

## **SUBSANABILIDAD – Regla – Requisitos habilitantes – Alcance – Límites**

La regla de subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procesos de contratación estatal que se regulan por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia. Esta regla prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, consiste en permitir que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta.

[...] Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

## **GARANTÍA DE SERIEDAD – Subsanación – Alcance - Límites**

La tercera modificación relevante que introdujo la Ley 1882 de 2018 sobre la regla de subsanabilidad, es la correspondiente a la garantía de seriedad. El párrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, excluye expresamente la posibilidad de subsanar la falencia de no aportar la garantía de seriedad junto con la propuesta.

[...] la regla contenida en el párrafo citado debe aplicarse solamente cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta o cuando los errores que se pretenden corregir, modificar o enmendar no corresponden a aspectos formales [...].

[...] En armonía con lo anterior, esta Agencia ha entendido que es posible subsanar cuestiones formales de la garantía de seriedad de la oferta, por ejemplo, en concepto C-218 del 2 abril de 2020, determinó que «Los errores en el contenido de la póliza no afectan la comparación de las propuestas, porque las entidades no asignan puntaje a la póliza y, por lo tanto, la entidad les debe otorgar la facultad a los proponentes de subsanar cualquier error en el contenido de la póliza, y estos últimos deben subsanarlos hasta el traslado del informe de evaluación, so pena de rechazar la oferta».

## **GARANTÍA DE SERIEDAD – Subasta Inversa – Subsanación**

[...] la regla general respecto a la oportunidad para subsanar tiene como excepción, entre otras cosas, el término especial establecido en los procesos de selección abreviada mediante subasta inversa, para la cual el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, adicionó el párrafo 4 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en donde se precisa esta regla en los siguientes términos: «Parágrafo 4°. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización».

[...] Ahora bien, debido a que en la solicitud se cuestiona si es factible realizar la subsanación de la garantía de seriedad en un proceso de selección abreviada mediante subasta inversa, lo único que cambia en la aplicación de la regla de subsanabilidad es el término que se tiene para realizar esta actuación [...].





Bogotá, 18 Enero 2021

Señor  
**Edwin Runza**  
Bogotá D.C.

### Concepto C-779 de 2020

**Temas:** SUBSANABILIDAD – Regla – Requisitos habilitantes – Alcance – Límites / GARANTÍA DE SERIEDAD – Subsanación – Alcance – Límites / GARANTÍA DE SERIEDAD – Subasta Inversa – Subsanación

**Radicación:** Respuesta a consulta P20201201000311

Estimado señor Runza,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública—Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 1 de diciembre de 2020.

#### 1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: «¿La seriedad de la oferta en subasta inversa se puede subsanar? Tengo dos situaciones»

«1- que se presente una seriedad erróneamente (de otro proceso)»

«2- se puede presentar una seriedad con fecha posterior al cierre (sic)»

#### 2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la finalidad de la garantía de seriedad de oferta y la posibilidad de subsanar este requisito en los conceptos del 28 de octubre del 2019 No. Rad. 2201913000008068, concepto del 14 de noviembre del 2019 No. Rad. 2201913000008484, C-218 del 2 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020 y C-683 del 21 de noviembre de 2020. Asimismo, la Agencia se ha referido sobre las reglas de subsanabilidad aplicables al proceso de subasta inversa en los conceptos C-008 del 4



de mayo de 2020, C-267 del 4 de mayo de 2020, C-283 del 4 de mayo de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020 y C-730 del 14 de diciembre del 2020

## **2.1. Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección y, en particular, en los procesos de selección abreviada mediante subasta inversa**

La regla de subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procesos de contratación estatal que se regulan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, consiste en permitir que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta. Así lo ha establecido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

[...] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias<sup>1</sup>.

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, la falta de entrega o los defectos frente a los requisitos que no asignan puntaje, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, en particular, la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de permitir la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Ahora bien, la posibilidad de subsanar los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano. En un *primer momento*, antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Exp. 1.992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.



supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

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.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran «necesarios para la comparación de propuestas». De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida frente a la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7<sup>2</sup>, que sigue vigente, y que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación. De igual forma, debía tenerse en cuenta el artículo 30.8<sup>3</sup>, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta.

