

LA CARRETA DELANTE DE LOS BUEYES: EL OLVIDO DE LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

Alfredo Bullard González*
Christian Chávez Verástegui** ***

Es común en el Derecho asumir las formas establecidas y olvidar la razón por la cual ellas fueron definidas de tal o cual manera. Ello no solamente genera una especie de fanatismo por lo exterior, sino que desvirtúa el propósito intrínseco, aquello que le da razón, a las actuaciones que el Derecho nos exige.

En el presente artículo, los autores desarrollan la problemática de la excesiva formalidad en las actuaciones de la Administración Pública, así como la propuesta de un método que nos permita discriminar las faltas graves de aquellas subsanables, sin desvirtuar la naturaleza y los objetivos a los que las exigencias formales deben guiarnos.

* Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor Ordinario Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

** Abogado. Profesor Contratado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogado Asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

*** A mi madre, quien me enseñó el significado de la palabra libertad.

Los autores agradecen la colaboración de Billy Franco Arias en la investigación que sirvió de base para elaborar este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

En el legendario Municipio de *Formalandia*, se convoca a una licitación para la contratación de servicios de recolección de basura en el pueblo. El servicio debía ser prestado en carretas jaladas por bueyes. Los factores de competencia se reflejan en una fórmula polinómica contenida en las bases en la que las variables principales son (1) el precio, y (2) el número de bueyes que jalarán cada carreta.

Uno de los postores, *Competius*, conocido por sus habilidades de formular propuestas muy competitivas, diseña una fórmula que lo hace imbatible. Al presentar carretas jaladas por cuatro bueyes (lo que le dará más efectividad y eficiencia al servicio), presenta un precio inmejorable. *Competius* sabe que nadie le puede ganar.

Para su mala suerte, comete un error de redacción en la propuesta, la que indica: “*El buey será jalado por cuatro carretas*”. Sin advertir el error, coloca su propuesta dentro del sobre.

Al abrirse los sobres, el funcionario a cargo del proceso da lectura en voz alta a su contenido. Al leer la propuesta de *Competius*, se desatan risas y sonrisas en el salón. Entre quienes sonrían se encuentra nuestro postor, quien advierte así su ingenuo error. Es un error inocente e irrelevante. Todos saben que quiso decir que la carreta será jalada por cuatro bueyes. No hay otra forma racional de leer la propuesta y nadie en su sano juicio se le ocurre imaginar bueyes jalados por carretas.

Terminada la lectura, *Competius* ya hizo mentalmente el cálculo de la fórmula comparando todas las propuestas: ganó y fácil. Consiguió un buen negocio. El Municipio de *Formalandia* pagará menos, los contribuyentes verán que sus impuestos se gastan de mejor manera y los ciudadanos recibirán un mejor servicio. Todos ganaron, salvo sus rivales en la competencia. Ellos tendrán que esperar una próxima oportunidad, mejorar sus ofertas y ver si esta vez pueden ganarle a nuestro postor.

De pronto, un murmullo se hace más intenso en el salón. Uno de los postores derrotados levanta la mano y alega que el ganador está descalificado. “Ésta es una licitación para contratar carretas jaladas por bueyes, no bueyes por carretas”. Otro postor se suma a la alegación, asesorado por un abogado que ya le dio al argumento legal: “Las carretas jaladas por bueyes constituyen un imposible jurídico *iure et de iure*”. Y otro, menos sofis-

ticado pero más directo, se limita a decir: “Dicha propuesta no se ajusta a las bases”.

Competius no sale de su asombro; ¿cómo a alguien se le pueden ocurrir argumentos tan absurdos? El objetivo de todo proceso de este tipo es obtener la mejor oferta y es claro que él trajo la mejor oferta. Cuál sería su sorpresa cuando el funcionario a cargo del proceso declara que, efectivamente, *Competius* está descalificado y le otorgan la *buena pro* al que quedó en el segundo lugar.

Esta historia, que parece más un cuento o un muy mal chiste, no es tan extraña; tampoco es raro encontrar historias análogas en la realidad. Imaginemos que una entidad estatal –un ministerio, una municipalidad, etcétera– convoca a una licitación pública para la adquisición de un determinado bien o servicio. En las bases de dicho proceso se establece que uno de los factores de la fórmula de competencia sería el tiempo ofertado para el suministro, el cual debía de ser expresado en meses. Sin embargo, por error, uno de los postores al momento de efectuar su propuesta expresa el tiempo del suministro no en meses, sino en años. Este error determina que, al aplicarse el plazo ofertado en la fórmula establecida en las bases, el postor sea descalificado. Ello, pese a que la oferta del postor era la mejor y a que, de no haber sido por el error (muy fácil de advertir), habría sido el ganador de la licitación.

Imaginemos ahora qué hubiera sucedido si de los documentos presentados por el postor en su oferta hubiera quedado claro el error cometido y no existiera duda que su propuesta fue expresada en años en lugar de meses. Por ejemplo, si en una nota a pie de página o en un documento anexo a la oferta se explica la forma en que se ha presentado la oferta y se señala, expresamente, que el tiempo ofertado ha sido colocado en años. El sentido común nos debería llevar a pensar que este postor, más allá de su error, no debería ser descalificado. Más aún cuando su propuesta era la mejor de todas y, por tanto, era la más conveniente para los intereses del Estado. Si bien el sentido común nos dice esto, probablemente la forma como las entidades públicas entienden el manejo de los procesos de selección nos llevará a una respuesta distinta.

En efecto, sobre la base del principio de formalidad se diría que en el marco de un proceso de selección toda actuación necesariamente debe cumplir con las formas previamente establecidas o, de lo contrario, será descalificada. Siendo ello así, en el caso propuesto, dado que la oferta formulada por

el postor no se ajustaría a la formalidad establecida –tiempo expresado en meses y no años–, necesariamente debería ser descartada.

Este ejemplo, que puede parecer una caricaturización de la realidad, es, sin embargo, mucho más común de lo que pensamos. En efecto, quienes tienen experiencia en procesos de selección del Estado sabrán que casos como éstos abundan y que, desgraciadamente, suelen ser más comunes de lo que imaginamos. Un error en una licitación, por más pequeño que pueda ser, puede costar la eliminación de un postor, aun cuando la oferta sea la mejor.

