

# El informalismo moderado en los procesos licitatorios: develando el paradigma de la licitación como procedimiento formal

Juan Carlos Morón Urbina\*

*“Hace décadas que vienen levantándose voces contrarias al excesivo formalismo en la licitación, p. ej. En cuanto hace a defectos de la oferta, respecto a los cuales es pacífico que su saneamiento no altera el principio de igualdad, del mismo modo que se admite la presentación de piezas complementarias con ulterioridad a la oferta y en general el saneamiento de vicios de forma. Corresponde, pues, evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta. Como también se ha dicho: los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario. La Administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado. Si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado o bien ni siquiera eso será necesario, en caso que resulte una falta muy leve”*

*(GORDILLO, Agustín; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, p. XII-16)*

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. 2. EL PRETENDIDO FORMALISMO DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN. 3. LAS PROYECCIONES DEL PRINCIPIO DE INFORMALISMO EN LA ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS. 3.1. LOS ALCANCES DEL INFORMALISMO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. 3.2. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INFORMALISMO A FAVOR DEL ADMINISTRADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. 3.3. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO A LAS ETAPAS DE ADMISIBILIDAD Y EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS. 3.3.1. LA PROHIBICIÓN DE DESESTIMAR OFERTAS POR ASPECTOS FORMALES IRRELEVANTES. 3.3.2. EL DEBER DE PERMITIR LA SUBSANACIÓN DE AQUELLOS ASPECTOS RELEVANTES QUE NO ALTEREN LO ESENCIAL DE LA PROPUESTA PRESENTADA. 4. CONCLUSIONES.

### 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Constantemente he escuchado calificar los procedimientos administrativos, en general, y a los de selección de proveedores, en particular, como estrictamente formales. A fuerza de repetirse

esta afirmación, ha tomado presencia en la cultura administrativa, con desventurados resultados para los ciudadanos, pese a que nunca he encontrado sustentación normativa alguna para esta aseveración.

---

\* Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Curso de Derecho Administrativo y en los Postítulos de Derecho Público, Contratación Estatal y Procesos Constitucionales) y en la Universidad de Lima (Diplomado Gestión Estratégica de las Contrataciones y Adquisiciones Públicas) Socio del Estudio Echeopar Abogados.

Como se sabe, por el contrario, el derecho nacional ha acogido positivamente, en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº, 27444, el principio del informalismo a favor del administrado y sus múltiples expresiones, tales como la existencia de sucedáneos documentales, documentos prohibidos de solicitar y la necesidad de subsanar toda aquella información útil para obtener la resolución del caso, por lo que se hace mucho más difícil seguir afirmando aquella arraigada frase en cuanto al ciudadano se refiere.

El presente ensayo tiene por objeto analizar el pretendido formalismo de los procesos de selección, la incidencia que sobre ellos debe tener el principio del informalismo, y, en particular, la figura de la subsanación respecto a las ofertas de los postores.

## 2. EL PRETENDIDO FORMALISMO DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN.

Es en los procedimientos de selección donde más se ha acogido la afirmación de que las licitaciones y concursos son estrictamente formales, pero no sólo para la producción de actos válidos por los comités y autoridades estatales, sino por el cumplimiento escrupulosamente formal que los postores deben dar a las exigencias de las bases de los procesos, independientemente a su conformidad o no con los principios de simplicidad y razonabilidad, así como a su incidencia para los fines del procedimiento. Por lo general, se trata de las formas que los postores deben cumplir para presentar solemnemente la documentación en sus propuestas (ej. Las suscripciones y enumeración de los folios, el número de ejemplares de las ofertas, el idioma en que se presentan los documentos, las expresiones empleadas al llenar los formularios o las declaraciones) y las formas probatorias escogidas para acreditar el cumplimiento de

alguna exigencia de representación para el proceso, algún requisito técnico mínimo, o un factor de competencia (número y forma de los certificados, la presentación de documentos originales, facturas, inscripciones en registros, declaraciones juradas, etc.).

Como se puede advertir, el cumplimiento de estas formas cobra singular importancia en el momento de determinar la admisibilidad de una oferta y su consiguiente evaluación y asignación de puntaje.

Este exceso de formalidades impuestas a los postores por las reglas del proceso, derivan de una exacerbación del carácter automático con que se afirmaba en doctrina deberían conducirse los procesos de selección. Conforme a este criterio, los procesos de selección deben estar predeterminados de tal manera y a tal nivel de detalle, que la entidad solo procedía a aplicar las normas a las posturas sin mayor discernimiento. Como bien afirma Gordillo: “El objetivo que perseguía este detallismo era lograr homogeneidad entre las ofertas, para que pudieran valorarse con mayor facilidad, disminuyendo la necesidad de adoptar decisiones razonadas. De esta manera se creía reducir el riesgo de arbitrariedad en la decisión y optimizar el procedimiento de evaluación y resolución, disminuyendo la probabilidad de error en la adjudicación, pero en realidad lo que se hacía era llegar a una supuesta automaticidad en la cual el funcionario limitaba su accionar a una aplicación ciega de formas que omitían medir la razonabilidad de la decisión, por ende, no necesariamente orientada al fin último que la licitación debe cumplir. Con este apego excesivo a la formalidad, en suma, se violaba el principio central de la competitividad o concurrencia: una licitación así manejada era un fracaso como resultado material,

aunque se hubiere adjudicado conforme al riguroso cumplimiento del pliego”<sup>1</sup>.

