemas hermenéuticos más comunes que se presentan durante la etapa de evaluación de las ofertas son: la ***incoherencia***, es decir, cuando sobre un mismo aspecto, asunto o requisito la oferta cuenta con dos datos diferentes: conforme a uno dice algo concreto, y conforme al otro el contenido cambia –mucho o poco-, y de allí se derivan consecuencias diversas, entre ellas que la oferta se ajuste o no a lo pedido, e infinidad de efectos disímiles.

En este evento, la entidad no debe actuar conforme a la primera impresión, y menos si es la más gravosa para el proponente, aunque tampoco debe tomar partido irreflexivamente en su favor. Existe dos opciones:

a) Aplicar una regla previsiva del pliego que dirima la controversia, como cuando expresa que: “en caso de contradicciones entre un lugar y otro de la oferta prevalecerá uno de ellos”. En este evento se requiere que el pliego haya anticipado este tipo de problemas, en cuyo caso el principio de legalidad impone la aplicación de ella sin mayores dificultades.

b) La otra opción o actitud -a falta de la regla anterior-, consiste en permitirle al autor del texto –al proponente- que explique, es decir, que defina el alcance de la obligación que adquirirá, porque no se puede adjudicar, y celebrar luego el contrato, para posteriormente esperar que en calidad de contratista

discuta que el alcance de su propuesta fue otro –el sentido que no se adecuaba a los pliegos-, porque conduciría a una controversia, con la consiguiente afectación del servicio público.

Otro supuesto que exige aclaración o explicación del proponente se presenta cuando la oferta no es **clara**, es decir, cuando su interpretación se dificulta, como cuando utiliza términos, conceptos o metodologías difíciles de entender, o cuando no se comprende el alcance propuesto. No se trata de contradicciones entre aspectos o contenidos de la propuesta, sino de que la entidad no entiende, no comprende su alcance o los términos empleados, así que necesita información adicional que lo precise.

Sucede, por ejemplo, cuando el proponente calcula un valor o la cantidad de algo con base a metodologías diferentes, es decir, cambia la forma de representar lo solicitado. En este evento la oferta no debe rechazarse, pues el cálculo realizado en forma diferente no implica incumplir lo pedido, por lo que debe buscarse que las equivalencias coincidan, pero en caso de que el fondo se modifique es justificado el rechazo, pero no por la confusión inicial de la entidad sino por la alteración frente a lo pedido.

El tercer supuesto de *aclaración y explicación* lo regula el Decreto 1510 de 2012, frente al cual la entidad tiene, necesariamente, que solicitar explicaciones al proponente sobre el alcance de su oferta: **precio artificialmente bajo**. El artículo 28 establece que en esta situación la entidad no puede rechazar inmediatamente la propuesta; en su lugar debe: i) pedir explicaciones al oferente para que justifique el valor y ii) luego de analizar la respuesta decidirá su rechazo o permitirá que continúe en el proceso de selección, dependiendo de que las aclaraciones justifiquen satisfactoriamente el motivo del precio bajo¹⁹.

¹⁹ “Art. 28. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 15 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

“Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

“En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma.” –
Cursivas fuera de texto)

La norma citada es interesante y representativa en el análisis que se propone, porque el reglamento desarrolló la posibilidad que el legislador estableció de solicitar a los oferentes *explicaciones y aclaraciones* sobre ciertos aspectos de la propuesta; y este procedimiento es el mismo que la Sala estima que se debe realizar cuando la entidad encuentre otro aspecto de la propuesta que no es claro, coherente o es confuso, esto es, debe valorar las explicaciones ofrecidas, antes de concluir que el ofrecimiento no se ajusta al pliego.

iv) Consecuencias, en la fase de evaluación, de que la oferta tenga datos confusos o poco claros.

La falta de *claridad* no supone, *per se*, un problema de *subsanabilidad* de la oferta; aunque en ocasiones conduce a aplicarlo. En estos eventos, se insiste, la oferta suele estar completa, pero no es preciso su contenido, así que la administración debe indagar por el alcance exacto de lo propuesto, para despejar las inquietudes que surgen, y con base en ellas tomar las decisiones que correspondan. De esta manera, como consecuencia de la aclaración o explicación que ofrece el proponente, la administración puede concluir:

a) Que la oferta está perfecta, y continúa su evaluación.

b) Que la oferta no se ajusta a lo pedido, en cuyo caso optará por: **a)** permitir que se subsane el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en las condiciones que establece la ley, analizadas *supra*; **b)** rechazar la oferta, cuando el defecto que se puso en evidencia produce esa consecuencia y es insubsanable, o **c)** evaluar la oferta, con la consecuencia consiguiente que produce el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en caso de que no provoque el rechazo sino un castigo en su valoración.

En todo caso, se insiste en que *subsananar* no es lo mismo que *aclarar* o *explicar*, aunque en ocasiones aquél se use como consecuencia de las explicaciones dadas. La importancia de diferenciarlos radica en que la *aclaración* o *explicación* se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –

sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes.

Lo anterior tampoco significa que si el proponente claramente incumple un requisito sustancial del pliego –de los que producen el rechazo- la entidad tenga que pedir explicaciones, pues en tal caso hay claridad y podrá: i) rechazar inmediatamente la oferta, o ii) solicitar antes que se subsane, si es susceptible de ello.