De hecho, en la “cultura de la licitación” la forma prima sobre el fondo. En un juego en el que parecen privilegiarse las habilidades para cumplir formas, muchas veces absurdas, antes que la capacidad de los postores de ofrecer la mejor alternativa. Entonces, son los funcionarios públicos los que no advierten que son ellos en realidad, los que “han colocado la carreta delante de los bueyes”; es decir, la formalidad delante de la competencia.

Siempre que alguien decide comprar o contratar algo, tiene más oportunidades de obtener la mejor opción si existe competencia. Los consumidores en el mercado lo entendemos bastante bien y por ello buscamos en la publicidad o en las tiendas la mejor opción. Hacemos competir diversas posturas y, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, escogemos la que consideramos mejor. La conjunción entre libertad de consumidores y libertad de proveedores arroja como resultado una mejor situación para el consumidor y para la eficiencia del mercado en general.

En ello el Estado no se diferencia de cualquier otro consumidor. Su objetivo principal al contratar es también obtener la mejor opción: mayor calidad a menor precio. Pero enfrentamos un problema: quien va a comprar no es el dueño del negocio, sino un funcionario público. Este funcionario es afectado por un incentivo perverso: como va a gastar dinero público para fines públicos, puede estar interesado en usar ese poder para sus fines privados. Desde obtener una coima, hasta hacerle un favor a un amigo, el funcionario puede verse motivado no a comprar lo mejor para el Estado, sino lo que es mejor para él.

El remedio ha sido entonces limitar el ejercicio de la autonomía privada, lo que no es otra cosa que limitar la libertad en el proceso. Ello aparece como justificado por el hecho que los costos de agencia

pueden conducir a resultados no deseados. Sustituimos la libre negociación, el paseo por las tiendas o la revisión de la publicidad, por un proceso de selección lleno de formalidades, pasos preestablecidos y controles de distinto tipo. La libertad, en ese ámbito, puede ser peligrosa y conducirnos a donde no queremos llegar.

Hasta aquí ello parece lógico. Nótese además que este tipo de procesos no sólo son llevados a cabo por entidades públicas. También las empresas privadas organizan procesos de selección más o menos flexibles, que duplican la misma lógica. El problema de agencia es similar. El funcionario de la empresa está comprando, con dinero que no es suyo, bienes que tampoco serán suyos. También enfrenta incentivos perversos.

Sin embargo, el problema surge cuando perdemos de vista cuál es el objetivo central del proceso de selección. La forma es un mecanismo para evitar que el proceso de competencia se distorsione por estos incentivos perversos, pero no es un mecanismo para distorsionar la competencia misma.

Lamentablemente, los *administrativólogos* (es decir, los malos administrativistas), supuestamente expertos en Derecho Administrativo, han tomado el control y nos han conducido al mundo en el que “*las carretas están delante de los bueyes*”. La forma ha sido colocada delante de la competencia y nos conduce a problemas tan absurdos como el de *Competius* en *Formalandia*.

Este artículo aborda este problema, y sugiere que debemos regresar los bueyes delante de la carreta si es que queremos avanzar. Nótese que no proponemos dejar la forma y sujetar la contratación pública a reglas absolutamente abiertas como las de la autonomía privada, pero sí sugerimos que los mecanismos que se utilicen deben tener claro que el objetivo es comprar lo mejor a menor precio, no comprar al que supera la carrera de obstáculos creados por el formalismo.

En ese sentido, el objetivo de todo proceso de selección, sea para la compra de bienes o para la contratación de servicios, sea para la privatización, sea para elegir a quién debe otorgarse una concesión y, en general, para establecer cuándo debe ganar el mejor, debe basarse en la necesidad de crear competencia. Reglar la competencia no es sustituirla. Tememos, sin embargo, que los *administrativólogos* nos han conducido a un mundo en el que regulamos contra la competencia y no a favor de ésta.

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui

II. LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DEL ESTADO Y EL PRINCIPIO DE FORMALIDAD: ¿FORMA SOBRE FONDO?

Clásicamente, se ha considerado que el principio rector de la actuación de la Administración y de los particulares al interior de todo proceso de selección público es el denominado principio de formalidad. Este principio impone el estricto apego por parte de los postores y de la propia Administración a las formalidades establecidas en todo procedimiento de selección. El problema que ha presentado la estricta interpretación de este principio es que se ha derivado en un excesivo “formalismo” que, a su vez, genera una serie de barreras que impiden el verdadero objetivo de un proceso de este tipo: obtener al mejor postor. Esto se ha llevado a tal nivel que, más allá de lo que se diga, en los hechos parece haberse convertido para varios *administratvólogos* en el principio más importante.

El ejemplo de *Competius en Formalandia*, el cual es muchas veces superado por el inventario de la realidad, es el que nos lleva a preguntarnos por qué es tan importante el cumplimiento de formalidades en este tipo de procesos; más aún, si debe la formalidad primar sobre otros aspectos importantes como la necesidad del Estado de encontrar los mejores postores en sus relaciones contractuales; ¿no sería, acaso, preferible permitir cierto margen de “informalidad” en estos procesos, a fin de evitar que perdamos la oportunidad de elegir al mejor?

En nuestra experiencia, hemos visto casos tan absurdos como descalificar un postor porque el nombre de la empresa estaba mal escrito, porque había una palabra mal traducida en un poder que había sido presentado en inglés, porque la oferta tenía una mancha que fue interpretada como “un borrón”, un error de compaginación que fue considerado como un error de foliación, por errores numéricos que no afectaban el resultado de la fórmula, entre muchos otros. En ninguno de esos casos había dudas sobre el sentido de la oferta ni se perjudicaba a otras partes ni se afectaba la transparencia y garantías del proceso.

No es nuestra intención restar la importancia que efectivamente tienen las formalidades, sino únicamente llamar la atención sobre la necesidad de limitar un formalismo exacerbado que termina por impedir la obtención de los verdaderos objetivos de un proceso de selección.

Los procesos de selección en cualquiera de sus modalidades (invitación, concurso, licitación,

subasta o cualquier otra modalidad), tienen como objetivo garantizar que la administración seleccione como contraparte a aquel particular que se encuentre en mejor aptitud para prestar el servicio o bien requerido, ya sea porque lo puede proveer a un menor costo, en mejores condiciones técnicas o bajo cualquier otro criterio de competencia que oportunamente se determine.

