

6 de febrero de 1995.

Profesor  
**RICARTE MARTINEZ ROBLES**  
Director General del  
Instituto Nacional de Cultura.  
E. S. D.

Respetado Señor Director:

Por medio de la presente respondamos su atenta Nota No. 049/D.G. de 10 de enero de 1995, en la cual nos solicita nuestra opinión jurídica con respecto a las siguientes interrogantes que a continuación pasamos a absolver:

PRIMERA INTERROGANTE:

"1.- ¿ El Artículo 47 del Código Fiscal, específicamente su Numeral 6o., en lo referente a las ofertas condicionadas, alternativas e indeterminadas se aplica en los casos de Solicitudes de Precios o solo en las Licitaciones y Concursos de Precios?

Antes de entrar a dilucidar el problema por usted planteado, creemos conveniente abordar el tema de los contratos administrativos y su importancia para el Estado en la consecución de obras y servicios.

El tratadista, Emilio Fernández Vázquez, en su "Diccionario de Derecho Público" define el contrato administrativo, como:

"aquellos acuerdos de voluntades de las que participa la Administración, destinados a producir consecuencias jurídicas sobre las partes contratantes; o también, aquellos actos de declaración de voluntad común productora de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y otro ente estatal o un particular".

(FERNANDEZ V. Emilio "Diccionario de Derecho Público." Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1981. p. 147).

Por su parte, José Roberto Dromi expresa que "...el contrato de la Administración es un acto de declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente público estatal o no " (DROMI, José Roberto. "La Licitación Pública." 4a reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1989. p. 24).

Ahora bien, la contratación que realiza el Estado, ya sea con una persona o jurídica sometida al régimen de derecho privado o con otro ente estatal, debe ajustarse a una serie de formalidades, tanto en el anuncio o convocatoria, en el acto de la presentación y recibo de la oferta, en la adjudicación y aprobaciones posteriores, entre otros aspectos. Ello es común a los contratos que celebra la administración, sin perjuicio de los trámites especiales que se surten en la licitación pública, concurso de precios, solicitud de precios y contratación directa.

Tal como se desprende de su consulta, lo importante es dilucidar si procede el rechazo de una oferta condicionada, alternativa o indeterminada en una solicitud de precios.

La oferta reviste trascendental influencia al momento de la selección del mejor contratista. Guillermo Cabanellas en "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", expone que la oferta es:

"Propuesta o promesa de dar, hacer, cumplir o ejecutar. Iniciativa contractual. Objeto o cosa que se da como regalo. Mercadería que se propone en venta con precio rebajado.

...En materia contractual, donde la oferta 'ofrece' a su vez el mayor interés jurídico, constituye el consentimiento inicial de uno de los contratantes o de quien desea serlo. De ser aceptado por la parte a quien se dirige, y siempre que concurren los demás requisitos de capacidad, licitud y legalidad, la oferta se transforma en contrato. La oferta, por tanto, es algo más que

una propuesta donde predomina la exploración del ánimo ajeno y donde el propio criterio respecto al acto no adquiere forma concreta..." (CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Tomo V. 2da. ed. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires. Argentina. p. 658)

Por tanto, no podemos desconocer que la presentación de la oferta debe ser lo más clara posible, ya que ello influirá directamente en la elección del oferente más idóneo, el que se encuentre más acorde con los intereses de la entidad contratante. En palabras de Dromi: "La vinculación de la promesa unilateral (oferta) en la contratación administrativa, se funda, entre otras razones jurídicas, en la significación política y social del interés público afectado y en la confianza y responsabilidad del licitante, que excluyen el arbitrio o la inestabilidad en la promesa formulada por el particular oferente..." (Ob. cit. p. 359).

Por los presupuestos enunciados, estimamos que la oferta pueda ser rechazada por ser condicionada, alternativa, indeterminada, elevada o gravosa. La oferta podrá ser condicionada, cuando el oferente se reserva la atribución de variar la propuesta, en la eventualidad de que se llegase a elegir la misma o proponer una rebaja sobre la mejor oferta o mejorarla en base a otra propuesta. Se dice que oferta es alternativa cuando se presentan varios sobres contentivos de oferta de la misma persona, y será indeterminada en los casos en que la propuesta no posea una determinación clara, precisa de la oferta. Es por ello que en el artículo 12 del Decreto Nº.33 de 3 de mayo de 1985, "Por el cual se reglamenta el Capítulo IV del Título I del Libro I del Código Fiscal, sobre Licitación Pública, Concurso de Precios, Solicitud de Precios y los respectivos Contratos con el Estado", dispone:

ARTICULO 12: El postor deberá especificar, en el formulario suministrado por la entidad licitante, el precio unitario y total de cada renglón en el espacio que corresponda al artículo u objeto propuesto.

