

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA OFERTA PRIVADA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA*

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

CONTENIDO

	Pág.
I. Régimen privado y general de la oferta.	
Planteo y deslinde del tema	15
a) Concepto de la oferta y notas distintivas	16
b) Deslinde de figuras similares	17
i) Promesa de contrato	17
ii) Proposición o propuesta	18
c) Naturaleza jurídica de la oferta	19
ch) El régimen de la oferta y sus principios	21
i) La oferta: hecho lícito (no negocio jurídico)	22
ii) La oferta acto jurídico de voluntad	22
II. Régimen público de la oferta a la Administración Pública	24
a) Los enfoques monistas de la contratación administrativa	24
b) Elementos de la oferta a la Administración Pública	25
i) Sujeto	26
ii) Objeto (materia y contenido).	30
iii) Forma	37
1) Forma escrita	37
2) Secreto de la oferta	37
3) La oferta debe ser firmada.	38
4) La oferta debe ser, por precio y demás términos, firme, definitiva e incondicio- nada	38
5) Garantía de participación	38

* Este trabajo fue preparado para "El Primer Congreso Interamericano de Derecho Administrativo, que tuvo lugar en Mendoza, Argentina, en agosto de 1977, cuando era inminente la promulgación del Reglamento de la Contratación Administrativa, pero desconocido su texto.

El trabajo se funda en el ordenamiento anterior al Reglamento de la Contratación Administrativa.

Se publica porque su contenido es fundamentalmente teórico y puede ser actual.

iv) La voluntad	42
1) Error en la cotización	44
2) Error de valoración de la oferta	45
2-1) Errores materiales	45
2-2) Errores de concepto	45
III. Régimen de la oferta	46
a) Estabilidad	46
b) Efectos favorables de presentación de la oferta	48
i) Derechos formales y materiales del oferente. Su violación y reparación	48
ii) Recursos administrativos dentro del trámite	49
iii) La acción contenciosa	50
iv) Los participantes y su "status"	51
1) Concursantes no legitimados	51
2) Participantes legitimados	52
3) El mejor oferente	56
c) Muerte o incapacidad	60
d) Transmisibilidad	60
e) La adjudicación y nuestro régimen de licitaciones	60
i) El acto complejo	61
ii) El contralor (preventivo o represivo)	61
iii) El dictamen no vinculante	62

LA OFERTA PRIVADA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

I. RÉGIMEN PRIVADO Y GENERAL DE LA OFERTA

Planteo y deslinde del tema.

La oferta de contrato puede emanar de una persona privada (individual o colectiva) o de una pública, y, en este último caso, si va dirigida a otro ente de igual naturaleza, será pública también, a modo de acto administrativo, como accesorio o parte de un contrato que estará sometido al Derecho Administrativo.¹ Tal oferta estará regida por la ley especial que regula las relaciones entre ambos entes públicos o por los principios generales de las convenciones interadministrativas, modulados en el caso por el tipo de relación o posición que guarden entre sí.² De esa oferta no habrá de tratar la presente ponencia.

Es tema de la misma, a la inversa, la oferta contractual del particular a la Administración Pública, con lo que partimos —como de un dato— de su naturaleza también privada. Y se llevará el

estudio hasta los confines de la oferta con el contrato, señalados por la adjudicación provisional o definitiva. Queda englobada en el estudio la oferta de la Administración al particular, pues ésta, imposible en los concursos públicos, sólo tiene lugar en la contratación directa y en la contratación libre de la Administración y en las mismas ella se comporta —al ofrecer— como si fuere otra entidad privada. La oferta de la Administración Pública en tales tipos de contratación de alcance excepcional e informal es manifestación de su autonomía privada, equiparable en todo a la oferta del particular,³ salvo texto expreso en contrario, que sería derogación de tal regla de principio.

El presente trabajo versará, entonces, sobre la oferta privada a la Administración Pública, en el procedimiento administrativo de concurso para la selección de sus contratistas y para el discernimien-

1. Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, tomo I, pág. 303, José Roberto Dromi, *La licitación pública*, Ed. Astrea, Buenos Aires, págs. 30 y 31.
2. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, tomo I, págs. 346 a 349.
3. Juan Rivero, *Droit Administratif*, Edition Dalloz, París, 1973, pág. 115; Giannini, op. cit., tomo I, pág. 707; Hermann Rodríguez Arce, *La contratación administrativa*, 1974, tesis de grado, inédita, San José, Costa Rica, págs. 162, 163, 180 y 181. La contratación directa es algo totalmente distinto de la contratación libre y en Costa Rica —como en el Derecho Comparado—, exige siempre una fase previa de deliberación (para declarar existente el motivo de excepción que permite prescindir del concurso administrativo) y de contralor, por aprobación o autorización de dicha deliberación. En Costa Rica, concretamente, el artículo 96 de la Ley de la Administración Financiera exige autorización de la Contraloría General de la República para proceder a la misma, según el monto de la operación y el rango financiero legalmente establecido (arts. 93 a 96 LAF) de la institución interesada desde el punto de vista del volumen de su presupuesto ordinario, con posibilidades de expedir el trámite para operaciones de menor monto, mediante autorización de la Proveduría Nacional (para el Estado) o de la Auditoría de la misma Institución (cuando se trate de ente público menor). De este modo, la contratación directa se distingue netamente de la contratación libre, respecto de la cual última el Estado o ente público puede proceder sin trámite previo, como si fuera entidad privada. En Costa Rica ello es posible únicamente con las operaciones menores de ₡ 500,00 llamadas de “caja chica”. Concordeamente Bartolomé Fiorini, *La licitación pública*, Abeledo Perrot, 1972, pág. 68, y Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, págs. 289 a 294, este último, sobre todo, quien hace énfasis en la doble idea capital de que la contratación directa es “privada” y de que es incompatible con el concurso en cualquiera de sus formas, en cuanto aquella no puede tener lugar si se da la posibilidad actual de dicho concurso, que siempre estará regido por la regla de la adjudicación a la “mejor oferta”.

to de sus contratos, tanto si el mismo es licitación pública o privada, como si es subasta, concurso, concurso-subasta, o cualquier otro tipo de procedimiento destinado a tal función selectiva.

a) Concepto de la oferta y notas distintivas.

Llámase oferta, en Derecho, a la proposición firme y completa de un contrato, o más analíticamente, a la manifestación de voluntad, dirigida a otro sujeto, de querer concluir con él un contrato, mediante su sola aceptación.⁴ La anterior definición contiene todos los elementos necesarios para definir la oferta, a saber: la oferta, para ser tal, tiene que presentarse como acto unilateral, inicial, cabal, firme y "recepticio", todo lo cual se puede resumir diciendo que será oferta aquella proposición que pueda convertirse en contrato con la aceptación pura y simple de sus términos; caso opuesto no la habrá.

La oferta es unilateral, aunque provenga de varias personas actuando conjunta y coordinadamente, en cuanto ha de ser expresión de un solo interés, necesariamente distinto —si no contrapuesto— al de su destinatario, el potencial aceptante. No importa que sean varios los constructores que ofrecen, si todos ofrecen lo mismo como si fuesen uno solo, frente al posible aceptante. La oferta es unilateral porque define la posición de quien propone construir a cambio de un precio, con total exclusión de quien deberá pagar éste a cambio de la construcción.

La oferta es inicial, porque es la primera en el tiempo de las dos voluntades que forman el contrato. Y como bien se ha dicho, iniciativa no implica espontaneidad. La oferta puede ser y generalmente es la culminación de tratos y negociaciones e, incluso, la respuesta a una invitación a ofrecer, que es lo que ocurre con su forma más importante en la contratación administrativa, la que se da dentro de los concursos públicos (licitación pública o privada, subasta, subasta-concurso, concurso, etc.); no obstante lo cual es oferta por ser cronológicamente la primera manifestación de voluntad apta para formar el contrato, distinta de las meras negociaciones.

La oferta es completa, porque ha de contener lo necesario para la configuración suficiente del contrato y de su contenido, de ser aceptada. Si, a tal fin, su destinatario tuviera que agregar otras proposiciones complementarias, estaría haciendo una contraoferta, invirtiendo automáticamente su posición y convirtiéndose en oferente. Toda presunta aceptación que implique cambios frente a lo ofrecido, equivale a nueva oferta, con rechazo de la anterior. "Cuando la aceptación envolvere modificación de la propuesta o fuere condicional, —dispone el artículo 1010 de nuestro Código Civil— se considerará como nueva propuesta".

Pero a este respecto es necesaria una fundamental aclaración: la cabalidad de la oferta no consiste en prefigurar la totalidad del contenido contractual, indicando todos sus posibles efectos, modalidades y términos. Esto no lo podría hacer —hoy día— ni el más acabado jurista. Se trata más bien de proponer lo esencial, que permita conocer con certeza la intención práctica del oferente, cuando no el tipo de contrato que quiere realizar. Es bien sabido que la intención negocial ha de referirse a un resultado real —y no meramente jurídico— y que es el ordenamiento el que conecta a ella los efectos necesarios para que la parte pueda lograr jurídicamente lo que se propone.⁵ La oferta deberá precisar lo esencial de este (así llamado) propósito empírico o contener lo indispensable para que pueda ser determinado con precisión en el futuro. Al igual que otros elementos del acto jurídico, como el objeto, la intención final del agente deberá ser determinada, pero podrá ser también sólo determinable, a partir de la declaración.