En efecto, el concepto de proceso de selección alude a un mecanismo de asignación de recursos basado en la competencia entre diversos sujetos interesados, permitiéndose su entrega a aquél que valore más el recurso y decida efectuar la mejor oferta por éste. Así, los procesos de selección se constituyen como procedimientos que cumplen la función de maximizar la utilidad que puede obtener el licitante —en este caso, el Estado—, mediante el aprovechamiento de la competencia directa que se desarrolla entre los distintos postores. Finalmente, la lógica de toda licitación es que el licitante obtenga el mayor valor posible por la asignación del recurso que es objeto de ésta.

Si la lógica de los procesos de selección es aprovechar los beneficios derivados de la competencia, a fin de garantizar la obtención de este objetivo, es necesario que estos procedimientos se encuentren claramente regulados en cuanto a sus etapas y en cuanto a las condiciones y requisitos exigidos para la participación de los particulares y para la elección del ganador. La idea es que las reglas de competencia sean claras, iguales para todos, predecibles en su aplicación y orientadas a evitar cualquier posible arbitrariedad de la administración en su aplicación. Con ello se reducen los costos de agencia y los problemas de mala asignación de recursos que éstos pueden generar.

Es bajo esta perspectiva que se perfilan los límites del denominado “principio de formalidad”. De acuerdo con este principio, cualquier actuación de la Administración debe ajustarse estrictamente a lo establecido en los correspondientes procedimientos. De igual manera, cualquier interpretación o aplicación de las exigencias y condicionamientos establecidos en el procedimiento debería darse de manera restrictiva, textual y literal.

Con ello se buscaba eliminar cualquier posible nivel de discrecionalidad de la Administración al seleccionar al postor que finalmente contratará con el Estado. Con ello, además, se concedía una importante garantía a los particulares, quienes de antemano sabían que la administración no podría adoptar decisiones arbitrarias. La formalidad se erigía así como un mecanismo de tutela del “interés público”.

Precisamente refiriéndose a la lógica que subyace a este principio, Gordillo señala¹:

“Los pliegos de bases y condiciones generales todavía suelen establecer con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser tenida como admisible y son a veces exageradamente detallistas en esta materia. [...]

El objetivo que perseguía este detallismo era el de lograr la mayor homogeneidad posible entre las ofertas que van a ser comparadas por los funcionarios, de modo tal que pudieran ser valoradas 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 valuación y resolución, disminuyendo la probabilidad de error en la adjudicación”.

Como bien señala Gordillo, con el formalismo se buscaba precisamente dotar de cierta protección al proceso competitivo que se desarrolla en el marco de un proceso de selección. Al establecer reglas minuciosamente detalladas y que debían ser escrupulosamente puestas en prácticas por la Administración Pública, se pretendía eliminar cualquier posible discrecionalidad que haga que el resultado no se obtenga por una verdadera competencia.

Sin embargo, el problema que presentó la aplicación de este principio por parte de la Administración –motivada por las posiciones de los *administratólogos*– fue que derivó en una rigidez excesiva, generando poca flexibilidad en los procesos, dándole una mayor preponderancia al cumplimiento estricto de formalidades en perjuicio del contenido y de aspectos esenciales que deben primar en el marco de un proceso de selección. De alguna manera ocurría que los medios eran colocados por delante de los fines, es decir, *las carretas delante de los bueyes*.

Precisamente criticando esta tendencia “formalista”, Moreira Neto señala²:

“En los sistemas heredados del positivismo jurídico, la importancia del atendimento de lo que se tenía como principio de la igualdad entre los

licitantes dictaba una férrea vinculación a trámites procedimentales complejos, que deberían ser ricos en condicionamientos y exigencias con la función de alejar a los ofertantes o las propuestas considerados indeseables. Se creía que esa sería la mejor solución para asegurar la igualdad y la moralidad de los certámenes.

El procedimiento dominaba el certamen de tal suerte que los ofertantes que mejor actuasen en sus complejos meandros tenían una inmensa ventaja sobre los que no dominaban ‘el arte de hacer ofertas válidas’. Por ello, el resultado de la licitación dejaba de ser lo más importante, cediendo ante la perfección formal con que se cumplían los procedimientos. Para los que entienden que la igualdad sólo puede ser alcanzada por medio de una estricta sujeción a la formalidad, los pliegos de la licitación contenían todo lo necesario para que se llegase con éxito a la selección del contratista victorioso. [...]

Para los agentes públicos que operan las licitaciones, se trata de una doctrina confortable, ya que para ellos es siempre más seguro que se limiten a cuidar de la satisfacción de requisitos formales de los procedimientos, sin que les pesen mayores responsabilidades sobre la excelencia de los resultados de la licitación.

Poco importaba, en esta perspectiva, si la propuesta vencedora fuese más o menos eficiente o más o menos económica para las arcas públicas, ya que el deber funcional se agotaba en la fiscalización formal de la regularidad de los trámites legales” (el subrayado es nuestro).

Así, bajo esta perspectiva formalista cualquier error o desapego de un postor a una formalidad es sancionado por la Administración dejando de lado su propuesta. Poco importa si el error es uno menor o si es claramente identificable como un error. Poco importa si el error no tiene una incidencia real en cuanto a mantener la igualdad de condiciones entre los postores o si no genera un perjuicio a la competencia entre ellos. Lo único que importará es el cumplimiento de la formalidad.

Como señala Moreira Neto, el problema con esta actitud “formalista” es que deja de lado el objetivo de eficiencia que debe subyacer a todo proceso

¹ GORDILLO, Agustín. “Después de la reforma del Estado”. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 1966. pp. VII-9 – VII-15.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Selección del Contratista. Principios Informadores y Sistemas de Selección”. En: La Contratación Pública. Volumen 2. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2006. pp. 673-674.

de selección (seleccionar al mejor postor) y lo reemplaza por la prevalencia del cumplimiento de formalidades. Así, en la errada creencia de que las reglas del procedimiento (principalmente los pliegos o bases de licitación) son siempre perfectas y contienen toda la información necesaria de manera clara y sin posibilidad de interpretaciones distintas ni errores, se termina por brindar una posición privilegiada al que cumple la forma sobre el que ofrece una mejor alternativa de fondo.