Siguiendo esta tesis, las normas de contrataciones y las propias bases deberían regular todos y cada uno de los espacios de libertad con que cuenta el postor para diseñar su propuesta, tratando de anticiparse a la forma y manera en que no solo deben ser acreditados los factores de competencia y los requisitos técnicos mínimos, sino toda la presentación física de los documentos. De este modo, la elaboración de propuestas ya no es una competencia por quien presenta el mejor precio o la mejor calidad de prestación, sino es una competencia de habilidades para llenar documentos.

No podemos pasar por alto que este pretendido formalismo también resulta ser un cómodo pretexto para que los funcionarios eviten imputaciones de subjetividad o favorecimiento a algún postor, tratando que todos se apeguen uniformemente a sus reglas, independientemente de lo lógica, valiosa o impertinente que éstas sean, según las exigencias.

En todo caso, la aplicación del principio del informalismo a favor del postor no implica abandonar absolutamente las formas exigibles a las propuestas, pero si rescatar que la subsistencia de estas formas debe “(...) estar dirigida a los aspectos esenciales de la propuesta y no a aquellos que pueden perfectamente subsanarse a posteriori de su presentación. Efectivamente, las exigencias formales se aplican, pero en función del objeto o finalidad de la licitación; están ahora más dirigidas a la oferta en sí misma (calidad, cantidad, precio, etc.) y no a las demás condiciones formales (garantías, poderes, recibo de adquisiciones del pliego, declaraciones juradas, etc.) que

son de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas”<sup>2</sup>.

### 3. LAS PROYECCIONES DEL PRINCIPIO DE INFORMALISMO EN LA ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS.

#### 3.1 Los alcances del informalismo en los procedimientos administrativos.

La Ley del Procedimiento Administrativo General (Art. IV, numeral 1.6) incorporó, a nuestro derecho nacional, el principio y deber de la Administración de favorecer el informalismo en las declaraciones, manifestaciones o acciones de los administrados. Dicha norma es la siguiente:

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.6. Principio de informalismo.- Las normas del procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”.

Conforme a este principio, el procedimiento administrativo es una secuencia reglada que los órganos administrativos están obligados a seguir, pero carente de formalidades rígidas y por tanto excusables para los administrados.

<sup>1</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2, p. XII-17.

<sup>2</sup> FARRANDO, Ismael (h). *Contratos Administrativos*. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002, p. 88-9.

De este modo, las normas de los procedimientos administrativos que presentan exigencias para los administrados deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de sus pretensiones, de modo que los derechos e intereses que sustentan sus planteamientos no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser luego subsanados o incluso apreciados de oficio por la autoridad, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

Este principio, denominado en la doctrina y la legislación comparada como formalismo atenuado, excusación de formas o simplemente informalismo a favor del administrado; busca proteger los intereses legítimos y derechos de los ciudadanos para que no sean perjudicados por cuestiones meramente procesales, mediante la relativización de las exigencias adjetivas para su probanza o acreditación. La inclusión de este principio encara directamente la cultura del trámite, de la forma y de la rutina burocrática; que ha hecho de las formas una estrategia de supervivencia, de reserva, de evasión y de empoderamiento de la Administración sobre el ciudadano; buscando no convertir en estériles las escasas y fugaces posibilidades de participación del administrado en los procedimientos administrativos.

Recordemos que, por aplicación de otro principio administrativo, la Administración tiene el deber de proceder con simplicidad frente al ciudadano, de manera que los trámites establecidos por la autoridad administrativa deben ser sencillos, eliminando toda complejidad innecesaria, pudiendo exigir sólo requisitos que sean racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir. En ese mismo orden de ideas, la

Administración esta impedida de exigir una serie de pautas de simplicidad declaradas normativamente en los artículos 40º y 41º de la Ley N.º. 27444. No obstante esta exigencia normativa, el principio de informalismo tiende a proteger la situación del ciudadano cuando las entidades persisten en sus exigencias formalistas para complicar al ciudadano.

El procedimiento se debe entender como informal exclusivamente a favor del administrado, de tal modo que sólo es el administrado quien puede invocar para sí el carácter innecesario de las formas, en tanto y en cuanto ellas le beneficien, y no puede ser asumido por la Administración para dejar de cumplir las prescripciones del orden jurídico o evitar las reglas del debido proceso, ni tampoco puede compeler al administrado al informalismo, en cuanto ello no le favorezca o quiera cumplir la formalidad. Asumido el formalismo atenuado como principio, la relativización de la forma puede reflejarse en una definitiva descarga de su cumplimiento (permisión de excusar la forma), en la permisión para su cumplimiento posterior de modo que no le infiera pérdida de derechos (ej. Subsanación documental), o en la tutela de la Administración que suple el incumplimiento del administrado (ej. Suplencia del error en la calificación del recurso).