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de esta no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un *tercer momento*, siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el parágrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente:

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación

<sup>2</sup> Ley 80 de 1993. Art. 30.7: «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».

<sup>3</sup> Ley 80 de 1993. Art. 30.8: «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».



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.

Nótese que esta norma reitera lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la definición de la posibilidad de subsanar dependiendo de si se trata de un requisito que asigna o no puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007 la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si la entidad estatal encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto de la oferta que no otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si lo omitido no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 –original–, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: «en cualquier momento, hasta la adjudicación». El Consejo de Estado, con particular *sindéresis*, concluyó que a partir del párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 –antes de la modificación realizada por la Ley 1882 de 2018– que la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

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<sup>4</sup>.

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Expediente: 27.986. C.P. Enrique Gil Botero.



ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada totalmente hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y adicionó algunos otros, entre ellos el 4º:

Artículo 5º. De la selección objetiva.

[...]

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Como puede observarse, esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse e, iii) introduce modificaciones en relación con tres aspectos que se analizarán a continuación, realizando especial énfasis en los temas que guardan relación con el objeto de la consulta. Los dos primeros aspectos se expondrán en lo que resta de este numeral y el tercer aspecto en el numeral siguiente de este concepto.

El *primero* es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta<sup>5</sup>, pues en el caso de que se utilice la subasta, los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización.

<sup>5</sup> Ley 1150 de 2007, artículo 5, párrafo 4º: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización».



Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración solicite y para que los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados. Lo anterior no impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación y que los oferentes los aporten, incluso, previamente –antes del traslado del informe de evaluación, sin perjuicio de que, en todo caso, lo puedan hacer hasta el momento en que termine el traslado del informe de evaluación.

En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: “*deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección*”.

Como se indicó previamente, la regla general respecto a la oportunidad para subsanar tiene como excepción, entre otras cosas, el término especial establecido en los procesos de selección abreviada mediante subasta inversa, para la cual el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, adicionó el parágrafo 4 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en donde se precisa esta regla en los siguientes términos:

Parágrafo 4°. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, *deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.* (Cursiva fuera del original)

Si se analiza la norma transcrita, no es difícil llegar a la conclusión de que esta contiene una regulación muy parecida, incluso idéntica, a la contenida en la parte final del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007<sup>6</sup>, antes de ser modificada por la Ley 1882 de 2018, siendo en esencia la misma, con la precisión adicional respecto de los documentos susceptibles de subsanación. Esta regla consiste en el deber de las entidades de *solicitar* los documentos subsanables hasta el momento previo al inicio de la audiencia de subasta.

Ahora bien, lo que supone dicha regulación no es que los proponentes tengan la facultad de presentar los documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de las propuestas en cualquier momento anterior al inicio de la subasta, o que estén habilitados para retener tal documentación hasta dicho momento. Lo que establece el parágrafo 4° *Ibídem* es el momento hasta el cual las respectivas entidades pueden requerir a los proponentes la subsanación de los documentos faltantes, y definirles el momento de presentación. Lo anterior, fue aclarado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en vigencia del texto original del parágrafo 1 de

<sup>6</sup> El parágrafo original de la Ley 1150 de 2007 establecía: «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.*» (Subraya y cursiva fuera del original).



la Ley 1150 de 2007, respecto de la regla general de subsanabilidad, que fijaba la adjudicación como momento límite para subsanar, mediante consideraciones que se extienden a la regla de subasta, en los siguientes términos:

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* [...]

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.*  
[...]

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 [...]

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 [...]

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<sup>7</sup>.

En ese orden de ideas, extendiendo las anteriores consideraciones a la regla de subsanabilidad consagrada el parágrafo 4 de la Ley 1150 de 2007, el inicio de la subasta es el momento hasta el cual la entidad cuenta con la facultad para requerir la subsanación de los documentos referentes a la futura contratación o a los proponentes,

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 27.986.



no necesarios para la comparación de las propuestas, y para que fije la oportunidad de su presentación, que tampoco podrá superar dicho momento. Para el ejercicio de tal facultad, las entidades podrán, *ex ante*, establecer dentro del pliego de condiciones un periodo dentro del cual los participantes del proceso de selección podrán realizar tal subsanación, o en su defecto, requerir por separado o conjuntamente a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta.