La oferta es firme y con ello se intenta decir que manifiesta la voluntad, sin reservas, de obligarse por el contrato, con sólo la aceptación de su destinatario.⁶ Queda excluida la posibilidad de ofertas que sujeten la aceptación a aceptación (del oferente), pero no las que contengan modos o condiciones. La aceptación deberá darse pura y simple y con total adherencia al contenido de la oferta, pero ésta podrá supeditar la existencia y alcance de los derechos y obligaciones por crear a toda clase de modalidades.

4. Ver definiciones concordantes en Pablo Casafont Romero, *Ensayos de Derecho Contractual*, Librería Lehmann, San José, 1968, pág. 204; Jorge Enrique Romero, *La licitación pública*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, Serie Tesis de Grado, núm. 24, 1975, págs. 236 y 237; Giuseppe Stolfi, *Teoría del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1971, pág. 4.

5. Luigi Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, págs. 50 y 51; Jean Luc Aubert, *Notion et Rôle de L'Acceptation dans la Formation du Contract*, Librairie Generales de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), París, 1970, págs. 57 a 63, obra esta última con amplia información sobre la oferta en el Derecho Privado.

6. Aubert, op. cit., págs. 44 a 48 y 75.

La oferta es, finalmente, un acto "recepticio". Se entiende por tal aquel cuyo autor tiene el deber o la carga de comunicarlo a su destinatario, comunicación de la que depende su validez o eficacia.⁷ No está claro en doctrina el efecto propio de la comunicación (publicación si es indeterminado el destinatario, notificación si es individual) sobre los actos llamados "recepticios", pues mientras unos reputan que aquella condiciona la existencia y validez de éstos, otros estiman que condiciona únicamente su eficacia, entendida como capacidad actual de producir efectos.⁸ Hay quienes reputan que acto recepticio es sólo el que está dirigido a sujeto determinado y requiere de la colaboración de éste para su ejecución, en tanto que será no recepticio el que se encamine a sujeto indeterminado o pueda lograr por sí, con su acaecimiento real y su propio efecto jurídico, sin más, el fin que se propone. Ejemplos típicos del acto recepticio son la oferta y la aceptación del contrato, pues ninguna de tales manifestaciones puede alcanzar su fin sin llegar a conocimiento de la otra parte, y es posible pensar, según la posición adoptada al respecto, que sin ese conocimiento o sin la posibilidad del mismo ninguna de las dos existiría (jurídicamente) o, al menos, no podría producir efecto alguno. Ejemplos típicos del acto no recepticio

son el testamento, el abandono voluntario de cosa o bien la renuncia de un derecho, etc.⁹

b) Deslinde de figuras similares.

Suele hacerse distinción entre oferta y promesa de contrato, y entre oferta y proposición de contrato.

i) Promesa de contrato.

Si el contenido de la promesa de contrato es el mismo que el del contrato que se promete, la diferencia con la oferta a plazo no existe, pues en ambos casos se intenta formar un contrato y otorgar al destinatario de la declaración un plazo para aceptar. Aceptada la oferta o la promesa, automáticamente se perfecciona el contrato, siempre que ello ocurra dentro del plazo fijado al efecto.¹⁰

Y si bien se sostiene por algunos autores que puede haber oferta pura y simple sin plazo, la opinión dominante es la contraria, en beneficio de la seguridad y de la confianza en el tráfico comercial. El plazo, si no es comercial, es legal, consuetudinario o judicial.¹¹ En todo caso, no habría diferencia entre la promesa de contrato y la oferta a plazo por voluntad de su autor, que es lo que aquí nos interesa destacar, en cuanto la oferta a la Administración Pública es normalmente a plazo y sólo se da pura y simple en la contratación libre o en la directa, instituciones de excepción.¹² Todo