Como no puede concebirse un procedimiento jurídico sin formas, no se trata de que no existan, sino que cedan frente al interés de preservar los derechos de los administrados. Los límites de la excusación de formalidades han de ser aquellas establecidas para proteger derechos de terceros (por ejemplo en procedimientos trilaterales) o el interés público (ej. Seguridad Nacional). Según la norma, para efectos de determinar las formas excusables no interesa si ellas son esenciales o no para el

procedimiento, sino sólo si han sido establecidas a favor de los terceros o del interés público de modo patente. Por aplicación de este mismo principio, cualquier duda que se plantee en el curso del procedimiento referido a las exigencias formales debe interpretarse con benignidad en favor del administrado y de la viabilidad del acto procesal del administrado.

Este principio legitima el incumplimiento o excusa de formalidades comúnmente probatorias de algún estado, calidad o condición exigida por la Administración- por el interesado que actúa en el procedimiento en la presentación de escritos, recurso, reclamaciones, etc., siempre que se trate de exigencias que deban ser apreciadas de oficio por la Administración (ej. Verificación del pago efectuado ante la misma entidad u obtención de un documento expedido por la misma entidad a la cual se acude), o puedan ser subsanadas o cumplidas posteriormente por el ciudadano. Conforme a ella se admitirá al interesado el cumplimiento del acto en cuestión sin la formalidad, o se considerará legítimo el ya cumplido sin ella, siempre que ello pueda ser subsanado posteriormente.

Las técnicas de protección más empleadas en los procedimientos han sido la acción tutora de oficio de la Administración (por ejemplo, en el caso de la presentación de escritos ante instancias incompetentes, o la presentación de recursos oscuros) donde se prevé directamente la acción correctiva de la Administración a fin de encausar el trámite a lo que corresponde, y, la exigencia de subsanación, que corresponde fijar a la Administración para que el particular complemente su actuación administrativa.

Solo puede invocarlo el administrado para legitimar la inobservancia por su parte

de exigencias formales (recaudos, firmas, sellos, anexos); pero nunca lo puede ser por la Administración para omitir el cumplimiento de formalidades de ninguna índole o generarse espacios de discrecionalidad en sus decisiones.

### **3.2 La aplicación del principio de informalismo a favor del administrado en los procedimientos de selección.**

Para poder determinar la aplicabilidad de este principio a los procesos de selección, debemos analizar si las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado admiten la aplicación de los principios de la Ley N°. 27444. Al respecto, obvia decirse que los principios comunes del Derecho Administrativo resultan de aplicación directa a los procedimientos especiales de selección conforme refiere el primer párrafo del artículo 3º del TUO de la Ley. Precisamente, esta norma indica: “Los procesos de contratación y adquisición regulados por esta Ley y su reglamento se rigen por los siguientes principios, ello sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo y del derecho común”. Complementariamente, esta misma supletoriedad desde la perspectiva activa se aprecia en la Ley N°. 27444, cuyos artículos II y III del Título Preliminar establecen que sus normas constituyen la base común para la actuación de la Administración en todas sus manifestaciones con los ciudadanos.

Como veremos a continuación, la aplicación de este principio administrativo en los procesos de concurrencia se conecta por sus efectos con tres principios inherentes a la contratación administrativa: la igualdad, la concurrencia y la eficiencia. De un lado, el informalismo se conecta con el principio de igualdad, porque garantiza una posibilidad de participación útil de todos los colaboradores de la

Administración en los contratos, sin discriminaciones provenientes de aspectos insustanciales, o con el favorecimiento que genera a algunos postores, por las descalificaciones injustificadas de los competidores. Por otro lado, el informalismo a favor del administrado se conecta con el principio de concurrencia en las licitaciones, por cuanto, a través de su aplicación, se favorece la mayor concurrencia de postores, impidiéndose la descalificación de propuestas por razones meramente formales. Como bien dicen Fiorini y Mata: “La Administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir una mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado”<sup>3</sup>.

Finalmente, la actitud adversa al formalismo conecta con el principio de eficiencia de las adquisiciones en la medida que permite privilegiar las situaciones de fondo sobre las formas, de modo que el proceso produzca el resultado esperado de obtener la mejor propuesta del mercado. Así lo aprecia, por ejemplo, la Ley Nº. 7494 - Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica- que afirma dentro del principio de eficiencia de las compras lo siguiente:

**Artículo 4º.- Principio de eficiencia**

1.- Los procedimientos de contratación administrativa persiguen seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración.

2.- En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y las actuaciones de las partes

se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general. Los defectos subsanables o insustanciales no descalificarán la oferta que los contenga, (subrayado agregado).

3.- Las regulaciones procedimentales deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores.

**Artículo 33º.- Garantía de participación**

1.- La Administración exigirá, a los oferentes, una garantía de participación, entre un uno por ciento (1%) y un cinco por ciento (5%) del monto de la propuesta, el cual se definirá en el cartel o pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato.