Las ofertas elevadas o gravosas son aquellas que no se ajustan al presupuesto estatal y no representan la mejor oferta para el Estado.

Con respecto a las ofertas en el acto de solicitud de precios, el legislador no contempla disposición especial alguna, de allí que consideramos que el artículo 47 del Código Fiscal debe ser aplicado. Ello se justifica además, por la especial característica que revistan los contratos administrativos, esto es, contratos encaminados a la satisfacción de una necesidad de interés público. Luego, entonces, que en la solicitud de precios, las propuestas pueden ser rechazadas cuando sean condicionadas, alternativas e indeterminadas, con base en lo dispuesto en el artículo 47 del Código Fiscal, aplicable por analogía, tal como lo autoriza el artículo 13 de nuestro Código Civil, que textualmente dice:

ARTICULO 13: Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho, y la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana.  
(Subrayado es nuestro).

Además, el artículo 29 del Decreto 33 de 1985, establece:

ARTICULO 29: El Estado se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas o de aceptar la que más convengan a sus intereses, tanto en los procedimientos de Licitación Pública como en los de Concurso de Precios y Solicitud de Precios.

De conformidad con esta norma, en las solicitudes de precios, las propuestas bien pueden ser rechazadas por ser condicionadas, alternativas, indeterminadas, elevadas o gravosas (Cfr. numeral 7 del artículo 47 y artículo 25 del Decreto 33 de 1985), toda vez que el Estado ha de aprobar la propuesta más adecuada a sus intereses, y es evidente que una propuesta que se encuentre en estas condiciones, no satisface el interés público que siempre se encuentra comprometido en estas contrataciones.

SEGUNDA INTERROGANTE:

"2.- De no aplicarse en la Solicitudes de Precios la norma que se menciona en la pregunta anterior, ¿qué procedimiento puede seguir el postor afectado, en el caso en que los miembros participantes en el acto de apertura de sobres, hubiesen rechazado de plano una de las propuestas por considerarla condicionada, alternativa e indeterminada fundamentandosa en el Numeral 6, del artículo 47 del Código Judicial?

Como se ha dejado expresado en párrafos anteriores, consideramos que las disposiciones contenidas en el artículo 47 del Código Fiscal, debemos ajustarnos a lo que dispone en su numeral 7, que: "La adjudicación provisional no constituye un acto administrativo definitivo o firme, por lo que contra la misma no cabe recurso alguno".

Igualmente, el artículo 23 del Decreto 33 de 1985, preceptúa:

ARTICULO 23: Terminada la lectura de las propuestas, quien presida procederá a escoger la propuesta más ventajosa entre las admitidas entendiéndose que la adjudicación que se haga en ese momento no constituya acto administrativo definitivo o firme, por lo que contra la misma no cabe recurso alguno...

En consecuencia, el postor afectado no tiene recurso disponible para objetar el rechazo de su propuesta, en el acto de apertura de los sobres correspondientes.

### TERCERA INTERROGANTE:

3.- ¿Que Recurso puede usar el postor afectado ante el caso que se cita en la pregunta anterior? La respuesta debe estar dirigida a resolver a su vez las siguientes interrogantes:

a.- ¿ Un postor, cuyo propuesta fuese rechazada de plano en las condiciones que se mencionan anteriormente, pierde todo derecho a recurrir contra algún acto o resolución propio de la Solicitud de Precio de la cual fue excluido?

b. ¿Se puede interponer algún recurso directamente contra el acta que se confecciona con motivo de la apertura de sobres y que contienen expresamente, la decisión de rechazar de plano a uno de los postores?

c. ¿El postor afectado en el caso que nos ocupa, puede presentar Recurso de Reconsideración o apelación en contra de la Resolución expedida por el Director General y por medio de la cual se resuelve adjudicar definitivamente la Solicitud de Precios, Resolución ésta que se fundamenta entre otras cosas en el rechazo de plano de que fue objeto una de la ofertas?