Lo que además no se advierte es que esta perspectiva puede trasladar la arbitrariedad en la selección del ganador a la preparación de las bases o pliegos de licitación. En efecto, esta lógica formalista permite crear laberintos formales que, sabemos, sólo podrán ser superadas por postores determinados, y que contienen trampas ineludibles e insuperables para aquellos que queremos eliminar de la contienda. Así, la arbitrariedad sí sofisticada y toma vicios de rigurosidad. Pero es una rigurosidad artificial. Es una rigurosidad creada para favorecer a unos y perjudicar a otros. Entonces la contratación queda atrapada en las telarañas tejidas por los *administratologos*.

En su expresión más rígida el formalismo descalifica al que comete un error formal subsanable, aun cuando éste sea el que proponga la mejor oferta e incluso si se advierte que la corrección del error no coloca en desventaja a los demás postores ni les brinda un trato discriminatorio ni diferenciado.

En sentido similar, Beramendi³ señala:

“Desde la perspectiva de política regulatoria, el régimen legal de las compras estatales debe tener como primer objetivo que el Estado contrate bien, barato y oportunamente; todo ello con transparencia. Mientras mejor contrate el Estado será más eficiente el uso de los recursos públicos [...]. La regulación de la contratación estatal, además, debe ser diseñada de manera que los mecanismos operativos que se utilicen sean eficaces para evitar la corrupción, no solamente porque ésta es reprochable desde la perspectiva moral, sino, además, porque produce asignación ineficiente de recursos.

Sin embargo, el imperativo de evitar la corrupción a menudo ha invertido las prioridades y, lejos de

haberse creado mecanismos eficientes y ágiles para la contratación pública, ha servido para montar extenuantes procedimientos legales que han sido criticados porque traban la eficiencia de la Administración, retardan la satisfacción de las necesidades públicas y someten al funcionario a una atemorizante cultura controlista que lo conduce a preferir la formalidad a la sustancia, que premia la ineficiencia y la articulación legalista en lugar de reconocer los resultados. [...]

Al problema referido debe agregarse que la interpretación de las bases de los procesos está regida por un carácter básicamente formalista. Esta visión priva del carácter técnico que debiera presidir las discusiones relativas a la compra de bienes o contratación de servicios por parte del Estado, y se explica en parte por la sombra de una conducta de control atemorizante de los funcionarios públicos, que en muchos casos prefieren la comodidad de una interpretación literal restrictiva a una que atienda la esencia de las cosas” (el subrayado es nuestro).

Como bien se señala, el principal problema que genera un excesivo formalismo es que en su afán por generar un marco de protección para el desarrollo de la competencia, se termina privilegiando a la forma sobre la competencia, es decir, sobre aquello que finalmente se debería proteger. Así, lo importante ya no termina siendo el análisis de la propuesta que resulte más conveniente para el Estado, sino de aquella que mejor se haya ajustado a las formalidades preestablecidas.

No debe de perderse de vista que la forma está al servicio de la igualdad de trato, la transparencia y el desarrollo de competencia, por lo que el principio de formalidad opera y cumple su función cuando la forma evita justamente que se dé un trato diferenciado. Pero, cuando una diferencia o error de forma detectable de manera clara y transparente no afecta dicho trato, entonces el cumplimiento de la formalidad de manera estricta no cumple ninguna función tutelable.

Es en atención a este problema que modernamente la doctrina y la práctica administrativa han aceptado la existencia de otros principios rectores de los procedimientos administrativos en general, y licitatorios en particular, los cuales deben aplicarse conjuntamente con el de formalidad,

buscando un adecuado equilibrio entre los medios y los fines. Estos principios, como veremos, se encuentran recogidos explícita e implícitamente en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la "LPAG").

La lógica de estos principios ha sido mediatizar los efectos de la tendencia "formalista" de los *administrativólogos* y así asegurar el cumplimiento de los verdaderos fines de los procesos de selección. Estos principios son, fundamentalmente, cuatro: (i) el principio de concurrencia; (ii) el principio de informalidad; (iii) el principio de eficacia; y, (iv) el principio de verdad material. A ello los llamaremos "los otros principios", los cuales se contrastan con el principio de formalismo.

III. LOS OTROS PRINCIPIOS APLICABLES EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

A. El principio de concurrencia

Como hemos señalado, la lógica de todo proceso de licitación es la de aprovechar los beneficios derivados de la competencia. Ello con la finalidad de que el Estado pueda obtener la mejor propuesta posible a efectos de satisfacer sus intereses. Siendo ello así, pareciera lógico que el principio de mayor importancia en todo procedimiento de este tipo debería ser, precisamente, el de concurrencia.

Respecto del principio de concurrencia Delpiazzo⁴:

"Clásicamente, el principio de concurrencia postula la participación en la comparación de ofertas de la licitación de la mayor cantidad posible de oferentes, de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual [...]" (el subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la lógica de este principio es privilegiar el verdadero objetivo de todo proceso de selección: que la Administración se encuentre en capacidad de elegir al mejor postor mediante la competencia de éstos. Para ello se busca que

las decisiones que adopte garanticen que en todo procedimiento concurren la mayor cantidad posible de postores, a fin de que exista una mayor base sobre la cual elegir y un mayor aprovechamiento de los beneficios de la mayor competencia generada.

Ello, claro está, no significa que la elección del ganador pueda basarse en una decisión absolutamente discrecional y al margen de las formas. Las formas deben permanecer para asegurar una competencia transparente e igualitaria entre todos los postores, pero de manera alguna pueden servir como un mecanismo para restringir de manera injustificada la competencia.

Nótese que, precisamente por la atención que este principio da a los objetivos de los procedimientos de selección, en la actualidad se ha convertido en el principio de mayor relevancia para la interpretación de la conducta de la administración en estos procedimientos. Como bien señala Delpiazzo⁵:

"Modernamente, se privilegia este principio de concurrencia o competencia entre los oferentes como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación⁶, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del estado"⁷ (el subrayado es nuestro).

Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que este principio, como ya anotamos, no debe implicar un desplazamiento del principio de formalidad. Por el contrario, se entiende que éstos deberán ser interpretados de manera conjunta a efectos que coexistan de manera tal que permitan la mejor obtención de los objetivos de toda licitación.

En efecto, no resultará razonable pensar que a efectos de contar con un número mayor de postores se deban eliminar los requisitos mínimos que deben cumplir todos los postores u omitir el necesario cumplimiento de formalidades para algún o algunos postores en particular. Tampoco implica que cualquier error en una propuesta o desapego a una formalidad deba de ser "omitido" a efectos de contar con un mayor número de postores.