2.- La oferta se legitimará por la garantía de participación aceptada por la Administración. Una vez admitida la garantía, la Administración deberá solicitar al oferente corregir defectos formales subsanables, como: falta de timbres, de copias, de autenticación de firmas o de documentos. Los defectos deberán subsanarse en el plazo que indique el Reglamento de esta Ley, siempre que no se afecte el contenido de la oferta en cuanto a los bienes y los servicios ofrecidos, sus precios, los plazos de entrega ni las garantías, (subrayado agregado).

Se suele afirmar, en la práctica cotidiana, que la actitud informal a favor del postor podría implicar afectar el derecho de tratamiento igualitario entre el postor diligente y el no diligente. Sin embargo, tal planteamiento de igualdad peca por no advertir que todos los postores tienen derecho a un procedimiento simple sin

<sup>3</sup> FIORINI, Bartolomé y MATA Ismael. *Licitación Pública. Selección del Contratista Estatal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 44.

complicaciones irracionales o antieconómicas, por lo que frente a este derecho es que todos los postores deben ser tratados de manera igualitaria. La aplicación del principio del informalismo moderado no se reduce a los procedimientos lineales (donde acude un solo administrado frente a la Administración), sino también aplica a los procedimientos de selección donde hay varios postores acudiendo al llamado de la entidad. Como bien afirma Comadira: “El informalismo a favor del administrado – como lo denomina la ley- o el formalismo moderado – como preferimos denominarlo- es, por eso, un principio que se debe aplicar en todos los procedimientos administrativos, haya en ellos coninteresados o no, siempre que habiéndolos se lo haga igualitariamente y circunscrito a sus exactos alcances, esto es, limitado a la posibilidad de que los administrados, en el caso los oferentes, saneen incumplimientos formales no esenciales”<sup>4</sup>.

La única reserva en la aplicación de este principio a los procesos de selección es que su empleo sea uniforme para todos aquellos que se encuentren en la misma condición, de modo que no se otorguen a unos las facilidades del informalismo, que se les nieguen a otros.

El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha dado un paso contundente hacia esta orientación, mediante su Resolución N°. 786-2006-TC-SU, cuando ha establecido que:

“Sin perjuicio de lo expuesto, siendo un tema importante establecer una regla de interpretación sobre la formalidad o sustancialidad de los documentos de la oferta, creemos pertinente manifestar

que para el estudio de las propuestas que se aparten de alguna de las exigencias de las Bases, la entidad estatal contratante puede tener un manejo flexible del mismo, siempre y cuando se trate de un asunto donde el no cumplimiento de un requisito establecido en las Bases por parte de los postores no sea de aquellos considerados como requisitos sustanciales ni determinantes de las condiciones de contratación y/o adquisición, toda vez que no todos los preceptos ni condiciones de las Bases tienen el mismo rango, ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida. En ese sentido, se debe admitir que cuando el postor se aparte de algunos de los requisitos de las Bases en cuestiones que no tienen trascendencia, respetando eso sí todo lo demás del contenido de las Bases, especialmente aquellas que se consideran fundamentales, no debe existir inconveniente para que continúe participando en el proceso de selección”.

### **3.3 Consecuencias prácticas de la aplicación de este principio a las etapas de admisibilidad y evaluación de las ofertas.**

#### **3.3.1 La prohibición de desestimar ofertas por aspectos formales irrelevantes.**

Una regla moderna de la contratación administrativa es que la ausencia de requisitos o la falta de documentos no necesarios para la comparación de propuestas, no debería ser objeto de rigurosa exigencia por la entidad y, por ende, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos<sup>5</sup>. Dicha pauta de

<sup>4</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública*. Editorial Depalma, 2000. p. 28.

<sup>5</sup> MATALLANA, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Ley N° 80 de 1993, Universidad Externado de Colombia. 2005, p. 217.

acción viene siendo acogida en diversos ordenamientos latinoamericanos como un imperativo de actuación para la entidad convocante, como por ejemplo la Ley N° 80 de Colombia que dispone:

*“Artículo 25º. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (...)*

*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.”*

En esta misma línea de tendencia tenemos la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de México (1999) que establece lo siguiente:

*“Artículo 36.- Las dependencias y entidades para hacer la evaluación de las proposiciones deberán verificar que las mismas cumplan con los requisitos solicitados en las bases de licitación.*

*No serán objeto de evaluación, las condiciones establecidas por las convocantes que tengan como propósito facilitar la presentación de las proposiciones y agilizar la conducción de los actos de la licitación; así como cualquier otro requisito cuyo incumplimiento, por sí mismo, no afecte la solvencia de las propuestas. La*

*inobservancia por parte de los licitantes respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para desechar sus propuestas”.*

Para concluir esta tendencia, tenemos también la Ley N° 2051 de Contrataciones Públicas (Paraguay) de 2002, que establece:

*“Artículo 26º.- Evaluación de las Ofertas. (...)*

*No serán objeto de evaluación las condiciones especiales que tengan como propósito facilitar la presentación de las ofertas y agilizar la conducción de los actos de la licitación, así como cualquier otro requisito cuyo incumplimiento, por sí mismo, no sea sustancial o afecte la legalidad o la solvencia de las propuestas. La inobservancia por parte de los oferentes respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para desechar sus ofertas”.*

Como bien manifiesta el profesor Escobar: “(...) No obstante, la omisión de cualquier requisito no justifica la eliminación automática de la propuesta. (...) sería contrario al principio de la buena fe, que la entidad licitante procediera a descalificar una oferta por un error de detalle, o una omisión accesoria, que fácilmente pueda corregirse o suplirse con base en la información contenida en la misma propuesta o en los propios archivos de la entidad. Si las omisiones accesorias y de detalle fueran suficientes para descalificar una propuesta dentro de una licitación pública, se le estaría otorgando a la Administración un poder omnímodo para aceptar o rechazar los ofrecimientos en detrimento de la transparencia del procedimiento licitatorio”<sup>6</sup>.

Con esta regla, la entidad convocante antes de analizar la

<sup>6</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de Contratos de la Administración Pública*. Legis, Bogotá, p. 198.

admisibilidad de una propuesta debe advertir cuándo está frente a una exigencia documental o de información trascendente para los fines de la contratación futura, y cuándo no. De producirse una omisión o un error en este último caso, debe aplicar el principio de informalismo a favor de la propuesta.

En nuestra opinión, este proceder corresponderá en tres supuestos claros:

- i) Si se trata de una acreditación, documento o declaración exigida ilegalmente (ej. Exigir documentos prohibidos de solicitar según el artículo 40º de la Ley Nº 27444, o se impide presentar los sucedáneos documentales autorizados por el artículo 41º de la misma ley) o sin base racional alguna<sup>7</sup>. Así sucede si se exige la presentación del recibo de inscripción del proveedor, se exige que la presentación de información se realice en un determinado formato, o se exige que los certificados o constancias se ciñan a un formulario dado por la entidad convocante.
- ii) Si se trata de una exigencia irrelevante por no ser un requisito técnico mínimo o la acreditación de un factor de competencia (ej. La presentación de vigencia de poderes, número de RUC o constancia de inscripción del proveedor).
- iii) Si aun siendo una omisión de un requisito técnico mínimo y/o un factor de

competencia, la ausencia de información o el error pueda ser suplido de oficio por la propia entidad convocante, indagando en la misma oferta en información obrante en la entidad o sea de accesibilidad pública.

En tal sentido, frente a un defecto de este tipo, basta que el Comité de Adquisiciones realice una interpretación adecuada de la oferta y de las bases, efectuar los cruces de información necesarios, para poder considerarla admisible y válida, sin necesidad de requerir subsanación alguna. Aquí ocupa papel preponderante el principio de verdad material, por el que la Administración puede obtener la información real de la situación del postor, analizando la oferta misma u obteniéndola de otra fuente asequible, no correspondiendo preferir la forma sobre el fondo. Como bien lo ha establecido el propio Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

“El principio de verdad material contenido en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que, en el procedimiento administrativo, la autoridad competente debe verificar los hechos que sirven de motivo de sus decisiones y la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes. Es así, que la Entidad deberá atender a este criterio cuando se enfrente a la

<sup>7</sup> Por ej. En la Resolución Nº. 516/2006-TC-SU de 20 de julio de 2006, se declaró fundado un recurso de revisión contra el acto que descalificaba una propuesta porque el postor no cumplió con presentar un documento adicional al previsto legalmente para acreditar la autorización sanitaria para realizar la actividad de recojo de residuos sólidos. Ahí se manifestó, “(...) y atendiendo a la finalidad de la presentación del registro señalado, no es razonable requerir la presentación del citado informe como condición de validez de la oferta, pues la presentación del Registro Nº. EPNA-0148.05 acredita por sí mismo, de modo suficiente, la habilitación legal de la impugnante para prestar el servicio requerido y el cumplimiento de las normas especiales que regulan el objeto del proceso. Una decisión diferente significa privilegiar un formalismo que no encuentra sustento en nuestro ordenamiento legal”.

disyuntiva de privilegiar la verdad formal y la verdad material que ha comprobado de manera fehaciente.

La formalidad documental es un medio para llegar a un objetivo y no un fin en si mismo. En los procesos de selección, se presenta como un instrumento utilizado para determinar las condiciones y cualidades de los postores. En razón de ello, la verdad material, la verdad de los hechos comprobados, debe primar sobre la formalidad pura y simple, (...)"<sup>8</sup>.

### 3.3.2 El deber de permitir la subsanación de aquellos aspectos relevantes que no alteren lo esencial de la propuesta presentada.

Desde la Ley Modelo de la CNUDMI

sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios hasta los más modernos ordenamientos en la materia, como Chile, Argentina y Paraguay; se ha aplicado el principio del informalismo, a través de la subsanación a requerimiento de la Administración para superar los defectos de las ofertas y asegurar el cumplimiento de aquello debido según la formalidad de las bases o las normas<sup>9</sup>.