De acuerdo a lo estatuido en el artículo 47, estimamos que cuando se produce el rechazo, el postor, después de la emisión del dictámen de la Comisión Evaluadora, puede presentar por escrito las observaciones y aclaraciones que consideren oportunas, las que serán incorporadas al expediente (véase numeral 9 del artículo 47 del Código Fiscal).

En lo que respecta al acta que se confecciona después de la lectura de las ofertas, no hay lugar para interponer recurso alguno, toda vez que lo único posible es dejar constancias en el acta "de las reclamaciones o incidentes ocurridos en el desarrollo del acta" (véase numeral 7 del artículo 47).

En cuanto al recurso de reconsideración o de apelación, observamos que sólo proceden éstos cuando se ha adoptado una decisión final, y el postor afectado, si desea, puede intentar hacer valer sus reclamaciones, tal como lo consagra el artículo 32 del Decreto 33 de 1985, que textualmente establece:

ARTICULO 32: Las personas que se consideran agraviadas con la decisión final podrán interponer recurso de reconsideración ante el funcionario o corporación administrativa que expidió la resolución o el de apelación para ante el superior, o ambos, entendiéndose que los mismos serán en el efecto devolutivo. De uno y otros recursos, o de ambos, podrá hacerse uso dentro del término de cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de notificación de la expresada resolución.

Cuando se hubiere agotado la vía gubernamental, si así lo considera el agraviado, podrá hacer uso de la acción de nulidad ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

CUARTA INTERROGANTE:

4.- De no aplicarse en las Solicitudes de Precios, la norma que se menciona en la primera pregunta, ¿Puede el Director General, fundamentado en la indebida aplicación de la disposición en mención, resolver un Recurso de Reconsideración interpuesto por el postor afectado en este caso, y dispone en la Resolución que resuelva este recurso, que se tome en consideración la oferta que fue originalmente rechazada de plano y reevaluando toda la Solicitud de Precios, adjudicar al antes rechazado parte del acto público en referencia?

Como se ha dejado plasmado anteriormente, consideramos que el artículo 47 si es aplicable a la solicitud de precios, por lo que en la posibilidad de que se presentase un recurso de reconsideración sobre la base de una propuesta indeterminada, alternativa o condicionada, la autoridad correspondiente no debe acceder a las pretensiones del recurrente.

QUINTA INTERROGANTE:

5. Si en una Solicitud de Precios, se apela de la Resolución de adjudicación definitiva emitida por el Director General, fundamentados en vicios (como los expresados en la 2da. interrogante), que se han originado desde el acto de apertura de sobres, ¿puede la Junta Directiva de la Institución, rechazar todas las propuestas presentadas, dando lugar a que se considere desierta la Solicitud de Precios y disponer la celebración del mismo acto por segunda vez, motivados por los vicios que contiene el acto por segunda vez, motivados por los vicios que contiene el acto público en mención y por considerar que las propuestas presentadas no convienen a los intereses del Estado?

En una revisión de la Ley N.º.63 de 6 de junio de 1974, "Por la cual se crea el Instituto Nacional de Cultura", se observa que el numeral 12 del artículo 6 dispone que la Junta Directiva tiene la atribución de "Conocer de las apelaciones que se presenten contra las resoluciones dictadas por el Director General".

En tal virtud, la Junta Directiva puede confirmar o bien rechazar el pronunciamiento del Director General. Sin embargo, para declarar desierta una solicitud de precios, es necesario que concurran uno de los supuestos enunciados en el artículo 25 del Decreto 33 de 1985, los cuales son:

1. Cuando no se presenten más de una propuesta válida,  
o
2. Las propuestas presentadas fueren consideradas elevadas o gravosas.

En estos casos, si la Junta Directiva estimase que debe declararse desierta la solicitud de precios, podrá disponer la celebración del mismo acto por segunda vez (Cfr. artículo 25 del Decreto 33 de 1985).

Esperando sea de utilidad la respuesta a su consulta, reciba las manifestaciones de nuestra, consideración y aprecio.

Atentamente,

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER.  
PROCURADORA DE LA ADMINISTRACION.

8/AMdaF/cch.