⁴ DELPIAZZO, Carlos. "Los principios generales en la contratación pública". En: La Contratación Pública. Volumen 1. Buenos Aires: Editorial Hamurabi. 2006. p. 555.

⁵ Ibidem.

⁶ ESCOLA, Héctor J. "Tratado Integral de los Contratos Administrativos". Tomo I. Buenos Aires: Depalma. 1977. p. 334.

⁷ FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael. Op. Cit. p. 44.

Lo que este principio implica es que no se privilegie una excesiva formalidad sobre la posibilidad de contar con un número mayor de postores. Así, por ejemplo, en caso un postor hubiere cometido un error subsanable en su propuesta, la conducta de la administración deberá ser la de permitir una subsanación en lugar de eliminar de plano al postor por haber incumplido con una formalidad.

Precisamente, atendiendo al objetivo que subyace a todo proceso de selección (seleccionar al mejor postor), el principio de concurrencia busca obtener una decisión razonable de la administración que resulte acorde con tal objetivo: mantener el mayor número de candidatos, siempre que se asegure un trato equitativo, igualitario y transparente a todos ellos. La idea es que una formalidad subsanable que, además, no sea susceptible de generar una distorsión en el procedimiento o de modificar el contenido esencial del acto en cuestión, no conlleve un impacto negativo en el objetivo central de contar con el mayor número de postores. Por no causar distorsión o no generar impacto negativo se entiende asegurar que todos los postores tendrán, en abstracto, las mismas posibilidades.

En este sentido, y respecto de la forma en que deben interpretarse las exigencias de admisibilidad de los postores, Moreira Neto señala⁸:

“Hipótesis especial de formalismo dañino en las licitaciones es la que aquí se destaca, relativa a los pliegos de admisibilidad en las licitaciones.

[...] un problema común que se ofrece es la inversión de valores, que suele ocurrir, cuando el exceso de rigor formal de las reglas de habilitación (o de las interpretaciones que de ellas se haga), conduzcan al impedimento de una comparación sustantiva entre todas las ofertas, aunque defectuosas.

No obstante existir disenso, la conclusión que viene ganando terreno en la doctrina es la que considera superada esta inversión, distinguiendo entre lo que sea ilegalidad no susceptible de saneamiento, porque atenta directamente contra un valor sustantivo, de una irregularidad saneable, que no afecta a ningún núcleo de valores indisponibles.

El principio de competencia juega aquí un papel preponderante, ya que para alcanzar la selección de la propuesta más ventajosa es necesario convocar y admitir, aunque provisoriamente, la mayor cantidad de ofertas posible, y siempre existirá la posibilidad de trabajar con una dilación temporal, suficiente para sanear las irregularidades referentes a los pliegos de admisibilidad, en el curso del proceso selectivo” (el subrayado es nuestro).

En igual sentido, respecto de la posibilidad de subsanar errores formales a favor de una mayor concurrencia, Gordillo⁹ señala:

“Corresponde, pues, evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrandolo 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 intrascentes, 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” (el subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse, la importancia del principio de concurrencia como guía de todo proceso de selección radica en que permite atenuar los efectos del “formalismo” exacerbado. Así, si bien bajo un criterio formalista cualquier defecto en una propuesta debería conllevar a la eliminación del postor, en aplicación del principio de concurrencia deberemos observar previamente si tal defecto constituye un mero error de carácter subsanable o no. De ser así, deberá privilegiarse la posibilidad de contar con un mayor número de postores y permitir la subsanación del error.

Si bien conceptualmente la aplicación de este principio guarda una lógica virtualmente incues-

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit. pp. 677-678.

⁹ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 1998 – 2000. pp. XII-16.

tionable, alguien podría señalar que no se encuentra recogido en nuestra legislación y que, por tanto, no resulta aplicable en el Perú. Sin embargo, ello no es correcto por tres razones:

1. Como veremos más adelante, el principio de concurrencia está implícitamente reconocido en otros principios expresamente contenidos en la LPAG, en especial, en el principio de informalismo y en el de eficacia. El principio de concurrencia es la otra cara de los principios mencionados y se deriva inequívocamente de ellos. Esto será analizado más adelante.

2. En segundo lugar, la propia LPAG admite la aplicación de principios distintos a los expresamente recogidos en su artículo IV. En efecto, el primer párrafo de dicha norma señala:

“1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo (...)” (el subrayado es nuestro).

En adición, el numeral 2 de la misma norma señala: “La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo” (el subrayado es nuestro).

3. Finalmente, el principio se deriva de la propia naturaleza de un proceso licitatorio, que tiene como objetivo central conseguir la mejor oferta posible mediante un mecanismo competitivo, es decir concurrencial. Privar de dicho carácter a una licitación, en base a una formalidad, implica negarle su propia naturaleza.

B. El principio de informalismo

Un segundo principio aplicable a los procedimientos de selección es el denominado principio de informalismo o flexibilidad. De acuerdo con este principio, la autoridad deberá privilegiar la consecución de los objetivos de un proceso de selección por sobre la exigencia de formalidades, siempre que exista la posibilidad de una subsa-

nación y no se genere una distorsión en la conducción del procedimiento o en el acto en cuestión.

Sobre el particular, Delpiazzo señala¹⁰:

“El principio de flexibilidad se define por contraposición a la noción de rigidez y apunta a que la relación entre la Administración y el contratante no quede encorsetada en reglas pétreas sino que ambiente una relación fluida y dinámica de colaboración entre las partes.”

En tal sentido, se ha dicho, con un alcance amplio, que la flexibilidad que se plantea es lo opuesto a la rigidez y al uniformismo. Implica reconocer el hecho de la imposibilidad de prever todas las situaciones y de reglamentar su resolución. Implica darle al administrador y al controlador una batería de instrumentos para utilizar en función del objetivo a lograr” (el subrayado es nuestro).

En la legislación nacional este principio se encuentra expresamente recogido en la LPAG. En efecto, en el numeral 1.6 del Artículo IV del Título Preliminar de la referida norma se señala:

“Principio de informalismo.- Las normas de 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”.

Es importante precisar que, al igual que en el caso del principio de concurrencia, este principio no implica un desplazamiento o inaplicación del principio de formalidad. Lo que debe entenderse es que ambos principios coexistirán y deberán ser aplicados de manera armónica. Como señala Mor n¹¹, “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”.