De otro lado, el *segundo* cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: «*los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*». Lo anterior ofrece dos aspectos que merecen clarificación: *primero*, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y *segundo*, qué es el cierre del proceso.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008<sup>8</sup>, que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha<sup>9</sup>.

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplieran con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

---

<sup>8</sup> Decreto 2474 de 2008 (DEROGADO): «art. 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 2º, 3º y 4º del artículo 5º 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*». (Cursivas fuera de texto).

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de noviembre de 2008. C.P. William Zambrano Cetina. Rad. 2008-00079-00(1927).



Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

Por ejemplo:

i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso y que para antes de dicho momento estaba en firme;

ii) si un oferente presentó la propuesta sin aportar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar –la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar<sup>10</sup>;

iii) si un oferente no anexó el certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe desde antes del cierre del proceso<sup>11</sup>;

iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso;

v) si un oferente no aportó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas, y

vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...) lo que se puede

<sup>10</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408.

<sup>11</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804.



remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»<sup>12</sup>. En tal sentido, esta Subdirección, en concepto emitido en respuesta a la Consulta 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019, analizó si era o no posible subsanar el RUP vencido, para lo cual precisó el alcance de la prohibición de permitir subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. En tal sentido, indicó que no es relevante que, al subsanar dichos documentos, su fecha de actualización sea posterior a la del cierre, sino que las circunstancias que acrediten hayan ocurrido antes.

Una reiteración de la postura de esta Subdirección, según la cual la subsanabilidad procede sobre todos aquellos requisitos que no otorguen puntaje, siempre que no se trate de entregar la garantía de seriedad de la oferta no aportada antes del cierre del procedimiento de selección, y bajo la condición de que no se acrediten hechos ocurridos con posterioridad a dicho momento.

Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para llegar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje, y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

## **2.2. Posibilidad de subsanar la garantía de seriedad de la oferta en los procedimientos de selección**

La *tercera* modificación relevante que introdujo la Ley 1882 de 2018 sobre la regla de subsanabilidad, es la correspondiente a la garantía de seriedad. El parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, excluye expresamente la posibilidad de subsanar la falencia de no aportar la garantía de seriedad garantía de seriedad junto con la propuesta. El parágrafo 3 de la norma mencionada establece: «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma».

El origen de dicha norma, según se desprende de lo dicho en la Gaceta No. 605 del 2016, se encuentra en que para el legislador era necesario eliminar la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad hasta antes de la adjudicación del contrato. Lo anterior teniendo en cuenta que si la garantía no se presentaba de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta, la entidad no podía reclamarle los perjuicios causados, pues no contaría con la garantía para hacerlo y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 2010-00034-00(1992).



De todos modos, tal como se infiere de conceptos anteriores proferidos por esta Agencia, la regla contenida en el párrafo citado debe aplicarse cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta. Por ello, en principio, se podrían corregir los errores de la garantía, siempre y cuando estos se pretendan corregir, modificar o enmendar y no se enmarquen en el supuesto de no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta, por lo que es posible enmendar ciertas falencias, tal como se explicará enseguida.

En primer lugar, de una lectura literal del párrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se evidencia que el legislador previó que lo insubsanable es *no aportar la garantía*, más no se pronunció sobre los casos en los que se presenta una garantía que evidencia ciertas falencias como, por ejemplo, un error en el valor asegurado o en la vigencia de los amparos.

Teniendo en cuenta que el párrafo citado no prevé la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad cuando esta efectivamente se presentó, pero contiene errores, es necesario identificar, de manera general, las situaciones en las que se podría subsanar esta garantía, analizando los supuestos planteados por el peticionario.

Para esto es necesario recordar que de conformidad con el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, 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 esta disposición es posible subsanar todo defecto que no afecte la asignación de puntaje de un proceso de contratación hasta el traslado del informe de evaluación, salvo el proceso de mínima cuantía y el proceso de subasta inversa.