7. Domenico Barbero, *Sistema del Diritto Privato Italiano*, UTET, Torino, 1954, vol. I, pág. 340; Alessandro Pizzorusso, *La Pubblicazio ne degli Atti Normativi*, Editorial Giuffrè, 1963, págs. 13 a 17; y Nicola Daniele, *L'Atto Amministrativo Recetizio*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1953, págs. 845 a 849, especialmente esta última para lo que toca al concepto de acto administrativo "recepticio". Dice este autor: "La doctrina ha identificado claramente el carácter recepticio del acto en la necesidad (legal) de comunicación del mismo. . . El problema central de la teoría del acto recepticio parece ser el de determinar el fundamento de la carga o de la obligación de la comunicación del mismo (a su destinatario) y tal fundamento está en la necesidad de interés público de asegurar la colaboración del destinatario para la consecución de los fines del acto mismo. Puede decirse, en líneas generales, que son "recepticios" los actos administrativos que no pueden alcanzar su fin esencial sin la colaboración latu sensu de un determinado destinatario". (op. cit., págs. 845 a 846).
8. Abogan por la comunicación del "acto receptivo" (notificación o publicación) como elemento de existencia y validez del mismo los distinguidos privatistas Francesco Santoro Passarelli, *Las doctrinas generales del Derecho Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 158; y Luigi Cariota Ferrara, op. cit., págs 97 y 98. En Derecho Administrativo hay incertidumbre al respecto, pues mientras unos (Giannini, op. cit., tomo II, págs. 868 y 869; Alessi, op. cit., tomo I, págs. 334 y 335) la reputan requisito de mera eficacia, sin el cual el acto no produce efecto ni puede ser ejecutado, no obstante su perfección y validez; otros (Aldo Sandulle, *Il Procedimiento Administrativo*, Giuffrè, Milano, 1959, págs. 251 y 252) la conciben como parte del hecho complejo constitutivo o productor del efecto jurídico buscado con el procedimiento, conjuntamente con el acto administrativo. Esta última tesis parece ser la correcta, lo mismo que reservar el calificativo de "no recepticio" al acto que puede subsistir sin notificación ni publicación. Acto recepticio sería aquel —como la oferta o la aceptación— que sólo se perfecciona y existe con su debida comunicación.
9. Cariota Ferrara, op. cit., pág. 98; Aubert, op. cit., págs. 38 a 41, especialmente la 39.
10. Marcel Planiol, *Traité Elementaire de Droit Civil*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, París, 1947, tomo II, págs. 127 y 128; Aubert, op. cit., págs. 28 y 29; Alberto Brenes Córdoba, *Obligaciones y contratos*, Librería e Imprenta Lehmann, San José, 1936, págs. 369 y 370, donde el autor señala, como característico de la promesa, la reserva de un plazo para aceptar en beneficio del estipulante.
11. Henry, León y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, Editorial EJEA, 1960, Buenos Aires, Parte II, tomo I, *Obligaciones: El contrato*, pág. 155; Aubert, op. cit., págs. 145, 149 y 150.
12. De opuesto criterio parecen ser los autores argentinos Bartolomé Fiorini e Ismael Mata, *Licitación pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, págs. 14 a 17, especialmente pág. 15, donde los autores parecen sugerir —sin decirlo claramente— que la contratación directa es también una forma de concurso, que es precisamente lo que no es. De las afirmaciones ahí hechas queda claro, en todo caso, que siempre que hay concurso hay procedimiento administrativo de selección de contratistas, que es lo verdaderamente distintivo frente a la actividad contractual privada.

contrato con la Administración Pública, fuera de esas dos hipótesis, implica concurso y comparación entre las ofertas concurrentes, lo que es imposible sin un plazo para ofrecer y otro para valorar y elegir, durante los cuales la oferta tiene que estar vigente. El plazo de ésta puede ser mayor, pero nunca menor que el último, bajo pena de rechazo por discrepancia con el pliego de condiciones del concurso, su regla principal.

Es evidente, después de lo dicho, que si son iguales, por estructura y función, la oferta a plazo y la promesa unilateral de contrato (por el carácter simple y armónico del interés que les da origen), serán distintas únicamente la oferta pura y simple, sin plazo (si se admite esta figura jurídica) y la promesa bilateral de contrato, esto último cuando la misma provenga de un contrato preliminar o precontrato, otorgado por dos partes con intereses contrapuestos, pero acordes en regular ambos a través del contrato así prefigurado.

ii) Proposición o propuesta.

Se trata de figura negocial propia del Derecho Público y más concretamente del procedimiento administrativo. Hay múltiples definiciones de la proposición y todas coincidentes en atribuirle valor puramente procedimental (formal) y efecto impulsor del trámite. Según una primera —pero superada— corriente de pensamiento la proposición era un acto (jurídico) de sentimiento o, más propiamente, de deseo. Y por tal se tenía a todos aquellos actos cuyo efecto jurídico autónomo y propio era insuficiente para lograr la intención de su autor, sobre todo por requerir de otros actos para ese fin.¹³ El acto de deseo obviamente no era de voluntad. Se hizo hincapié después en la existencia de actos mixtos del particular, que se dirigen a poner en marcha un procedimiento adminis-

trativo para satisfacción de una necesidad y que así lo piden o exigen a la Administración Pública, después de analizar el problema y asesorar sobre las alternativas y el contenido de mejores posibles del acto pedido, con mezcla de juicios y de voliciones eficaces para abrir o impulsar el procedimiento.¹⁴ Y se ha llegado ahora a enuclear nítidamente la figura de la proposición como aquella declaración de voluntad dirigida por un particular ausencia o defectos pueden revelarse —como con jurídicamente determinantes de la adopción de un acto o de su contenido, o de ambos,¹⁵ tanto si este efecto determinante es total como parcial. La proposición es un acto de procedimiento, que no produce efecto externo al trámite, pero que condiciona la posibilidad de que el mismo continúe hasta su terminación con el acto final, único con alcance frente al petente o proponente. La proposición es condición de validez del acto final y su a la Administración Pública, con ánimo y efecto todo acto de trámite— únicamente al impugnar aquel acto principal.¹⁶