Lo anterior también significa que en caso de inconsistencia o falta de claridad en la oferta, la entidad tiene el deber de escuchar al proponente y pronunciarse sobre sus explicaciones, si es del caso incluso luego del *traslado del informe de evaluación*, como sucede en la audiencia de adjudicación, toda vez que en muchos casos las propuestas se rechazan por observaciones que hacen los participantes a las demás propuestas, afirmaciones frente a las que el proponente objetado no tiene oportunidad de pronunciarse durante el traslado del informe, y solo puede defenderse en esta instancia, pues, como lo señala el artículo 30.10, la audiencia es una instancia deliberativa donde se toman decisiones que inciden en el procedimiento de selección: “De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido”²⁰.

²⁰ Aunque es una norma que no tiene aplicación en el caso debatido, el decreto 1510 de 2013 que reglamenta las leyes de contratación estatal es clara en señalar que: “Art. 39. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de riesgos, y b) adjudicación (...).

“1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la entidad estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.

“2. La entidad estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes.

“3. Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la entidad estatal haya señalado con anterioridad.

No obstante lo anterior, lo ideal en un proceso de selección es que las *aclaraciones y explicaciones* se anticipen y soliciten durante la etapa de *evaluación*, lo más pronto posible, es decir, antes de que la entidad elabore el informe respectivo, de tal manera que las tenga en cuenta para producir ese acto administrativo. Esto garantiza la doble posibilidad de comunicación entre la administración y los oferentes, puesto que las explicaciones se manifestarán antes de producirse el informe y luego podrán impugnarlas los demás oferentes en el término de traslado de la evaluación.

v) Oportunidad y tiempo para *subsana*r, *aclarar* o *explicar* la oferta

En vigencia de la Ley 80 de 1993 -y con mayor claridad en la Ley 1150 de 2007-, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse *hasta antes de la adjudicación*, término que comprende, inclusive, la audiencia de adjudicación. Sin embargo, la Sala hará la siguiente precisión:

La expresión citada *no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar*, pues como lo señala el art. 25.1 de la Ley 80, los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son “*preclusivos y perentorios*”, es decir, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno²¹.

“4. La entidad estatal puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el Secop con antelación.

“5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda. (cursiva fuera de texto)

²¹ El párrafo 1 del artículo 5 es claro en este aspecto: “(...) 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*”. (cursiva fuera de texto) En efecto, la norma establece que hasta la adjudicación la entidad puede requerir para que se subsane el requisito, mas no que el proponente subsane a su arbitrio durante ese lapso, por lo que debe acogerse al término fijado por la administración. La norma además aclara que en los procesos de selección en que se utilice el mecanismo de subasta, la posibilidad que tiene la entidad para fijar el plazo dentro del

Lo anterior significa que durante la vigencia de la Ley 80 -y con más claridad en vigencia de la Ley 1150 de 2007- las entidades estatales deben solicitar a los proponentes que aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las propuestas. Esta oportunidad sólo puede realizarse, por razones obvias, a partir del momento en que empieza la etapa de *evaluación* –tan pronto se entregan las ofertas-, abarcando la etapa de *análisis de las observaciones contra el informe de evaluación* –que materialmente supone una evaluación final de las ofertas- e incluso -como límite- llega hasta la *adjudicación*. Esto significa que la oportunidad para aclarar, explicar y subsanar las ofertas incluye varias etapas del proceso de selección.

En el interregno comentado la administración concede al proponente el plazo discrecionalmente previsto en los pliegos de condiciones –usualmente de unos días- para aclarar, explicar o subsanar. Si el pliego no contempló el término la administración, discrecionalmente, fija uno *ad hoc*, porque no puede escudarse en semejante vacío para prescindir del derecho del oferente de esclarecer la oferta. Esta posibilidad, en todo caso, se extiende a todos los oferentes con propuestas deficientes; de ninguna manera cabe discriminar entre unos y otros.

En este horizonte, si bien es obligación de la entidad permitir que se aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las ofertas susceptibles de esa oportunidad, y por ende es un derecho de los participantes que se lo soliciten, se trata de una oportunidad temporalmente limitada, cuyo término define la administración, y es preclusivo para subsanar o aclarar; y si el proponente no corrige o explica dentro del estricto plazo conferido –por ejemplo, no subsana los problemas de la póliza, no acredita la experiencia pedida, etc.-, la administración conserva la posibilidad de ampliarlo o de admitir la entrega tardía, pero llegado el caso precluye para el oferente la oportunidad para hacerlo, así que la administración puede evaluar esa oferta concreta conforme a la información –o desinformación- que consta en el expediente del proceso de contratación, pudiendo rechazarla por no ajustarse al pliego de condiciones, e inadmitiendo la información entregada tarde –aportación de póliza fuera del término, corrección tardía de la experiencia adicional, etc.-.

cual la propuesta debe subsanarse, se reduce, pues no será hasta la adjudicación, sino hasta antes de la realización del certamen de subasta.

De la anterior manera se ponderan adecuadamente el *derecho* del proponente a subsanar, corregir y aclarar; con el *derecho-deber* que tiene la administración de avanzar y concluir el procedimiento de selección –principios de eficiencia, economía y celeridad de la actuación administrativa-, que no se puede estancar ni quedar en vilo de las respuestas extemporáneas que entregue el oferente. De esta forma la administración también adquiere seguridad jurídica para adoptar las decisiones que correspondan frente a las ofertas incompletas o poco claras que no se subsanan o explican en el tiempo otorgado, así que el vencimiento de la oportunidad garantiza a la administración que la decisión que tome con base en la información que posee es segura y confiable, comoquiera que se ajusta al derecho que aquí se explica.