Conforme al artículo 30 del TUO de la Ley: "En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas que cumplan los requisitos establecidos en las Bases". Este es un criterio general, aplicable de modo uniforme a todos los postores y a todos los procesos de adquisiciones. Aquella oferta que no cumpla

<sup>8</sup> Resolución N°. 616/2006.TC-SU de 23.AG.2006.

<sup>9</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios  
Artículo 34°. - Examen, evaluación y comparación de las ofertas

1) a) La entidad adjudicadora, para facilitar el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, podrá solicitar que cualquier proveedor o contratista aclare la suya. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea;

b) No obstante lo dispuesto en el inciso a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora corregirá los errores meramente aritméticos que se descubran durante el examen de las ofertas. La entidad adjudicadora notificará prontamente la corrección al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.

2) a) A reserva de lo dispuesto en el inciso b) del presente párrafo, la entidad adjudicadora únicamente podrá considerar conformes las ofertas que cumplan todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones;

b) La entidad adjudicadora podrá considerar conforme una oferta aun cuando contenga pequeñas diferencias que no entrañen mayor alteración ni se aparten de las características, cláusulas, condiciones y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones o aun cuando adolezca de errores u omisiones que se puedan corregir sin entrar en los elementos de fondo de la licitación. Las diferencias de esa índole serán cuantificadas, en la medida de lo posible, y debidamente ponderadas al evaluar y comparar las ofertas.

Decreto 1023/2001 régimen de contrataciones de la administración nacional argentina

Art. 17°. — Subsanación de Deficiencias. El principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° de este régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

Ley N° 2051 de Contrataciones Públicas (Paraguay) 2002.

Artículo 26°. - Evaluación de las Ofertas.

(...) No serán objeto de evaluación las condiciones especiales que tengan como propósito facilitar la presentación de las ofertas y agilizar la conducción de los actos de la licitación, axial como cualquier otro requisito cuyo incumplimiento, por si mismo, no sea sustancial o afecte la legalidad o la solvencia de las propuestas. La inobservancia por parte de los oferentes respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para desechar sus ofertas.

Los defectos de forma o no sustanciales y los errores de calculo en las propuestas podrán ser subsanados en los términos

con alguno de los requisitos establecidos en las Bases, es calificada jurídicamente como inválida y, por ende, nula. No obstante la generalidad de la fórmula, estos requisitos no pueden ser entendidos, en un mismo plano, en función de todas las exigencias, sean simples formas de acreditación, requisitos técnicos mínimos o factores de competencia.

El artículo 125° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, permite la subsanación o saneamiento de defectos de forma que no modifican el alcance de la propuesta técnica, mediante el otorgamiento de un plazo máximo de 2 días hábiles desde su presentación, en forma similar a lo previsto en el artículo 125° de la Ley N° 27444. Este texto tiene su antecedente inmediato en el Acuerdo N° 16/10 CONSUCODE publicado el 22.09.2002<sup>10</sup>.

El texto del artículo 125° es el siguiente:

*“Artículo 125°.- Subsanación de propuestas.*

*Si existieran defectos de forma tales como omisiones o errores subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica, el Comité Especial otorgará*

*un plazo máximo de dos (2) días, desde el día siguiente de la notificación, para que el postor los subsane, en cuyo caso la propuesta continuará vigente para todo efecto, a condición de la efectiva enmienda del defecto encontrado dentro del plazo previsto, salvo que el defecto pueda corregirse en el mismo acto.*

*No cabe subsanación alguna por omisiones o errores en la propuesta económica”.*

**a) El deber de permitir la subsanación de ofertas técnicas con errores u omisiones.**

La subsanación consiste en el acto de trámite mediante el cual el Comité Especial tiene el deber de advertir al postor de la existencia de una omisión o error en su propuesta técnica y, como consecuencia, le requiere la subsanación mediante la complementación de la omisión o corrección del error dentro del plazo de dos días hábiles, bajo apercibimiento de descalificar su oferta (si se trata de un requisito de admisibilidad de la oferta) o calificarla sin considerar el factor omitido o errado (si se trata de un factor de competencia).

---

que establezcan en el reglamento, siempre y cuando no implique la modificación de los precios unitarios, por lo que no serán suficientes para descalificar la propuesta de un participante, siempre y cuando se deban a errores u omisiones de buena fe y no se pretenda confundir a los evaluadores.

Reglamento de la Ley No. 19884, de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Chile) de marzo 2004

Artículo 40.- Errores u omisiones detectados durante la evaluación.-

La Entidad Licitante podrá solicitar a los ofertantes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones a dichos vicios u omisiones no les confieran a los oferentes una situación de privilegio respecto de los demás competidores, esto es, en tanto no se afecten los principios de estricta sujeción las bases y de igualdad de los oferentes y se informe de dicha solicitud al resto de oferentes a través del Sistema de Información”.

