

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE<sup>1</sup>

El pasado 15 de enero se expidió la Ley 1882 de 2018, norma que contiene una serie de disposiciones tendientes a fortalecer la contratación pública. Entre sus finalidades es posible destacar el deseo de promover y fortalecer la pluralidad de oferentes, la transparencia y la adopción de buenas prácticas en la contratación pública. Pese a que los cambios se concentran sobre los procesos de obra pública, lo cierto es que las modificaciones adoptadas abarcan aspectos puntuales aplicables a otros procesos de selección y al régimen jurídico para los esquemas de asociaciones público privada (APP), a través de los cuales se instrumentaliza la vinculación de capital privado en los proyectos de infraestructura. En materia de infraestructura y de APP, las normas contenidas en la reforma buscan hacer viables tanto los proyectos como los esquemas de vinculación de capital privado, de manera que incluyen reglas encaminadas a facilitar la adquisición de predios y los trámites relacionados con los permisos de intervención arqueológica, o se autoriza a las sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios y empresas industriales y comerciales del Estado a participar como oferentes y contratistas en procesos relacionados con las tipologías contractuales que los artículos 2 y 3 de la Ley 1508 de 2012 definen que están comprendidas dentro de los esquemas de APP. En materia de contratación, la reforma introduce cambios al proceso de selección de oferentes, de cara a una mayor participación para la adjudicación y la adopción de mejores prácticas a las que compelen organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Uno de los puntos que llama la atención en la reforma de enero de 2018 es el relacionado con la oportunidad para subsanar los requisitos habilitantes, cuestión que ha sido uno de los temas más controversiales en materia de contratación. Si la simple lectura de la Ley 80 de 1993 permitía concluir que los requisitos habilitantes y, en general, todo aquello que no otorgue puntaje puede subsanarse hasta el instante previo a que la entidad defina la adjudicación o hasta el inicio de la subasta inversa, varias restricciones fueron aportándose

1 Doctor en Derecho Público por la Universidad Paris II, Panthéon-Assas, París, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: [anibal.zarate@uexternado.edu.co](mailto:anibal.zarate@uexternado.edu.co). Para citar el artículo: ZÁRATE, ANÍBAL, "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 20, 2018, pp. 3-7. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n20.01>.

a nivel reglamentario<sup>2</sup> y jurisprudencial. Por ejemplo, mientras que en una sentencia del 12 de noviembre de 2014 (expediente 29.855) el Consejo de Estado indica que “lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección, pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta”, contradictoriamente el mismo día, en una segunda sentencia (expediente 27.986), así como en otra del día siguiente (sentencia del 13 de noviembre de 2014, expediente 21.321), sostiene la misma corporación 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”.

El artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 establece que son subsanables “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para comparar propuestas”. Ahora bien, la norma reitera que todo lo que no tiene puntaje es subsanable, por lo que pareciera que con esa reafirmación la norma desvirtúa los matices que había dado la jurisprudencia, cuando en realidad lo único que esta disposición hace es establecer un límite temporal para subsanar y prohibir por ley la demostración de condiciones adquiridas con posterioridad al cierre del proceso. A partir de la reforma de enero de 2018, los proponentes deberán subsanar aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje hasta el término de traslado del informe de evaluación<sup>3</sup>. Del mismo modo, la norma señala que la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la propuesta. Por último, el parágrafo 5 del artículo

2 Concretamente, el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 consagraban en su inciso final que “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”. Véase, a propósito, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de enero de 2011, expediente 36.408. En el Decreto 1510 desaparece esta restricción a la subsanabilidad de la capacidad jurídica, quedando nuevamente el tema en ámbito estrictamente legal.

3 Con excepción de los procesos de mínima cuantía, en donde a nivel reglamentario se estableció que el traslado del informe de evaluación solamente será de un día y la selección a través del sistema de subasta, en el cual pueden subsanarse los requisitos habilitantes hasta antes de la realización de la misma y que se justifica porque precisamente la idea es que haya puja.

5 señala que en los procesos de contratación las entidades deberán aceptar la experiencia adquirida por el proponente a través de la ejecución de contratos con particulares. Se busca poner fin a una mala práctica en ciertas entidades estatales que exigían experiencia únicamente relacionada con el sector público. Desde la reforma contenida en el Decreto 1510 de 2013, lo que determina la experiencia son los bienes y servicios que efectivamente el proponente ha suministrado a terceros, sin importar el carácter público o privado de estos. No sin mencionar que la experiencia con particulares puede ser clave para que actores presentes en el mercado, quienes son nuevos entrantes o que solo han contratado con empresas privadas, puedan también competir en procesos de selección que adelanten las entidades públicas.