En consecuencia, el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada *a más tardar hasta la adjudicación*; es la entidad quien tiene, *a más tardar hasta la adjudicación*, la posibilidad de *pedir* a los oferentes que aclaren o subsanen. De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada –por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla –sin exceder el día de la adjudicación-. Por el contrario, la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede, salvo que ella misma se lo amplíe, y con tal de que no afecte el procedimiento, lo cual seguramente valorará en términos de la ausencia de afectación al desenvolvimiento normal del proceso de selección.

En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración no puede hacerlo irrazonablemente²² -como cuando otorga un par de horas para

²² En efecto, la Ley 1437 señala en el artículo 44: “Art. 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe

conseguir un documento que objetivamente tarda más-, de manera que cuando es absurdo, el proponente puede acudir a la jurisdicción o a los demás órganos de control para que intervengan esta actuación administrativa, con la cual también se vulnera, materialmente, la posibilidad que la ley confiere de subsanar o de aclarar y explicar las ofertas.

4. Indemnización por la indebida adjudicación de un contrato

Para que proceda la indemnización por indebida adjudicación de un contrato, el demandante tiene la carga de probar, además de la nulidad del acto de adjudicación, que su propuesta era la que mejor satisfacía los intereses de la entidad, en los términos del inciso tercero del artículo 29 de la Ley 80²³, en la actualidad el artículo 5 de la Ley 1150²⁴. La jurisprudencia del Consejo de Estado es reiterativa en este aspecto, en efecto, en sentencia del 19 de septiembre de 1994 se señaló:

“Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los

ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

²³ “Art. 29. del deber de selección objetiva. La selección de contratistas será objetiva. (...)

“Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación”.

²⁴ “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: (...)

“La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello”.

supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.”²⁵

Si el proponente que acude a la jurisdicción demuestra los anteriores elementos tendrá derecho a ser indemnizado, en un *quantum* que ha variado en la jurisprudencia del Consejo de Estado; sin embargo, en la actualidad es pacífico considerar que el valor corresponde a la utilidad esperada. En efecto, en sentencia del 1 de marzo de 2006 se expone el desarrollo jurisprudencial sobre la materia:

“4.2. Forma de indemnizar cuando la administración adjudica indebidamente un contrato estatal.

“En los eventos en que las entidades estatales se abstienen de adjudicar un contrato a quien legalmente debió ser beneficiado con tal decisión en el proceso licitatorio, o cuando adjudican a quien no merecía dicho beneficio, surge la responsabilidad patrimonial a cargo de la administración, porque en estas hipótesis se le ha negado al oferente, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, circunstancia que puede generar un perjuicio patrimonial que, desde luego, exige la prueba específica del mismo y de su alcance.

“Sobre este tipo de eventos, la jurisprudencia de esta Sección se ha pronunciado en repetidas ocasiones, y ha llegado a las siguientes conclusiones, las cuales se presentarán considerando la línea jurisprudencial que se puede construir en su etapa más reciente:

“4.2.1. Primera posición jurisprudencial. En una primera época, el Consejo de Estado consideró que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien demuestra haber presentado la mejor oferta en una licitación, se le debe indemnizar, en forma plena, tanto el lucro cesante como el daño emergente.

‘a. A título de daño emergente la suma de \$2.706.188 que corresponde al ciento por ciento (100%) que hubiera recibido como utilidad de habersele adjudicado el ítem 4 de la licitación, suma que se actualizará, como lo dispuso el a quo con el índice de precios al productor -antes al por mayor- certificados por el Banco de la República para lo cual se tomará como índice inicial el del mes de enero de 1989 y final el del mes de abril de 1998.

²⁶’

²⁵ Sentencia del 19 de septiembre de 1994. Expediente 8071.

²⁶ Sentencia de 28 de mayo de 1998. Exp. No. 10.539.

Esta posición ya había sido adoptada en la sentencia de diciembre 9 de 1988 -Exps. acumulados 3528,3529 y 3544- en la cual se dijo que: “cuando el licitante vencido no sólo ataca el acto de adjudicación por vicios del proceso licitatorio y los demuestra sino que, además afirma y prueba

"4.2.2. Segunda posición jurisprudencial. En otro momento de la jurisprudencia, la Sala estimó que la indemnización debida por la administración al perjudicado, cuando se ha dejado de adjudicar un contrato a quien tenía derecho a ella, no podía equivaler al 100% de la utilidad esperada -como se indemnizó en el caso anterior-, por dos razones, principalmente:

"Primero, porque la utilidad esperada no es algo seguro, sino una mera expectativa, y bien podría resultar inferior, de haberse ejecutado el contrato realmente.

"Segundo, el hecho de que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justifica la indemnización de la totalidad de la mentada utilidad.

"Esta posición se sostuvo en la sentencia de abril 12 de 1999 - Sección Tercera, exp. 11.344. Actor: Miguel Castellanos Rodríguez. Demandado: HIMAT-, en la cual se dijo que:

'En el caso concreto, bien cierto que, la no adjudicación lo privó de obtener unas utilidades, pero no menos cierto que, el obtenerlas en su totalidad - según el mecanismo que se escoja para la indemnización - sin haber aplicado sus fuerzas de trabajo y organización empresarial como contratista a la obra, procuraría para el no adjudicatario demandante, una situación de mejoría o beneficio, que puede exceder el justo punto de equilibrio razonable, que ha de gobernar la fijación del quantum indemnizatorio en casos como el presente.

