

LA NO PRESENTACIÓN DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA: **REQUISITO INSUBSANABLE EN LA LICITACIÓN PÚBLICA**

Juan Pablo Araújo, Director de la Cámara de Cumplimiento y Responsabilidad Civil
Fasecolda

La Circular Externa n.º 13 de junio 13 de 2014, emitida por Colombia Compra Eficiente, ha revivido la interesante discusión jurídica que se ha planteado de antaño, sobre la subsanabilidad de algunos requisitos en los procesos de selección que adelanta el Estado para escoger a sus colaboradores (contratistas).

El mencionado acto administrativo establece que «la presentación de la garantía de seriedad de la oferta puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación.» Lo anterior significa que la presentación de la seriedad de la oferta es un requisito subsanable dentro del proceso de selección.

La posición del Consejo de Estado que sirve de fundamento a la disposición proferida por la Agencia Nacional de Contratación Pública se sustenta en lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que textualmente indica que

«la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.»

A través de la norma citada, el Legislador dio alcance en materia contractual al principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual, lo sustancial prevalece sobre lo formal.



Es importante recordar que cuando la Ley 80 de 1993 consagró el principio de economía en la contratación estatal, también intentó establecer una regla de subsanabilidad que facilitara la selección objetiva, dándole prevalencia a lo sustancial. El numeral 15 del artículo 25 de la mencionada ley sostenía que «*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.*»

Con fundamento en las normas citadas, el Consejo de Estado ha concluido lo siguiente:

*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.¹ (Subrayado por fuera del texto)

Tanto el Consejo de Estado como Colombia Compra Eficiente concluyen, con fundamento en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pero sin analizar las particularidades de la póliza de seriedad de la oferta, que la presentación de la misma es un requisito que se puede subsanar porque no afecta la asignación de puntaje.

➔ El Legislador dio alcance en materia contractual al principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual, lo sustancial prevalece sobre lo formal.

No obstante lo anterior, es importante recordar que uno de los elementos esenciales del contrato de seguro es el riesgo asegurable, que es definido por el artículo 1054 del Código de Comercio como «el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.» Si se permite «subsananar» la presentación de la póliza de seriedad, sencillamente se está indicando que se debe expedir una póliza para garantizar un hecho cierto, inasegurable como vimos, pues para que la garantía sea admitida por la entidad pública contratante debe cumplir con los requisitos establecidos por el Decreto 1510 de 2013, en particular aquellos consagrados por el artículo 118,

que establecen que la vigencia de este tipo de pólizas debe iniciar a partir de la presentación de la oferta.

En ese orden de ideas, para subsanar el requisito de acompañar la oferta de la garantía de seriedad, es necesario que esta última inicie su vigencia en forma retroactiva, esto es, desde el momento en que se presentó la propuesta, para que se ajuste a lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013 y pueda ser aceptada por la entidad.

Si se expide la póliza con vigencia retroactiva, el contrato de seguro es ineficaz porque carece de uno de sus elementos esenciales que es el riesgo asegurable. Dicha consecuencia jurídica se encuentra consagrada en el artículo 1045 del Código de Comercio y ha sido reiterada por la Superintendencia Financiera, quien ha sostenido:

Sin embargo, mal podría extenderse esta conclusión a eventos en los cuales el tomador del seguro solicite al momento mismo del perfeccionamiento del contrato o de su prórroga que la póliza registre una vigencia anterior a éste, toda vez que por el lapso de la vigencia correspondiente a dicha retroactividad no se podría establecer la existencia de riesgo asegurable, elemento de la esencia del contrato de seguro, en la medida que no concurrirían las características propias de este cuales son su futuridad (sic) e incertidumbre.

De lo anterior se colige que son características del riesgo asegurable, como elemento esencial del contrato de seguro, su futuridad y su incertidumbre; por tal circunstancia, no resulta legalmente posible en estos casos, que las compañías de seguros expidan pólizas cuya vigencia se inicie con anterioridad a la fecha del perfeccionamiento del contrato.²

Si no se expide retroactivamente la vigencia de la garantía, no se puede subsanar el requisito porque no se cumpliría con los requisitos establecidos por el Decreto 1510 de 2013.



➔ Si se expide la póliza con vigencia retroactiva, el contrato de seguro es ineficaz porque carece de uno de sus elementos esenciales que es el riesgo asegurable.

Ahora bien, la seriedad de oferta cubre los siguientes riesgos: la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario; la no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses; la falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato; y el retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas. Si no existiera la obligación de presentar la garantía con una vigencia que inicie

al momento de la presentación de la propuesta, los riesgos se podrían asumir en cualquier momento, antes de la adjudicación del contrato.

En conclusión, independientemente de lo sostenido por el Consejo de Estado, no es posible volver subsanable lo insubsanable, por tanto, la presentación de la seriedad de oferta, así no sea un requisito de evaluación, se deberá realizar en el mismo momento en que se presente la propuesta, so pena de que el contrato de seguro sea ineficaz, por carecer de un elemento esencial, que es el riesgo asegurable. 

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 26 de febrero de 2014. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Rad. 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804)
2. Superintendencia Financiera. Concepto 2009071756-001 del 18 de noviembre de 2009.