Es evidente la analogía de naturaleza y efecto de la proposición administrativa con la oferta en los concursos públicos. Ambos se dan en un procedimiento administrativo, antes del acto final, con efecto condicionante de la validez de éste y, lo que es mucho más importante, con efecto parcialmente determinante del contenido de ese acto final —en el caso, la adjudicación—, al menos en lo que toca a la mejor oferta, cuyo contenido tiene que quedar incorporado al del acto principal, en aras al principio de la adjudicación al mejor, aun si el mismo se despoja de todo anacrónico automatismo. El hecho es que, como quiera, si se escoge dentro de un concurso público, sólo se puede escoger en favor de la mejor oferta, con lo que ésta, por el hecho de serlo, determina parcial pero decisiva-

13. Santi Romano, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 249 y siguientes, enuncia primeramente la doctrina de la proposición como acto de deseo, según lo cita Aldo Sandulli, op. cit., pág. 147, obra en la que el mismo autor expone su doctrina del acto mixto, de que se dirá inmediatamente.

14. Sandulli, op. cit., págs. 153 a 155. La proposición es, en este autor, la petición de que se inicie o continúe un procedimiento administrativo para adoptar un acto de contenido enunciado en la misma petición, previo análisis de las alternativas y recomendación de las soluciones.

15. Massimo Severo Giannini, op. cit., 1970, volumen II, págs. 838 y 839, donde el fino jurista dice: "La autoridad llamada a proveer ante la iniciativa tiene discrecionalidad en cuanto a la adopción de un acto, o al contenido del acto, o al tiempo y al modo del acto. . . puede suceder que conserve la discrecionalidad sobre el "an" y la autoridad pueda escoger entre dictar o no un acto, pero que si lo dicta tenga un contenido total o parcialmente vinculado por la iniciativa (del particular), o bien, que a continuación del acto de iniciativa, la autoridad no pueda más elegir entre dictar o no el acto positivo, sino que tenga que hacerlo, pero libremente en cuanto al contenido que le dará". En igual sentido Gherardo Bergonzini, *L'Attività del Privato nel Procedimento Amministrativo*, CEDAM, Padova, 1975, págs. 191, 192 y 195 (nota 54).

16. Sandulli, op. cit., págs. 332 y 333; Jesús González Pérez, *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, pág. 775; Agustín Gordillo, *Procedimiento y recursos administrativos*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1971, págs. 426 y 427; Alessi, op. cit., tomo I, págs. 427 y 428.

mente el contenido de la adjudicación. Habrá discrecionalidad en cuanto al "a", para emplear el lenguaje de Giannini, pero no lo habrá en cuanto al "quid", porque la autoridad —en el mejor de los casos para ella— podrá decidir si adjudica o declara desierto el concurso, pero tendrá que aceptar la mejor oferta, si se decide por lo primero. La tesis es tanto más evidente para quienes consideran reducida y, en todo caso, limitada la libertad del licitante para adjudicar —o no— el concurso.¹⁷

Diferencia fundamental y notoria entre ambas figuras es la de que la oferta se ubica siempre en lo que podríamos llamar la fase constitutiva del acto o negocio jurídico, pues el mismo se forma por fusión suya con la aceptación, cada una igualmente determinante y necesaria a ese efecto; en tanto que, como se desprende de lo dicho, la proposición es parte de la fase preparatoria del procedimiento administrativo y no concurre con el acto final y con igual fuerza que éste a la producción del efecto buscado.

Es también claro el diverso régimen que cubre los vicios atinentes a ambos actos, la oferta y la proposición. En tanto la ausencia o la anulación de la oferta acarrea la imposibilidad legal del contrato o la inexistencia del indebidamente formalizado sin ella, por faltar un elemento esencial a su existencia;¹⁸ la ausencia o anulación de la proposición, no obstante producir invalidez de la posterior resolución, permite el saneamiento, por presentación tardía de la proposición o por ratificación (del acto final) emanada del proponente frustrado (por

no haber propuesto oportunamente).¹⁹ Ello no obstante, hay discrepancias muy autorizadas en cuanto a este último extremo, pues existen opiniones que conectan la sanción de nulidad (a secas o absoluta) a la omisión de cualquier trámite sustancial preparatorio del acto o contrato, nulidad cuyo régimen es igual o muy similar al de la inexistencia.²⁰

En síntesis: si se admite, contra una ilustre opinión,²¹ que la preparación de un contrato de la Administración puede originar un verdadero procedimiento administrativo, es posible establecer importantes semejanzas entre la oferta contractual a la Administración y la proposición privada a ella de un acto administrativo, la adjudicación, separable del contrato y conducente al mismo, con la específica función de llenar aquellos aspectos dejados en blanco por la Administración en su pliego de condiciones, como oportunamente se examinará. La equiparación de ambos actos (oferta y proposición) traería, sin embargo, efectos amortiguadores de las sanciones jurídicas consiguientes a la ausencia o anulación de la oferta, sanciones en cuya existencia y aplicación media un interés público de importancia. La oferta, en definitiva, no es equiparable a una proposición privada dentro del procedimiento administrativo, tanto en beneficio y garantía de la legalidad administrativa como de la autonomía de la voluntad privada.

c) Naturaleza jurídica de la oferta.