'Estima la Sala que, no es lo mismo obtener una utilidad determinada aplicando las fuerzas de trabajo del contratista y todo lo que comporta la ejecución de la obra, que obtener por la vía indemnizatoria, igual suma dineraria, sin tener en cuenta, la incidencia que puede tener en la obtención de la utilidad, el no haber estado en la ejecución de la obra. En otros términos, no se compadece con el principio de equidad, que exige la consideración de la situación del responsable y no exclusivamente del perjudicado, reconocer una indemnización sobre la utilidad estimada de la real ejecución del contrato, prescindiendo de un hecho inequívoco, cual es que, el no adjudicatario no realizó las obras, esto es, no tuvo el compromiso dentro del plazo ofertado de haber dedicado sus esfuerzos y atención al cumplimiento del negocio que devino frustrado.

(...)

'Sin embargo, como quiera que la Sala estima que para la obtención de la utilidad neta, se requieren erogaciones que implican costos de inversión o gastos para la producción de dicha rentabilidad, ante la

que su propuesta era la mejor para obtener, también, por razones de fondo o de sustancia, la nulidad del acto de adjudicación, tiene pleno derecho a demandar y obtener a título de restablecimiento del derecho, la indemnización del lucro cesante representado en la utilidad que hubiera obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato o, cuando menos, el monto por el cual se prestó la garantía de seriedad..."

ausencia de elementos probatorios que permitan conocer con exactitud el monto de dichos gastos para el caso concreto y, en aplicación del principio de equidad que, además, resulta procedente habida consideración de la ausencia de débito contractual, tal cual se afirmó atrás, se deducirá de la utilidad bruta estimada por el actor, el 50% ()’.

“Esa posición fue reiterada, entre otras, en la sentencia de 18 de mayo de 2000 -Exp. 11.725. Actor: Sociedad Constructora BRUGUES y Cía. S.A. Ddo: COLPUERTOS-.

(...)

“Según esta posición, la indemnización correspondería a un porcentaje de la utilidad esperada, determinada por el juez, en aplicación del principio del arbitrio judicial, ya que, atendiendo a los dos criterios expuestos, el 100% de dicha utilidad no se corresponde con el daño sufrido.

“4.2.3. Tercera posición jurisprudencial. En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera de las tesis expuestas, es decir a la indemnización del 100% de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos:

“En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación, corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior, porque cualquier monto por encima de éste constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo.

“En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior.

“Así se expresó en la sentencia de noviembre 27 de 2002 -Exp. 13.792, actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cia. Ltda. Ddo: Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali - INVICALI, en la cual se dijo que:

“Este es el criterio que reiterará la Sala en esta ocasión porque considera que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado.

“Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se hubiera discutido la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna,

necesita de la prueba correspondiente que desvirtuara el monto de la utilidad. Esto, sin embargo, no ocurre en el presente proceso”²⁷.

Esta tesis se reiteró en la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 29 de febrero de 2012, exp. 19.084, que extiende dichas conclusiones a los casos de falta de ejecución de un contrato suscrito, concluyendo que la indemnización equivale al 100% de la utilidad esperada:

“De esta manera la Sala ha extendido el análisis, estudio, conclusiones y forma de indemnizar que se emplea cuando se demanda por indebida adjudicación de un contrato o por declaración de desierto mal empleada, a casos como el presente, donde el problema nada tiene que ver con la adjudicación, sino con la falta de ejecución de un contrato suscrito.

“En otras palabras, para la Sección está claro que cuando no se adjudica un contrato a quien debió ser beneficiario de esa decisión, la indemnización corresponde al 100% de la utilidad esperada. Y si esta razón aplica tratándose de ese supuesto, con mayor razón debe regir si el contrato está suscrito –pues hay menos incertidumbre-, pero por culpa de la entidad no se pudo ejecutar.”

Es claro que ante la indebida adjudicación, la indemnización consiste en el pago de la utilidad dejada de percibir, al convertirse en un *lucro cesante* futuro y cierto, pues el proponente que debía ser adjudicatario estaría dispuesto a cumplirlo; negocio del que obtendría una ganancia razonable, que debido al error en que incurre la administración no ingresará a su patrimonio.

La indemnización no equivale al valor total del contrato, pues sería desproporcionado, porque si al proponente se le adjudicara el contrato incurriría en los gastos propios de su ejecución, por lo que el valor real dejado de percibir sería la ganancia esperada. Además, se aclara que en estos casos la indemnización no cubre los gastos de presentación de la oferta, y en general los costos en que se incurra para participar, pues no se indemnizan, ni cuando se adjudica mal un proceso de contratación, ni cuando se declara desierto una licitación que se debió adjudicar. Estos gastos no se reembolsan, porque si se hubiera adjudicado la licitación el contratista habría incurrido en ellos, de manera que se entendería que la utilidad del negocio se los compensaría. Ahora, si quien los reclama ocupó el segundo o tercer lugar en el proceso de selección –o cualquier otro hacia abajo en el orden de evaluación-, menos derecho tendría a

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de marzo de 2006, Exp. 14.576.

reclamarlos, pues esos gastos son propios del riesgo de la participación en los procesos de contratación y los asume el participante.