En armonía con lo anterior, esta Agencia ha entendido que es posible subsanar cuestiones formales de la garantía de seriedad de la oferta, por ejemplo, en concepto C-218 del 2 abril de 2020, determinó que «Los errores en el contenido de la póliza no afectan la comparación de las propuestas, porque las entidades no asignan puntaje a la póliza y, por lo tanto, la entidad les debe otorgar la facultad a los proponentes de subsanar cualquier error en el contenido de la póliza, y estos últimos deben subsanarlos hasta el traslado del informe de evaluación, so pena de rechazar la oferta»<sup>13</sup>.

Ahora bien, debido a que en la solicitud se cuestiona si es factible realizar la subsanación de la garantía de seriedad en un proceso de selección abreviada mediante subasta inversa, lo único que cambia en la aplicación de la regla de subsanabilidad es el término que se tiene para realizar esta actuación, aspecto en el que se profundizó en el numeral anterior de este concepto.

De todos modos, en los dos supuestos de hecho que se presentan en la consulta realizada, no se está ante una subsanación del contenido de la garantía de seriedad, ni se está ante una corrección de cuestiones formales de la misma. En la primera situación,

---

<sup>13</sup> AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Concepto C-218 del 2 abril de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001740. Radicado de salida No. 2202013000002403.



la subsanación consiste en cambiar la garantía de seriedad por otra que no se presentó al momento del cierre del proceso, pues el supuesto planteado parte de considerar que se presentó una garantía de un procedimiento de selección diferente, caso en que no es posible corregir o ajustar dicha garantía, sino que sería necesario presentar una garantía totalmente diferente, que no se relaciona con la primera en absoluto. Esta situación implica materialmente que no se haya presentado la garantía de seriedad junto con la oferta, pues la presentada no es susceptible de ser corregida o ajustada en su contenido, ni tiene utilidad o efectos en el procedimiento de selección.

Por otro lado, el segundo supuesto que pone de presente el peticionario «presentar una seriedad con fecha posterior al cierre» resulta evidentemente insubsanable, pues en este caso no se presenta siquiera una garantía de seriedad junto con la oferta presentada antes del cierre del proceso, por lo que la prohibición de subsanar contenida en el parágrafo 3 de la ley 1150 de 2007 es aplicable.

### 3. Respuesta

«¿La seriedad de la oferta en subasta inversa se puede subsanar? Tengo dos situaciones».

«1- que se presente una seriedad erróneamente (de otro proceso)».

«2- se puede presentar una seriedad con fecha posterior al cierre (sic)».

De conformidad con las consideraciones expuestas en este concepto, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 determinó, de manera expresa que «la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», dejando claro que se trata de un documento de obligatoria presentación junto con la propuesta y que materializa los principios de seriedad e irrevocabilidad de la oferta.

En consecuencia, los dos supuestos de hecho planteados por el peticionario se enmarcan en la restricción anterior, que impide la subsanación de las ofertas. En la primera situación, la subsanación consiste en cambiar la garantía de seriedad por otra que no se presentó al momento del cierre del proceso, pues el supuesto planteado parte de considerar que se presentó una garantía de un procedimiento de selección diferente, caso en que no es posible corregir o ajustar dicha garantía, sino que sería necesario presentar una garantía totalmente diferente, que no se relaciona con la primera en absoluto. Esta situación implica materialmente que no se haya presentado la garantía de seriedad junto con la oferta, pues la presentada no es susceptible de ser corregida o ajustada en su contenido, ni tiene utilidad o efectos en el procedimiento de selección.

En igual sentido, el segundo supuesto indicado por el peticionario resulta evidentemente insubsanable, pues en este caso no se aporta ninguna garantía de seriedad junto con la oferta presentada antes del cierre del proceso, por lo que la prohibición de subsanar contenida en el parágrafo 3 de la ley 1150 de 2007 es aplicable.



Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original Firmado  
Jorge Augusto Tirado Navarro

**JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO**  
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: David Torres Rojas  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual.....  
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales  
Gestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual.....  
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro  
Subdirector de Gestión Contractual.....