Con relación a las normas que regulan la presentación de la oferta en las licitaciones de obra pública en dos sobres, se establece que el primero deberá contener los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje y que sean diferentes a la oferta económica, mientras que en un segundo sobre, que deberá estar cerrado hasta la audiencia de adjudicación, los proponentes incluirán solo la propuesta económica. Se trata de una práctica que desde hace mucho tiempo se viene dando en las entidades estatales, y no solamente para los contratos de obra. En cuanto a la disponibilidad presupuestal en pliegos definitivos, se indica que no será obligatorio contar con la misma para realizar la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Por tanto, la disponibilidad presupuestal será necesaria a partir de la publicación del acto administrativo de apertura o publicación de los pliegos definitivos. Otras normas precisan la adopción de pliegos de condiciones tipo que, de acuerdo con la intención del gobierno, buscan facilitar herramientas de control fiscal, incluir mejores prácticas, contribuir a una mayor transparencia y reducir tiempos en la contratación. Para esto, dentro de los seis meses siguientes a la adopción de la Ley<sup>4</sup>, el ejecutivo nacional prevé la adopción de cinco tipos de contratos para obras públicas, interventoría para obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños de obras públicas, y consultoría en ingeniería para obras. La disposición que atribuye competencias al gobierno para adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de ciertos contratos fue demandada ante la Corte Constitucional, al considerarse que vulnera la autonomía de las entidades territoriales. Para esto, los actores argumentan cómo, mediante sentencia C-535 de 1996, la Corte Constitucional identificó como una hipótesis contraria a la autonomía territorial la obligación de someterse a un trato idéntico con regulaciones homogéneas, respeto de entidades con características muy distintas<sup>5</sup>. De esta forma, consideran que la norma despoja

4 Artículo 21, Ley 1882 de 2018.

5 Corte Constitucional, auto del 23 de abril de 2018, expediente D-12.637.

a las entidades territoriales de la potestad de elaborar los pliegos de condiciones en los procesos de contratación, en la medida en que atribuye al gobierno nacional tal competencia. Esto, a pesar de que dichos pliegos puedan resultar inadaptados a las necesidades y posibilidades de contratación local y ser considerados como un retroceso frente a la autonomía que reconocía el Decreto 222 de 1983 a las entidades territoriales en materia contractual.

Una de las temáticas abordadas en esta edición número veinte de *la Revista digital de Derecho Administrativo* guarda relación precisamente con la de la organización territorial colombiana y la autonomía que tienen los entes territoriales para determinar los usos del suelo, dictar normas necesarias para la preservación y control del patrimonio ecológico y cultural de su jurisdicción, y expedir, con sujeción a la ley, las disposiciones relacionadas con la planeación y desarrollo de su territorio. Si desde sus inicios la Corte Constitucional reconoció la autonomía como un estado de cosas en permanente expansión<sup>6</sup>, lo cierto es que la práctica enseña una dudosa evolución del carácter unitario del Estado colombiano frente a la autonomía territorial en materia normativa, avalado muchas veces por la misma jurisprudencia de la Corte. Otras contribuciones se refieren al control de la actividad administrativa y al derecho administrativo sancionatorio, tema este último que será objeto de discusión en nuestras próximas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, los días 5, 6 y 7 de septiembre de 2018. Como ya es costumbre, nuestro Departamento celebra cada año unas jornadas académicas con la participación de autores nacionales y extranjeros, provenientes de varios países europeos y latinoamericanos. Para este año, se abordará el derecho administrativo sancionatorio como una disciplina transversal a diferentes sectores de la Administración pública. Se trata de una cuestión hasta ahora poco debatida en el ámbito del derecho administrativo, por lo que el evento se propone identificar las cuestiones que esta competencia administrativa suscita. Pese a que estamos frente a una realidad que no es nueva, lo cierto es que ella se encuentra aún en construcción, propiciando un rico debate académico acerca de sus límites, alcance y campo de aplicación.

Desde sus inicios, *la Revista digital de Derecho Administrativo* ha trabajado por alcanzar los más altos estándares de calidad editorial y para garantizar el mejor servicio a sus autores. Por tal motivo, durante estas primeras veinte ediciones se han adaptado los lineamientos técnicos y académicos que exige la indexación nacional e internacional. Hemos renovado el Comité Editorial y el Comité de Árbitros; y se ha fortalecido nuestro equipo editorial. Actualmente estamos trabajando para facilitar el acceso a través de en nuestra página web a los archivos en formato XML y contribuir a una mejor lectura de los artículos. Frente a los retos que exige la internacionalización, participamos continuamente en

6 Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1992.

foros y redes de editores con el fin de ampliar la difusión de la revista y aprender de experiencias exitosas de otros países y disciplinas.

Hoy queremos agradecer a quienes con sus contribuciones han permitido enriquecer el debate en cada uno de los temas y disciplinas que integran el derecho administrativo durante estos veinte números, a nuestros pares académicos, al equipo editorial y al Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia por su apoyo en los procesos de edición y publicación, y, en especial, a nuestros lectores, estudiantes, profesionales e investigadores dedicados a esta rama del derecho. ¡Gracias por acompañarnos durante todos estos años!

¡Una amena y provechosa lectura!