5. El caso concreto

Aplicando las ideas de los acápites anteriores al caso *sub iudice*, la Sala confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, con fundamento en las siguientes explicaciones: i) Valoración de las aclaraciones dadas en la audiencia de adjudicación; ii) prohibición de modificar el “formulario 6-3” de cantidades de obra; iii) incumplimiento declarado en contratos anteriores.

5.1. Valoración de las aclaraciones dadas en la audiencia de adjudicación.

Como se explicó en “lo probado en el proceso”, Gomher Ltda., en el “formulario 6-3” de su propuesta, ofertó el *ítem 2.5* con la siguiente descripción:

“concreto de 2.500 psi para placa de contrapiso $E=0.10$ ”

Lo anterior varió lo solicitado por la entidad, quien en el *adendo No. 2* cambió esa descripción del concreto por:

“concreto de 3000 psi para placa de contrapiso $e=0.15$ ”.
(Resaltado fuera de texto)

No obstante, el mismo proponente, en otra parte de su oferta, concretamente en el “formulario 6-2” -Análisis de Precios Unitarios (APU)-, ofertó el *ítem 2.5* como:

“concreto 3000 placa piso $e=15$ ”.

En este lugar, Gomher Ltda. se adecuó perfectamente al pliego de condiciones que fue modificado. Incluso el valor cotizado en el “formulario 6.3” para este *ítem* corresponde al cotizado en el “formulario 6-2” –APU-.

En consecuencia, para la Sala es evidente que el problema corresponde a un típico caso de *incoherencia* en la información de la oferta, porque contiene dos (2) datos distintos sobre un mismo *ítem* –el *ítem 2.5*-, con base en los cuales de atenderse a uno –al previsto en el “formato 6-3” de cantidades de obra- la

propuesta debe rechazarse, y de atenderse al otro –al previsto en el “formato 6-2”, APU- la oferta debe admitirse porque se adecuaba al pliego. En eventos como este, según se señaló en el análisis general del tema, la entidad no debe eliminar automáticamente la propuesta, sino pedirle al proponente que la *aclare o explique*, y después tomar la decisión que corresponde.

Está probado que la entidad no se percató oportunamente de ese defecto, porque admitió la oferta, la evaluó y finalmente consideró que el Gomher Ltda. ocupaba el primer lugar de elegibilidad en el primer informe de evaluación. Fue cuando se dio el traslado de este informe a los oferentes que otro proponente cuestionó la oferta de Gomher Ltda., por los hechos descritos, y la entidad estudio la observación y accedió al comentario, rechazando ahora la oferta por no ajustarse a las exigencias que incluyó el *adendo* No. 2.

A continuación, la nueva decisión de la Aerocivil se debatió en la audiencia de adjudicación, donde Gomher Ltda. se opuso a la nueva perspectiva del análisis de su oferta, pero la entidad confirmó la segunda evaluación, rechazó la oferta y le adjudicó al consorcio Zambrano-Palacios.

En este horizonte, para la Sala es evidente que Gomher Ltda. incurrió en un error, porque:

i) El “formulario 6-3” sí fue modificado por la entidad, no obstante Gomher Ltda. olvidó ajustar la nueva descripción del *ítem* 2.5 de ese mismo formulario; aunque se adecuó a los demás aspectos del pliego, incluyendo el *adendo*, así que describió la especificación técnica inicial y no la modificada.

ii) Sin embargo, en otro documento de la oferta, denominado “Análisis de Precios Unitarios” -APU-, Gomher Ltda. sí describió correctamente el nuevo *ítem* 2.5, por lo que era razonable considerar que en realidad no se modificó lo ofertado, porque aquí se adecuó dicho *ítem* a lo pedido por la entidad.

La Sala considera que a partir de esta contradicción la Aerocivil debió solicitar al proponente las explicaciones correspondientes, e indagar la razón de esa inconsistencia, y tener en cuenta las aclaraciones ofrecidas en la audiencia de adjudicación, donde Gomher Ltda. afirmó:

“(…) quiero aclarar que el proponente en el análisis de precios unitarios formulario 6-2A dice que es concreto de 3.000 PSI e= 0.15 y señala el valor; no existe contradicción entre lo dicho por el proponente en los formularios 6-2A y 6-3”.

Lo anterior *aclaró* la oferta, y debió generar seguridad y confianza en la entidad acerca del alcance de la misma, además de que no se modificó o adicionó ningún aspecto, solo se precisó el contenido, pues la propuesta sí cumplía lo requerido por la entidad, según la información inferida de los APU. Además, en vista de que no se *subsano* la oferta, sino que se *aclaró o explicó* su contenido, era admisible hacerlo incluso sobre un aspecto que incidía en la comparación económica con las demás, pues como se analizó *in extenso*, allí no se adiciona algo que no esté en la propuesta, sino que se esclarece lo que está presente en ella.

Para la Sala, esta explicación, apoyada en datos de la misma oferta, debió satisfacer a la entidad estatal, porque para explicar si se ajustaba o no a lo pedido Gomher recurrió a los APU de su propia oferta, documento que contienen el desglose pormenorizado de cada uno de los *ítems* del “formulario de cantidades” de obra –donde estaba el error-. Incluso, el APU describe con absoluto detalle los elementos que involucra una actividad o ítem, con sus costos –para cada ítem se distingue: materiales, mano de obra, equipo, transporte, costos indirectos, con su correspondiente precio- de manera que si en este lugar expresó que ofrecía el “concreto 3000 placa piso e=15”, la entidad ha debido entender el error que se produjo con el “formulario 6-3”, porque era aceptable que es como lo explicó Gomher Ltda.