Hay ardua discusión sobre la naturaleza de la

17. Maurice André Flamme, *Traité Theorique et Pratique des Marches Publics*, Edition Bruylant, Bruxelles, 1969, tomo I, págs. 488, 493, 494; Aldo Bardusco, *La Struttura dei Contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Editorial Giuffrè, Milano, 1974, págs. 184 a 191, especialmente esta última; Miguel Marinho, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 166, 168, 169 y 224; Giannini, op. cit., tomo II, pág. 703. Todos coinciden en resaltar el carácter vinculante de la mejor oferta si hay adjudicación, con derecho subjetivo del mejor oferente a ser adjudicatario, lo mismo que la necesidad de calificados motivos para declarar desierto el concurso en contra de la mejor oferta ajustada al pliego de condiciones de la licitación, con la debida motivación como requisito formal indispensable de la respectiva declaración. Como se verá, tal tesis es expresión de la idea de la adjudicación y de la oferta como actos de juicio o representación, más que de voluntad, lo que es particularmente discutible tratándose de la oferta, aunque aceptable —sin que haya unanimidad— en punto a la adjudicación.

18. Artículo 835 del Código Civil (costarricense). "Hay nulidad absoluta en los actos o contratos: 1. Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia. 2. Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene. 3. Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces".

Artículo 836. "Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos: 1. Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular. 2. Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y 3. Cuando se ejecutan o celebran por persona relativamente incapaces".

19. Sandulli, op. cit., págs. 356 y 357; González Pérez, op. cit., págs. 376 y 377, donde al enumerar las causas de nulidad absoluta o de pleno derecho, de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo de España, omite el vicio en examen.

20. Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, 1969, (2da. Edición), págs. 275 y 276.

21. Giannini, op. cit., tomo II, pág. 702.

oferta como hecho jurídico (en sentido amplio), pues de la misma dependerá —según autorizada doctrina—²² su régimen jurídico. Concretamente se cuestiona si es lo que suele llamar la doctrina un "mero acto", por contraposición con el negocio jurídico.

Es bien conocida la repulsión doctrinaria de enfoques "subjetivistas" en la explicación de la conducta administrativa o, mejor todavía, de la regida por el derecho administrativo. Si decimos del acto administrativo, la tendencia a concebirlo como manifestación del ejercicio de una potestad administrativa, con independencia de la voluntad real e interior del agente, puede reputarse consolidada en la mejor doctrina.²³ Ello obedece a la obvia vinculación de la acción administrativa a un fin público, respecto del cual la eficacia instrumental del acto —por estructura y función externas— es lo único que importa, sobre todo si éste corresponde a un modelo legal típico, que es lo usual. No pareciera posible igual enfoque en relación con los actos del administrado o del particular en general, cuando actúa en ejercicio de sus derechos. Es tal ejercicio la presentación de una oferta, previo cumplimiento de todos los requisitos exigidos, con la intención —correspondiente a la función objetiva de esa presentación— de lograr o provocar un contrato.

De tal elemental dato nace la tendencia a reputar la oferta del privado como un verdadero negocio jurídico definido como "manifestación

voluntaria de intención, a la que el ordenamiento conecta aquellos efectos legales, necesarios o convenientes, para su mejor realización en forma jurídica" (Barbero, op. cit., tomo I, pág. 333).

Contrapuesto al negocio viene el "mero acto jurídico", manifestación de voluntad o de ciencia, pero incapaz, por disposición del ordenamiento, de producir efectos definitivos, que satisfagan por sí una necesidad pública o individual, sin la ayuda de otro acto o hecho. Es decir: el mero acto jurídico es el que normalmente prepara o ejecuta otro, verdadera causa este último del efecto producido; o aquel cuyo efecto —aun si es autónomo— no proviene de la intención de su actor, sino de la norma objetiva, por disposición de ésta.

Falta de autonomía causal, por dependencia de otro acto o de una norma objetiva para producir efecto, es lo característico del mero acto. Se trata de actos de voluntad —como las peticiones, proposiciones o recursos del particular en el procedimiento administrativo— que no producen por sí el efecto buscado en último término por su autor, sino que se limitan a preparar y hacer legalmente posible el acto que lo hará; o bien de manifestaciones de conocimiento, representación o valoración —como las certificaciones, las liquidaciones tributarias, las inscripciones registrales, etc.— que pueden producir un efecto externo por sí, fuera o al cabo de todo procedimiento, pero no porque lo haya querido su autor, sino porque la ley así lo dispone, con total independencia de su intención.²⁴

22. Aubert, op. cit., págs. 80 y siguientes.

23. Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 291; José Luis Villar Palasi, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, sin año, pág. 70; Juan Francisco Linares, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, págs. 189, 190, 194, 195 y, sobre todo, 208; Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1a. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 434 y 435.