¹⁰ DELPIAZZO, Carlos. Op. Cit. p. 545.

¹¹ MOR N URBINA, Juan Carlos. “El informalismo moderado en los procesos licitatorios: develando el paradigma de la licitación como procedimiento formal”. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 2. Lima: Círculo de Derecho Administrativo. Diciembre 2006. p. 72.

En efecto, lo que este principio plantea es que ante casos de defectos en el cumplimiento de una formalidad, que además sean susceptibles de subsanación y que no impliquen una afectación al contenido esencial del acto que se subsana, la autoridad deberá limitar la exigencia de formalismos y permitir la corrección del defecto.

Si aplicamos el criterio anterior a los ejemplos planteados en nuestra introducción, tendremos que el haber expresado por error que los bueyes serán jalados por las carretas o el tiempo ofertado en años en lugar de meses (errores que podían advertirse de los documentos presentados) no debería de implicar la descalificación de la oferta. Ello debido a que el error puede ser identificable y subsanable fácilmente, simplemente considerando la oferta de manera correcta. Además, una subsanación de este tipo no implicaría una modificación al contenido esencial de la oferta –porque el error no fue en la oferta misma, sino en la forma como se presentó– ni colocaría a un postor en mejor posición que otro.

Nótese que la aplicación de este principio también trae consigo el beneficio de permitir una mayor competencia en los procesos de selección. Lo que en principio los postores solicitan es que sus ofertas sean evaluadas, por lo que el informalismo favorece la participación de un mayor número de postores. En ese sentido, de alguna manera el principio de concurrencia y el de informalismo son las dos caras de una misma moneda.

En efecto, la menor aplicación de trabas o restricciones conlleva la posibilidad de que la administración cuente con un mayor número de postores en los procedimientos, con los consecuentes beneficios derivados de la mayor concurrencia (opción de seleccionar una propuesta más beneficiosa).

Como bien señala Morón¹², “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”.

En igual sentido, sobre este aspecto Delpiazzo señala con claridad¹³:

“Según se ha destacado, el reconocimiento del principio de flexibilidad responde a una tendencia actual del Derecho comparado en materia licitatoria que procura privilegiar la competencia entre oferentes en los procedimientos de selección a través de un mayor informalismo o de un formalismo moderado.

Conforme a ilustrada opinión, ‘la observancia de un formalismo moderado, destinado a preservar el Derecho material que rige las relaciones entre Administración y los oferentes, razonablemente aplicado resulta saludable, tanto para el interés público, requirente de la mayor concurrencia, como para el privado, gravitante para conservar las posibilidades de acceder a la contratación’¹⁴ (el subrayado es nuestro).

De lo anterior se deriva que el principio de informalismo será de gran relevancia al analizar el cumplimiento por parte de los postores de los requisitos y exigencias establecidos para su participación en los procesos de selección. En efecto, si bien es cierto que la administración deberá ser estricta al evaluar el cumplimiento de los requisitos establecidos para la participación de los postores, a fin de asegurarse que éstos cumplan con las condiciones mínimas para participar del proceso, asegurando un trato transparente, igualitario y no discriminatorio, no es menos cierto que en su evaluación deberá tener en cuenta la posibilidad de subsanación de ciertos defectos que pudieran haberse presentado y que no generen afectación alguna al desarrollo del procedimiento.

La lógica de ello es, nuevamente, el privilegiar el fondo sobre la forma y asegurar la mayor competencia posible. Es este criterio precisamente el que lleva a Cassagne¹⁵ a concluir que, incluso, resulta posible la modificación de las ofertas de los postores por errores formales que no afecten su sustancia:

“Durante muchos años se sostuvo el principio de la inmodificabilidad de las ofertas como una regla absoluta, afín a la naturaleza formalista que se atribuía a todo el procedimiento de contrataciones.

En la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento adminis-

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. p. 75.

¹³ DELPIAZZO, Carlos. Op. Cit. pp. 545-546.

¹⁴ COMADIRA, Julio R. “La Licitación Pública”. Buenos Aires: Depalma. 2000. p. 29.

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo”. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 2005. p. 104.

trativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual, dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad. [...]

Por tales circunstancias, hay que admitir el cambio u subsanación de las ofertas (art. 17, RCAN) por aspectos o detalles formales que no impliquen su modificación sustancial dado que, en tales casos, se privilegia la posibilidad de que la Administración obtenga adecuadas alternativas de selección mediante una mayor concurrencia y, al propio tiempo, el principio de igualdad” (el subrayado es nuestro).

En igual sentido, Dromi¹⁶ señala que “los meros defectos formales que no afectan sustancialmente la validez de la oferta, no provocan su inadmisibilidad”. En efecto, en la medida que una oferta presente un mero error formal que no implique una modificación de sus elementos sustanciales, ello no debería generar la eliminación del postor. Como se ha señalado, el principio de informalismo impone la preponderación del fondo sobre la forma, por lo que deberá de privilegiarse la posibilidad de una subsanación y lograr así el mantenimiento de mayores grados de competencia.

C. El principio de eficacia

El tercer principio aplicable a los procesos de selección es el denominado principio de eficacia. Este principio se encuentra expresamente contenido en el numeral 1.10 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual señala:

“1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá

ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio” (el subrayado es nuestro).

Como se puede ver, la descripción de este principio se encuadra perfectamente con lo señalado respecto al principio de concurrencia. En efecto, dado que el objeto de los actos administrativos que conforman una licitación es el generar la mayor competencia posible entre postores, dicha finalidad (la concurrencia) debe ser privilegiada sobre elementos meramente formales. Ello, claro está, siempre que una decisión de este tipo no implique una afectación del derecho de los demás postores que concurren en la licitación (administrados en términos de la norma).

Así, el principio de concurrencia se encuentra íntimamente vinculado con el principio de eficacia y el de informalismo. En última instancia, todos estos principios juegan de manera coordinada, a fin de lograr que cualquier error o incumplimiento de una formalidad que pueda ser subsanable, no genere una afectación al objetivo de obtener una mayor concurrencia. Lo que en última instancia se plantea la utilización de un cierto nivel de “informalidad” a efectos de eliminar las restricciones excesivas que podría generar un formalismo entendido de manera demasiado estricta.