<sup>10</sup> El texto del acuerdo señalado es el siguiente:

“ACORDO: Que, de conformidad con el cuarto párrafo y el inciso a) del artículo 59° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, únicamente son subsanables los defectos de forma, consistentes en omisiones o errores sobre aspectos accidentales o formales en los documentos presentados en las propuestas técnicas, en cuyo caso el Comité Especial otorgará el plazo para la respectiva subsanación. No corresponde otorgar dicho plazo cuando el postor haya omitido la presentación de algún documento en la propuesta técnica o cuando el defecto del documento presentado sea de naturaleza sustantiva o de fondo, que modifique el alcance de la propuesta; debiéndose, en tales casos, tener por no presentada la misma, devolviéndose al postor”.

A diferencia de otros ordenamientos, y pese a lo recomendable de esta figura, esta regla no constituye un medio para que la entidad convocante solicite aclaraciones a los postores sobre los extremos de su oferta presentada, en caso de ser contradictoria, poco entendible, o si simplemente el Comité deseara confirmar alguna duda<sup>11</sup>.

Por su propia naturaleza, la subsanación constituye un deber del Comité y no una mera facultad discrecional que pudiera no ejercerla o suprimirla en las bases<sup>12</sup>. Este requerimiento es obligatorio, en la medida que con ello se actúa maximizando la oferta y la competencia en el proceso. En lo particular, su carácter obligatorio y no discrecional proviene de un lado de la imperatividad de los principios de informalismo a favor del administrado, de igualdad de trato y de favorecimiento de la competencia, y, del otro, del mandato legal que impide al funcionario alegar deficiencias en los pedidos de los administrados para denegar una pretensión, si dicha falencia no le ha sido advertida previamente al administrado<sup>13</sup>. El requerimiento debe, además, responder al criterio de razonabilidad, en la medida que la subsanación solicitada pueda ser satisfecha dentro del plazo otorgado, debe ser un acto formal conocido por todos y documentado en el expediente. También debe responder al criterio de integralidad, puesto que en

una sola oportunidad puede solicitarse la subsanación.

Del mismo modo, cuando la norma indica un “plazo máximo de dos días” para poder subsanar, no se habilita a la entidad convocante a reducir discrecionalmente el plazo a solo horas, o a un día, sino que estamos frente a un verdadero derecho del postor a contar hasta con dos días para subsanar la omisión o el error incurrido<sup>14</sup>.

#### b) Los presupuestos para la subsanación.

Como se puede apreciar, el presupuesto para la aplicación de esta norma es que el postor haya incurrido en:

- i) Omisiones en los documentos presentados, tales como: la firma en algún documento, la foliación de los anexos, la no presentación de copias de las ofertas, presentación de una garantía siempre que se acredite haberla obtenido con anterioridad, no cerrar, enumerar o sellar los sobres de la propuesta, o presentar una protocolo de análisis sin consignar toda la información necesaria habiéndola sido practicada en su momento<sup>15</sup>.
- ii) Errores subsanables en los documentos presentados, teniendo ambos como límite natural que con la corrección no se esté modificando el alcance de las ofertas ya presentadas y abiertas. A propósito, la normativa de la materia se ha preocupado en caracterizar el error subsanable como aquel “que incide

<sup>11</sup> El pronunciamiento N°. 84-2002-GTN indica que exceden la facultad prevista en la norma, las bases que reconocen al Comité Especial la posibilidad de solicitar las aclaraciones que estime pertinentes a los postores sobre la documentación presentada.

<sup>12</sup> La tesis que las bases no pueden privar de la subsanación de errores a los participantes consta en el pronunciamiento N°. 320-2005-GTN, y que la subsanación constituye un deber del Comité Especial y no una facultad en los pronunciamientos N°. 311-2005-GTN y 170-2004-GTN, 17-2002-GTN.

<sup>13</sup> Artículo 148º, numeral 7, de la Ley N°. 27444.

<sup>14</sup> Pronunciamientos N°. 174-2005-GTN, 170-2003-GTN y 158-2003-GTN.

<sup>15</sup> Resoluciones N°. 355/2004-TC/SU, 1236/2005.TC-SU, 499/2006.TC-SU.

sobre aspectos accidentales, accesorios o formales, siendo susceptible de rectificarse dentro del plazo que otorgue el Comité Especial”<sup>16</sup>. En tal virtud, las exigencias para que un error sea calificable como subsanable son dos: a) Recaer en aspectos accidentales, accesorios o formales; y, b) Ser susceptible de rectificarse dentro del procedimiento.

iii) Que el error o la omisión se haya producido en la oferta técnica y no en la económica, dado que en esta última puede darse el caso de que la propuesta pueda ser modificada o corregida. Por ello, una oferta económica que presente incongruencias o errores, tales como errores de suma o discrepancia entre el valor en letras y en números, debe ser desestimada por el Comité Especial. Consideramos que la única situación subsanable en esta materia sería la falta de presentación de copias de la oferta económica<sup>17</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>18</sup> ha venido estableciendo correctamente que, para ser calificados de subsanables, los errores u omisiones en las posturas deben cumplir con las siguientes condiciones:

- La presentación del documento exigido, es decir, no es subsanable la omisión total en la entrega de un documento requerido por las Bases, ello por cuanto para apreciar la existencia de un error involuntario, de cualquier tipo y naturaleza, se requiere

contar con la base documental que permita apreciar la existencia del error u omisión en su contenido.