En consecuencia, el *ítem 2.5* se adecuó a lo requerido por la Aerocivil, y en tal sentido debió adjudicársele el contrato a Gomher Ltda., porque su propuesta, de haberse admitido, obtenía el mayor puntaje en la evaluación, como de hecho lo había concluido previamente la misma entidad.

5.2. Análisis sobre la prohibición de modificar el formulario 6-3 de cantidades de obra.

La entidad señaló que el proponente contravino una prohibición clara del pliego, que en el numeral 2.7.3 señaló:

“El formulario No. 6.3, que corresponde a las Cantidades de Obra, se debe diligenciar teniendo en cuenta: (...) La relación de

descripción de ítem, unidad de medida y cantidades de obra que aparecen en este formulario NO podrán ser modificadas en la propuesta básica” –fl. 39, cdno. 4-.

Este cargo debe analizarse de conformidad con las consideraciones hechas en torno al artículo 30.6, en el sentido de que su interpretación debe ser razonable y no conducir a que cualquier separación del pliego genere al rechazo del ofrecimiento.

El apartamiento de la oferta, en el caso *sub iudice*, fue formal, en el sentido de que si bien el “formulario 6-3” presentado por el proponente cambió la descripción del *ítem 2.5*, en realidad no modificó lo que representaba, ya que, como se concluyó anteriormente, al interpretar íntegramente la propuesta, con apoyo en una lectura de todos los documentos y formularios que contenía, y consideradas las *aclaraciones y explicaciones* ofrecidas por Gomher Ltda., los bienes cotizados de adecuaban a lo pedido por la entidad. Y si bien es cierto que el pliego advirtió que no se podía modificar el “formulario 6-3”, se trata de una reiteración del mandato contenido en el artículo 30.6 de la Ley 80, según el cual “las propuestas deben sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego”, pero eso no implica que cualquier desviación de dicha prohibición conduzca al rechazo del ofrecimiento, pues no siempre que se incurre en ella se afecta un aspecto sustancial del ofrecimiento, como sucede en este caso, donde si bien se varió el *ítem 2.5* del “formulario 6-3”, el mismo dato estaba correcto en el “formulario 6-2”, y es evidente que no se afectó lo que representaba, es decir, los bienes o especificaciones técnicas de lo pedido.

La Sala reitera que no toda desviación del pliego conduce al rechazo de los ofrecimientos, ni siquiera si la entidad estableció que ese apartamiento sería causal para hacerlo, pues los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella; por tanto, una contravención formal –que se explica con la ayuda de otros documentos de la misma oferta- no autoriza el rechazo de una propuesta, pues el artículo 25.15 de la Ley 80 lo prohíbe: “Las autoridades no exigirán (...) ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias futuras, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan las leyes especiales”.

En consecuencia, 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. Lo que protege la prohibición establecida por la entidad, en el numeral 2.7.3 del pliego, es que el ofrecimiento contemple todos los bienes, con las respectivas especificaciones y cantidades requeridas, por lo que prevé que el formulario que las contiene no puede modificarse.

En el caso concreto el apartamiento fue puramente formal, porque la entidad, acreditado el alcance de la propuesta de Gomher Ltda., que se deducía del APU (formulario 6-2), confirmado por las aclaraciones hechas en la audiencia de adjudicación, debió concluir que el proponente si bien modificó el “formulario 6-3” no cambió las especificaciones, los *ítems* o las cantidades de obra. Es decir, formalmente alteró el formulario, pero no lo realmente importante, esto es, lo que él representa, por lo que la modificación fue insustancial y aclarada con suficiencia por el demandante, aunque la Aerocivil no quiso entenderlo, por preferir la literalidad formalista del pliego.

5.3. El incumplimiento declarado en contratos anteriores

El otro argumento que esgrimió la entidad para no adjudicar el contrato a Gomher Ltda., fue que a Benhur Herrera Valencia, socio principal de la demandante, la misma Aerocivil le terminó unilateralmente un contrato anterior, circunstancia que expuso o adujo como adicional para descalificar la propuesta.

La Sala recuerda que el legislador no prescribe que la terminación unilateral de un contrato afecte la capacidad contractual en futuros procedimientos de selección, por tanto no impide a quien recibe esa medida ser adjudicatario de contratos posteriores, salvo que la terminación proceda de la declaración de caducidad, que sí es una sanción que produce inhabilidad.

La entidad, para sustentar su decisión, citó impropiamente el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 –régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar-, pretextando que el literal i), del numeral primero, señala que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos, “i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”. El apoyo en esta norma es equivocado, porque esta inhabilidad se produce cuando se declara la “caducidad” de que trata el artículo 18

de la Ley 80, que es diferente de la “terminación unilateral” a que se refiere el art. 17.

En conclusión, como la ley no dispone que la terminación unilateral de un contrato sea causal de inhabilidad, y por tanto de rechazo de las ofertas, o que sea argumento para abstenerse de adjudicarlas, resulta evidente el error de la Aerocivil.