24. Barbero, op. cit., pág. 324. El autor distingue pulcramente cuando dice: "De los elementos indicados, conducta, voluntariedad e intención, el acto jurídico se caracteriza por la relevancia de los primeros dos, por la irrelevancia del tercero. Voluntariedad significa aquí no otra cosa sino "realización voluntaria" del acto, no a la búsqueda, a través del acto, de ciertos efectos. En tal búsqueda consiste la intención y ésta, aun si existiera, sería irrelevante en el acto jurídico, es decir: no sería tomada en cuenta por el derecho, el cual dispone los efectos del acto independientemente de la intención de su autor y con miras únicamente al hecho de que es voluntario. De este modo los efectos mismos pueden ser opuestos a los perseguidos por el sujeto o, como ocurre con la amplia clase de los actos ilícitos, representar de plano una sanción del ordenamiento contra la intención del sujeto. . . Definimos el mero acto no ya como una manifestación de voluntad, sino como una manifestación o, más bien, un comportamiento voluntario del sujeto al que el derecho adscribe determinados efectos en cuanto el acto es y porque es "voluntario". El concepto del mero acto jurídico es muy similar en el Derecho Administrativo, para lo cual Alessi, op. cit., tomo I, págs. 425 a 428, donde, sin embargo, el autor limita la noción a los actos internos de procedimiento, sean o no de voluntad; más cabal el concepto de Garrido Falla, op. cit., tomo I, pág. 415, donde dice: "De la definición de acto administrativo por nosotros aceptada resulta la posibilidad de estos meros actos administrativos, que no consisten en declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos. Ahora bien, actuaciones administrativas de este género se dan tanto en la esfera interna administrativa, como en la esfera de relaciones con otros diferentes sujetos de derecho". Creemos la mejor, por ello, la posición que asumimos en el presente trabajo: "meros actos jurídicos" (tanto en el Derecho Público como en el privado) son aquellos carentes de autonomía causal y funcional, sean de voluntad o de juicio, internos o externos, por depender de otro hecho o acto, o de la ley, para producir efecto y satisfacer un interés, público o privado. El acto o negocio es, a la inversa, la declaración de voluntad que aparece dirigida a un fin práctico reconocido por el derecho, con la consecuencia —que el derecho conecta a esa apariencia— de producir los efectos jurídicos necesarios y convenientes para que esa finalidad pueda ser alcanzada en forma jurídica. No compartimos la crítica

Es evidente que la oferta, a la luz de tal criterio, es mero acto y no acto auténtico, no verdadero negocio jurídico. No se trata de un evento productor de efectos jurídicos definitivos, sino de la parte de un negocio futuro, que —en virtud de su propio texto— sólo podrá perfeccionarse por el concurso de otro acto, la aceptación, y por la fusión de ambos en un tercero, el contrato. La oferta carece claramente de autonomía causal y funcional. Lo cual no puede ocultar el hecho de que tampoco es un acto de ciencia, valoración o representación (lógica), sino una verdadera declaración de voluntad, intencionalmente dirigida a producir el contrato, a través de la aceptación.²⁵ Presenta una importante nota distintiva: es una especie individual de mero acto, pues no coincide con ninguno de los otros que conoce la doctrina. Estos son o actos internos de voluntad ubicados en la fase preparatoria del contrato (público o privado) y básicamente de iniciativa o impulso del respectivo procedimiento; o bien actos externos de juicio o representación (informes, comprobaciones, certificaciones, inscripciones, declaraciones constitutivas de cualidades o verdades, etc.). La oferta, en tanto, es un acto de voluntad que integra la fase constitutiva del contrato conjuntamente con la aceptación, pero que no llega a producir efecto externo, el cual sólo corresponde al contrato ya formado. La oferta de contrato es un mero acto

interno de voluntad, pero correspondiente a la fase constitutiva —y no preparatoria— del respectivo procedimiento contractual.

Dada esta su capacidad de integrar el contrato —conjuntamente con la aceptación— insertándose en la fase final de las negociaciones conducentes, la oferta tiene un régimen propio y no común a ningún otro mero acto.

ch) El régimen de la oferta y sus principios.

En el Derecho Privado dos tesis se han disputado la sistematización de los principios generales —vigentes y aplicables en ausencia de ley— reguladores de la oferta. Se trata de determinar básicamente la regla jurídica para los siguientes eventos:

- 1) Retracción o modificación de la oferta;
- 2) Muerte o incapacidad supervinientes del oferente;
- 3) Muerte o incapacidad supervinientes del destinatario;
- 4) Transmisión o disposición posmortem y entre vivos (por su destinatario); y
- 5) Obligaciones y responsabilidades del oferente.