D. El principio de verdad material

Finalmente, el último principio que debe regir la actuación de la administración en los procesos de selección es el principio de verdad material. De acuerdo con este principio, constituye un deber de la administración el velar por identificar la realidad de las cosas, más allá de la forma como le hayan sido presentadas.

Al referirse a este principio Morón¹⁷ señala que éste conlleva que “las actuaciones de la administración deben de estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, independientemente de cómo hayan sido alegadas”.

Cabe señalar que este principio se encuentra expresamente recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual señala:

¹⁶ DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”. Novena Edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura. 2001. p. 412.

¹⁷ MORON, Juan Carlos. “Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima: Gaceta Jurídica. 2002. p. 41.

“Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas [...]”.

Es importante precisar que la aplicación de este principio no implica que la administración deba ejercer una labor investigativa en todos los procesos de selección y supla los defectos en las actuaciones de los postores. Ello, evidentemente, tornaría en inviable un proceso de selección, aumentaría exponencialmente sus costos, y podría significar un trato discriminatorio si tal facultad se usa para beneficiar a unos postores en perjuicio de otros.

Lo que este principio impone es que la autoridad vea la realidad de las cosas, más allá de la forma como ésta le ha sido propuesta. Así, por ejemplo, de advertir un error subsanable de un postor, lo que deberá hacer no es descartarlo de plano, sino darle la posibilidad de subsanarlo. Ello, repetimos, en la medida que la autoridad se encuentre razonablemente en condiciones de advertir la existencia de un error y la subsanación no implique generar una ventaja a favor de un postor –por ejemplo, si la subsanación implicara una modificación del contenido sustancial de una propuesta–.

Precisamente comentando la aplicación de este principio al análisis de las ofertas efectuadas por los postores, Delpiazzo¹⁸ señala:

“Por coincidencia de dichos términos, este principio realza la importancia relativa de las cosas frente a la mera forma o formalismo, que es, patológicamente, la tendencia a concebir las cosas como forma y no como esencias, a sustentar la creencia de que aprobando reglas formales, los problemas se solucionan.”

Para neutralizar el formalismo es necesario evitar actitudes formalistas, procurando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta¹⁹. Asimismo, la severidad en la admisión y

la exclusión por omisiones intrascendentes deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación de deficiencias de carácter leve que no vulneren la esencia del trato igualitario ya que la Administración tiene la carga de obviar inconvenientes menores y permitir la mayor afluencia posible de ofertas”²⁰ (el subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse, lo que Delpiazzo señala es que en caso de existir defectos de forma en una oferta (siempre que sean evidenciables y no impliquen una desnaturalización de su contenido) la autoridad no deberá descartarla de plano. Lo que deberá hacer es solicitar su aclaración o subsanación, permitiendo así una mayor competencia.

IV. DEFECTOS EN EL MARCO DE UN PROCESO DE SELECCIÓN: ¿CÓMO SE DEBERÍA DE ACTUAR?

De lo señalado en los apartados anteriores se puede apreciar cómo el principio de formalidad, si bien aún resulta aplicable como principio rector de la actividad de la administración en los procesos de selección, se encuentra mediatizado en su aplicación por otros criterios que buscan hacer primar los intereses en juego en un proceso de selección (la mayor competencia posible) por sobre la exigencia de formalidades.

Así, toda interpretación que se efectúe en el marco de un proceso de selección deberá tener como referente el lograr el objetivo de eficiencia, por lo que en determinadas oportunidades, como por ejemplo ante defectos subsanables que no distorsionen el procedimiento, las formalidades deberán ceder a efectos de garantizar una mayor competencia en el procedimiento. Después de todo, la mayor competencia es el elemento que garantiza al Estado la mejor satisfacción de sus intereses.

En atención a lo explicado hasta esta parte, podemos proponer un esquema que permite identificar cuándo corresponde solicitar la subsanación –o proceder a una subsanación de oficio– de un defecto formal en una oferta en un proceso de selección, el cual se encuentra compuesto de cinco preguntas:

¹⁸ DELPIAZZO, Carlos. “Los principios generales en la contratación pública. La contratación Pública”. Volumen I. Buenos Aires: Editorial Hamurabi. 2006. p. 547.

¹⁹ MAIRAL, Héctor. “Licitación Pública”. Buenos Aires: Depalma. 1975. p.18.

²⁰ FIORINI, Bartolomé e Ismael MATA. “Licitación Pública”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1972. p. 44.

A. ¿Se puede detectar de la revisión de la oferta y de las circunstancias del caso que existe un error en la forma como la oferta se ha expresado?

Si el error no es detectable, entonces no cabe su subsanación, ya que ello podría obedecer a una conducta estratégica del postor para modificar su oferta vía subsanación. En efecto, la lógica es que únicamente puedan ser subsanados errores que sean claramente identificables y conocibles del contenido de la propia oferta. De otra manera, una subsanación de elementos no identificables podría conllevar a generar beneficios a favor de un postor en detrimento de otro, lo cual constituiría una afectación a la igualdad e imparcialidad que debe existir entre los postores.

En este sentido, Juan Carlos Morón²¹ señala que la posibilidad de subsanar un error deberá darse precisamente cuando “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. [...] 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”.

B. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿está el error en el contenido de la oferta o en una defectuosa expresión de ésta?

Si la respuesta es que el error está en el contenido de la oferta, éste no será subsanable porque ello sería una modificación de la oferta presentada. Pero, si el error está en una defectuosa expresión de la oferta, entonces corresponde seguir con el análisis.

Esto quiere decir que el error que puede ser objeto de subsanación debe de referirse a un aspecto formal y no de fondo. Ello debido a que un problema en la declaración de la oferta puede ser objeto de subsanación sin afectar el derecho de los demás postores a un tratamiento igualitario, a diferencia de lo que sucedería en el caso de la subsanación de una oferta que implica la modificación de su contenido.

C. De ser la respuesta a la pregunta anterior que el error está en la forma de expresión de la oferta, ¿es posible de manera indubitable, identificar el verdadero contenido de ésta?

De ser la respuesta negativa, no cabría lugar a una subsanación, en la medida en que no resultaría posible conocer cuál es el real contenido de la oferta a ser subsanada. Concluir lo contrario podría generar dos consecuencias no deseables: (i) que se coloque en desventaja a los demás postores, ya que se permitiría modificar el contenido de una oferta; y, (ii) que se den conductas estratégicas por parte de los postores, quienes podrían alegar supuestos “errores” a fin de modificar sus ofertas y asegurarse el éxito en el proceso de selección.