6. Indemnización

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de condenar a la Aeronáutica a pagar a la sociedad Gomher Ltda. el valor de la utilidad esperada por la ejecución del contrato; no obstante se harán las siguientes precisiones: i) la actualización de la suma de dinero; ii) la negación de los intereses; iii) la absolución de costas procesales.

6.1. Monto de la indemnización y su actualización

Como quedó señalado en el acápite sobre “indemnización por la indebida adjudicación de un contrato”, en casos como el presente, donde se advirtió el error en la adjudicación por parte de la Aeronáutica y se demostró que la oferta del demandante era la más favorable para la entidad, la indemnización corresponde a la utilidad esperada en ese contrato.

Atendiendo a lo anterior, Gomher Ltda., en el “cuadro de cantidades de obra” de la propuesta, estimó la utilidad en \$28'288.593 –fl. 56 cdno. 2- suma que no incluye impuesto de IVA, por lo que se condenará a pagarla.

El monto anterior debe actualizarse, por la pérdida del valor adquisitivo, sin embargo, no se fijará en los mismos términos que lo hizo el Tribunal, porque éste estimó que la actualización procedía desde “la fecha de presentación de la propuesta (18 de marzo de 1996)”, entendimiento inaceptable para la Sala, toda vez que si Gomher Ltda. hubiera sido adjudicatario, en ese momento no habría recibido el pago por la ejecución del contrato, de ahí que la actualización deba hacerse desde el momento en que hubiera adquirido el derecho a él. En otras

palabras, no es razonable condenar a una suma, actualizándola a partir de una fecha en que no se habría recibido, si aún no surge la obligación de pagar.

En el caso concreto no es posible establecer con precisión científica el día en que se hubiera realizado cada uno de los pagos a quien debió ser contratista, por eso la Sala, apoyada en criterios de equidad, actualizará la suma a partir del momento en que terminaría la ejecución del contrato, fecha cierta e indiscutible en que el adjudicatario y futuro contratista adquiriría el derecho al pago del contrato ejecutado, y por tanto a la respectiva utilidad.

Ahora, en vista de que tampoco existen elementos para definir cuándo iniciaba la ejecución del contrato, se adoptarán cálculos usuales en los contratos de la misma naturaleza que celebran las entidades públicas.

En este orden, se sabe que el contrato se adjudicó el 2 de mayo de 1996, así que la Sala considera que su firma se debió hacer a más tardar dentro de los 5 días siguientes –apoyándose en la orientación contenida en el numeral 3.13 del pliego de condiciones-, y la ejecución debió empezar 5 días después –plazo suficiente para constituir la garantía única y que fuera aprobada (numeral 3.4 del pliego)-, es decir, se tendrá por fecha de inicio el 12 de mayo de 1996.

Ahora, los pliegos establecieron que el término de ejecución sería de 120 días calendario –numeral 3.4 del pliego, fl. 60 cdno. 4-, por lo que la actualización se hará desde septiembre de 1996. De esta manera, la utilidad esperada \$28'288.593, que no incluye impuestos –denominada “valor histórico” (Vh)- se actualizará conforme a la siguiente fórmula, a partir de la fecha en que debió terminar el contrato, y que la Sala supone que pudo ingresar todo el dinero –septiembre de 1996-, y hasta el mes anterior a la fecha de esta providencia –septiembre de 2014-, índice de inflación que se conoce en el país:

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final})}{(\text{IPC inicial})}$$

$$Va = \$28'288.593 \times \frac{\text{Sept/14}}{\text{Sept/96}}$$

$$Va = \$28'288.593 \times \frac{117,48858}{36,99661}$$

$$Va = \$89'834.896$$

6.2. Intereses de mora sobre el valor de la indemnización

El demandante, en el recurso de apelación, también solicitó que se condenara a la Aeronáutica al pago de intereses moratorios desde la fecha en que se debió ejecutar el contrato, a la tasa legal máxima, sobre el valor de la condena. La Sala considera que esta pretensión es improcedente, porque el derecho a esta indemnización se constituye con la presente providencia de condena, así que es a partir de este momento que la demandante es acreedora, es decir, puede exigir el pago, y por eso la mora no se ha causado.

Los intereses moratorios, como su nombre lo indica, se causan sobre sumas en que se haya incurrido en mora de pagar, sin embargo, en el caso concreto la Aerocivil nada le debía a Gomher Ltda. en la época del proceso de contratación, ya que él no fue el adjudicatario -y luego el contratista-, decisión amparada por la presunción de legalidad del acto administrativo que sólo ahora se está anulando. Solo a partir de esta sentencia de segunda instancia es que se declara la ilegalidad del acto de adjudicación, y una vez demostrado que el demandante debió ser el adjudicatario surge el derecho al pago de la indemnización, de allí que en 1996 la entidad nada tenía que pagar, por lo tanto no era deudora, ni el proponente acreedor.

Esta posición está unificada por el Consejo de Estado, que en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del 12 de julio de 2012, señaló:

“Así, resulta claro para la Sala que la diferencia fundamental entre la sentencia que anula el acto administrativo que impone una multa o hace efectiva una cláusula penal pecuniaria y la que advierte la falta de pago de unas obras contratadas y realizadas, radica en que en el primer caso la sentencia constituye el título que obliga a la entidad a restituir al contratista la suma que éste había pagado, pues anula el acto administrativo que la impuso, y solo a partir de entonces se puede decir que la entidad le debe al contratista una suma de dinero, razón por la cual no se puede hablar de que haya mora de la entidad con anterioridad a la constitución del título de la obligación, es decir, al momento en que la sentencia queda en firme”. (...)