- La inalterabilidad del principio de igualdad entre los postores, es decir, la subsanación no puede significar que el postor cuente con un plazo mayor que sus competidores para el cumplimiento de los requisitos exigidos por las bases, sino que debe acreditar que cumplía con el documento de subsanación a la fecha en que debían ser presentados al proceso de selección.

- La subsanación no es aplicable por intrascendente en el caso de información que no modifica la propuesta técnica ni es relevante para la validez de la oferta, por ejemplo, la presentación de un anexo con información reiterativa ya presente en la propuesta<sup>19</sup>. Del mismo modo, no aplica cuando se trate de la ausencia de información que la entidad convocante puede obtener de medios públicos, tales como la página web de CONSUCODE<sup>20</sup>. En estos casos lisa y llanamente la Administración debe excusar el cumplimiento de la forma irrelevante para la comparación de ofertas.

c) El límite a la posibilidad de subsanar: **la modificación de los alcances de la oferta.**

La posibilidad de permitir la subsanación de la oferta tiene su límite natural si el postor mediante la subsanación del error u omisión modificaría el alcance de su propuesta original, o cuando menos la subsanación pueda dar la ocasión que la propuesta

<sup>16</sup> Definición aprobada oficialmente en el Anexo I del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

<sup>17</sup> En la opinión N°. 41-2005-GTN, se opina en el sentido indicado, esto es, la omisión en la presentación de copias de la propuesta técnica no puede acarrear el rechazo de la oferta, sino que debe darse el plazo para la subsanación correspondiente.

<sup>18</sup> Tal ha sido la doctrina establecida por el Tribunal en sus resoluciones uniformes Nos. 188/2000.TC-SC, 034/99.TC-S1, 006/99.TC-S1, 051/99.TC-S1, 144/2000.TC-S2, 049/99.TC-S2, 133/99, 550/2001.TC-S1, 025/2000. TC-S1, 218/99.TC-S1.

<sup>19</sup> Resolución N°. 378-2003.TC-S1.

<sup>20</sup> Resolución N°. 786-2006-TC-SU.

técnica pueda ser mejorada en ventaja inaceptable para el postor. Este límite nos pone en la línea de identificar cuándo nos encontramos frente a un defecto no subsanable de la oferta y, por ende, de vicios graves (cuya subsanación permiten la modificación de la oferta) e insubsanables.

Como bien establece José Roberto Dromi, se trata de “vicios que por su gravedad provocan el rechazo de la oferta”<sup>21</sup>, o como también expresa Gordillo: “Al momento de evaluar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal, debe indagarse si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar a ventajas competitivas en este aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta; o afecta la base de comparación en dicho aspecto con las demás o, por último, puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto del objeto”<sup>22</sup>.

Al momento de evaluar si el vicio de una oferta es sustancial (insubsanable) o meramente formal (subsanable o indiferente) se debe apreciar si el defecto afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar, a ventajas competitivas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta, o afecta la base de comparación en dicho aspecto de los demás, o, por último, puede entorpecer gravemente el análisis decisorio final del procedimiento licitatorio.

#### 4. CONCLUSIONES.

El principio administrativo de la excusación de formas, formalismo atenuado

o moderado, tiene un lugar importante en las fases de admisibilidad y evaluación de las propuestas, asentado de modo directo con los principios específicos de igualdad, libre concurrencia y eficiencia de los procesos de selección. Particularmente, no cabe hablar propiamente que el principio de informalismo sea estrictamente sólo a favor del administrado, dado que para la concepción de los procesos de selección cuando se procede así se está viabilizando que un proceso de selección pueda tener una mayor oferta, que es el principal interés de la entidad convocante.

El procedimiento licitatorio no puede ser concebido ya como un procedimiento eminentemente formal, sino más bien un procedimiento en el que existen formalidades impuestas a la Administración para que produzcan validamente sus decisiones, pero con excusación de las formas para los postores, quienes tienen el derecho a que se les exima del cumplimiento rígido de las formalidades accesorias y adjetivas que no redundan en la comparabilidad de las ofertas.

La vigencia de este principio en los procesos de selección ha llevado al derecho comparado a adoptar dos estrategias no excluyentes frente a la formalidad impuesta a los postores: i) La prohibición de rechazar ofertas por errores u omisiones intrascendentes que puedan ser simplemente dispensados por el Comité o satisfechos de oficio mediante los cruces de información necesario o una interpretación integral de las propuestas; y, ii) El requerimiento de la Administración para que el postor subsane –no mejore– su propuesta técnica.

<sup>21</sup> DROMI, José Roberto. *Licitación Pública*. p. 369.

<sup>22</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2, p. XII, 37.