Como señala Morón²², “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 técnica pueda ser mejorada en ventaja inaceptable para el postor”.

D. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿permite la subsanación mejorar la competencia en el proceso de selección?

De ser negativa la respuesta a esta pregunta, debe culminar el análisis, toda vez que no tendría sentido superar una formalidad si con ello no se contribuye a alcanzar los fines que se persiguen con el proceso de selección. Como ya hemos indicado, la lógica de relativizar la aplicación del principio de formalidad es la de promover el objetivo principal de todo proceso de selección (la competencia). Si este objetivo no se consiguiera, entonces no existiría un fundamento para esta relativización.

E. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿afecta la subsanación el derecho de los otros postores a ser tratados de manera igualitaria y transparente?

Si la respuesta es afirmativa, no cabe la subsanación. Pero, si es negativa, la subsanación debe darse para preservar los fines del proceso de selección, es decir, la concurrencia. En efecto, si bien es importante asegurar el cumplimiento de

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui

²¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. p. 78

²² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. pp. 82-83.

los objetivos de todo proceso de selección, esto no debe de manera alguna lograrse en perjuicio de los derechos que asisten a los demás postores. Como se ha señalado, la lógica del principio de formalidad es, finalmente, el garantizar una adecuada competencia pero siempre sobre la base de la igualdad de los postores.

Solo para efectos ilustrativos, vamos a aplicar a uno de los casos propuestos en la introducción el esquema de análisis que sugerimos. Nos referimos al error de consignar años en lugar de meses. Como se ve, las preguntas formuladas se basan en la importancia de conjugar mecanismos orientados a asegurar el cumplimiento de los objetivos del proceso de selección con los límites existentes en la discrecionalidad del funcionario, justamente orientados a preservar la transparencia y la igualdad de trato a todos los postores.

- a. *¿Se puede detectar de la revisión de la oferta y de las circunstancias del caso que existe un error en la forma como la oferta se ha expresado?*

Como mencionamos en el caso propuesto, el error en la propuesta del postor es advertible de los propios documentos presentados por éste (por ejemplo, se señala que el plazo está en años y no meses en una nota a pie de página o en un anexo de la propuesta). Siendo ello así, deberemos concluir que de los documentos emitidos por el postor se aprecia el contenido real de su oferta, por lo que la respuesta debería de ser afirmativa.

- b. *De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿está el error en el contenido de la oferta o en una defectuosa expresión de ésta?*

De acuerdo con el caso propuesto, el error del postor estaría en la expresión y no en el contenido de la oferta (se expresa en años y no en meses). Este error, además de advertible, es uno que no modifica el contenido de aquello que se ofertó.

- c. *De ser la respuesta a la pregunta anterior que el error está en la forma de expresión de la oferta, ¿es posible de manera indubitable, identificar el verdadero contenido de ésta?*

Sí, porque se desprende de los otros documentos de la oferta.

- d. *De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿permite la subsanación mejorar la competencia en el proceso de selección?*

Sí, porque evita eliminar a un postor por un evidente error formal. Nótese además que en el caso que la oferta con el error resultara ser la más conveniente, la decisión es aun más importante. Ello debido a que se permitiría al Estado mantener en su evaluación precisamente la propuesta que mejor satisfaga sus intereses.

- e. *De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿afecta la subsanación el derecho de los otros postores a ser tratados de manera igualitaria y transparente?*

No, porque la competencia sigue dándose en igual pie, pues la oferta del postor en cuestión es claramente apreciable y el defecto no cambia la posibilidad de competir de los otros ni genera una incertidumbre sobre los términos de la concurrencia. Una conclusión contraria podría generarse si el real contenido de la oferta no pudiese ser advertido de la propia oferta o si el error en el que se hubiera incurrido no fuera perceptible. Por ejemplo, si en ningún documento de la oferta se hubiese indicado que el plazo consignado estaba establecido en años y no en meses, o si el error fuera de tal naturaleza que sí podría pensarse un supuesto en el que la oferta podría haber estado en años, la administración de manera alguna debería de presumir algo diferentes. Lo contrario implicaría modificar el contenido de la oferta y afectar el trato igualitario a los postores, más aún cuando ello podría generar comportamientos estratégicos de los postores, quienes podrían “fingir” errores formales a efectos de mejorar sus propuestas y finalmente obtener el éxito en el proceso de selección.

V. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la informalidad no necesariamente implica un problema, sino que a veces constituye la única solución a las barreras que impone una mal entendida formalidad. Sin embargo, ello tampoco implica el “informalizar” de manera ciega la actuación de la administración para resguardarla de las restricciones legales, o el “formalizar” toda actuación de la Administración a efectos de eliminar la posible discrecionalidad que se derivaría de una actuación exenta de cualquier regla.

La propuesta que planteamos es la de ubicarnos en un punto medio. Se debe reconocer la importancia de la existencia de reglas claras que deban aplicarse a favor de la competencia y que garanticen a los administrados frente a una posible actuación arbitraria del Estado que termine por desnaturalizar un procedimiento de selección; así

como la importancia de cierta flexibilización en la aplicación de éstas reglas, a fin de asegurarnos que finalmente los aspectos formales no terminen por primar sobre los aspectos de fondo.

La idea es finalmente generar cierto grado de institucionalización y objetivización de la "informalidad" del Estado en sus actuaciones. Ello con el único interés de permitir que los objetivos de todo proceso de selección se vean concretados en la realidad. Finalmente, la aplicación irracional de formalidades termina por perjudicar al propio Estado, quien verá reducidas sus posibilidades de

obtener la mejor propuesta del mercado para cubrir sus necesidades. Debe tenerse en cuenta que el éxito de un proceso de selección no depende del cabal cumplimiento de todas y cada una de las formas, sino de la obtención de la mejor oferta por el Estado.

En síntesis, no se trata de colocar la carreta delante de los bueyes. Cuando *Competius* hizo eso en su oferta, despertó risas. Pero cuando el Estado hace lo mismo en su actuación y coloca la competencia detrás de la formalidad, entonces posiblemente nos den ganas de llorar.

Alfredo Bullard González
Christian Chávez Verástegui