“el acto administrativo a través del cual se impone una multa o se hace efectiva una cláusula penal pecuniaria está amparado con la presunción de legalidad, y que por tal motivo solo a partir de la sentencia que lo anula se causan los intereses moratorios, pues es

*entonces cuando nace la obligación de pago correspondiente a cargo de la entidad*²⁸. (cursiva fuera de texto)

Adicionalmente, sobre el pago de intereses moratorios es explicativa la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 23 de septiembre de 2009:

“La parte actora, también reclamó a título de indemnización de perjuicios el pago de intereses bancarios corrientes y el pago de intereses moratorios, pretensión que será denegada por las siguientes razones: (i) En el caso sub lite la suma que se ordena reintegrar a la parte actora como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la impuso, no corresponde a una obligación surgida del contrato celebrado entre las partes y a cargo de la parte demandada. (ii) La obligación de reintegro de la multa a cargo del ISS, indiscutiblemente surge de la sentencia misma, en tanto que es ella la que define la controversia suscitada en relación con la legalidad de la sanción impuesta por el ISS. (iii) Al encontrar la Sala que el acto administrativo que impuso la sanción es ilegal, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia que declara su nulidad, se produce un doble efecto, de una parte, surge la obligación del ISS de hacer el reintegro del valor pagado y correlativamente, el derecho de GRANAHORRAR de exigir su devolución. (iv) Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia [H. Morales Molina, Parte General, Novena edición, Bogotá, 1985, pág. 496]. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época. En este orden de ideas, tan solo procede en favor de la parte actora y a título de indemnización de perjuicios, el reconocimiento al Banco GRANAHORRAR del valor de la multa que canceló en el año 2001, debidamente indexada”²⁹

En conclusión, no se condenará a la Aeronáutica a pagar intereses de mora desde septiembre de 1996 hasta la fecha de esta providencia, por las razones anotadas.

6.3. Condena en costas

²⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15.024.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639.

La Sala confirmará la decisión proferida por el *a quo* en este punto, y por tanto se abstendrá de condenar en costas. Para ello, se tendrá en cuenta la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, que en Sentencia del 18 de febrero de 1998 señaló:

“La nueva disposición [se refiere a la modificación introducida por la ley 446 de 1998] contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del C.C.A. sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

“En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso. La dificultad surge al determinar los criterios que debe tener en cuenta el juez para decidir cuando la conducta de la parte justifica la condena en costas.

“La norma remite así a lo que la doctrina ha denominado ‘cláusulas abiertas’ o ‘conceptos jurídicos indeterminados’, los cuales no dan vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma con un mayor margen de apreciación.

“Respecto de los criterios jurídicos indeterminados ha sostenido García de Enterría que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten no implican en ningún caso una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no³⁰. En este sentido el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo en relación con los actos administrativos señala que ‘en la medida en que el contenido de una decisión... sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa’³¹.

“Es decir que en el caso concreto, la cláusula abierta que contiene el artículo 56 de la ley 446 de 1998 no faculta al juez para decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal, sino para resolver en frente de una actuación claramente verificable, cuándo ella amerita la condena al reembolso de los gastos hechos por la parte favorecida con el juicio, incidente o recurso, en consideración a los fines de esa facultad discrecional.

³⁰ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. La lucha contra las inmunidades del poder. Madrid, Cuadernos Civitas., 1983. pag 63.

³¹ Sobre el tema ver sentencias de la Corte Constitucional C - 530 de 1993, C - 024 de 1994, C - 473 de 1994 y C - 081 de 1996.

“La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.

“En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

“Es claro que el Legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”³². (cursiva y corchetes fuera de texto)

Los argumentos anteriores son aplicables al caso debatido, porque si bien, la demanda se presentó antes de la expedición de la Ley 446 de 1998, las normas procesales rigen de forma inmediata, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Ahora, se considera que la actuación de la Aeronáutica en ningún momento del proceso fue temerario, ni el interés en la interposición del recurso tuvo fines dilatorios, de manera que en vista de que su actuación fue razonable no se le condenará a pagar costas.

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

FALLA

³² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 1999, exp. 10.775. Jurisprudencia reiterada por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de octubre de 2000, exp. 13.097 y en sentencia del 30 de marzo de 2011, exp. 18.347.

Confírmase la sentencia proferida el 24 de marzo de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, pero por las razones expuestas en esta providencia, la cual quedará así:

“PRIMERO: Declárese no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, conforme a las consideraciones de este proveído

“SEGUNDO: Declárese la nulidad de la Resolución No. 02717 del 2 de mayo de 1996, expedida por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, conforme a las consideraciones consignadas en esta sentencia.

“TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, a reconocer y pagar a favor de la Sociedad Gomher Ltda., la suma de ochenta y nueve millones ochocientos treinta y cuatro mil ochocientos noventa y seis pesos (**\$89'834.896**), por concepto de los perjuicios ocasionados.

“CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177, 178 del Código Contencioso Administrativo.

“QUINTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda

“SEXTO: Sin condena en costas”.

Para pagar la suma actualizada a que se refiere el numeral tercero, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil dispone de 30 días calendario, contados a partir del momento en que Gomher Ltda. presente la cuenta de cobro, al final de los cuales empezará a causarse el interés de mora a que se refiere la ley procesal aplicable.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE de DE LA HOZ