Para fundamentar y formular los respectivos principios, dos enfoques parecen haberse disputado

del distinguido publicista Juan Francisco Linares, cuando equipara el mero acto al acto o al negocio, en cuanto los efectos de ambos son obra del ordenamiento y no de la intención subjetiva real del autor. Como el mismo escritor lo reconoce (op. cit., pág. 190) no es posible ignorar la referencia del derecho a la intención del agente en cierto tipo de conductas jurídicamente relevantes, cuando, precisamente, el derecho remite la regulación secundaria a la voluntad intencional del agente, privado o público. Desde este punto de vista no podemos compartir su rechazo del requisito de la "apariencia de la intención" —no de la intención psicológica real— como elemento constitutivo del tipo de conducta que la doctrina llama, con razón, acto administrativo o negocio privado. Los meros actos no "aparecen" como manifestaciones de intención autónoma, sino como voliciones preliminares o manifestaciones de juicio. El que los efectos jurídicos provengan del ordenamiento y no del agente, no puede cancelar la integración del hecho jurídico negocial con ese ingrediente objetivo de "apariencia" o "manifestación" de una "intención", inexistente en los meros actos como eventos objetivos, y del que depende justamente el diverso régimen de cada uno (op. cit., págs. 61 a 63). Tanto Linares como Gordillo recurren al criterio del efecto directo o indirecto del acto, para establecer la distinción que nos ocupa, lo que encontramos correcto y coincidente con el ya esbozado, pues si el mero acto es el que carece de autonomía causal y funcional, el negocio será el que la tiene y puede, directamente y por sí mismo, producir el efecto externo y satisfacer el interés medial. Lo que no se puede negar es precisamente el hecho de que ello ocurre así, según el ordenamiento jurídico, únicamente cuando la declaración de voluntad es, a la vez, una declaración de intención o propósito práctico. El agente no ha de querer —ni aun saber— los efectos jurídicos que habrá de producir, pero sí habrá de querer un resultado práctico y seguir una finalidad a realizarse en el medio social, que será precisamente la reconocida por el ordenamiento como la verdadera causa del negocio, es decir: su función socio-económica. Si, en cambio, la declaración —como acto de voluntad de alcance objetivo— no presenta la formulación de esa intención ni aparece como un acto funcional, ordenado a un fin externo a ella misma, no habrá efecto jurídico debido al acto sino al ordenamiento y el evento será un mero acto y no un verdadero negocio jurídico, obviamente también por disposición del ordenamiento. No encontramos obstáculo alguno, por otra parte, para que el ordenamiento refiera el efecto jurídico a la existencia de voluntad real y plena en el agente, psicológicamente entendida, lo que significa que su inexistencia o vicio acarreará la nulidad o anulabilidad del acto o negocio en cuestión. Esto es particularmente posible en el derecho privado, pero lo es también en el público, a texto expreso de ley. En ausencia de ésta, la teoría de la voluntad en el negocio administrativo (si así puede hablarse) carecerá de autonomía, pues los respectivos vicios coincidirán siempre con los de otros elementos y serán éstos los verdaderamente relevantes en el caso.

25. En contra, Alberto Brenes Córdoba, op. cit., pág. 326; concuerda, Lapo Puccini, *Natura e Forma della Scheda d'Offerta in Ordine a Contratti Pubblici Conclusi mediante il Procedimento de Licitazione Privata*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1953, págs. 96 y 97.

en Francia la primacía legal o jurisprudencial, a saber:

- i) La oferta es un puro hecho lícito (no jurídico).
- ii) La oferta es un acto jurídico de voluntad.

La alternativa parece coincidir con la disputa anterior, que nos hizo tomar partido por la oferta como manifestación de voluntad, mero acto no autónomo en la producción de efectos jurídicos.

Los regímenes congruentes con cada supuesto se dan en Francia en la siguiente forma, según Aubert (op. cit., págs. 80 y siguientes y gráfico de pág. 249):

i. La oferta: hecho lícito (no negocio jurídico).

Se entiende la oferta como simple hecho voluntario, sin efectos de derecho a favor ni en contra del oferente, cuya existencia implica una permanencia sicológico-real de la voluntad que le dio origen, sin vínculo jurídico ninguno que le dé perdurabilidad frente al destinatario. La oferta es el contenido sicológico de la voluntad del oferente, hasta que —como tal— desaparezca por retractación o cambio, sin derecho alguno del destinatario a su mantenimiento. En el momento en que se revoca, desaparece, sin importar al efecto si existe, o no, aceptación del destinatario, mientras no haya sido comunicada al oferente.²⁶

Si el oferente muere o se incapacita, o si lo mismo ocurre al destinatario, todo antes de que el oferente haya recibido la aceptación, la oferta desaparece ipso facto, como voluntad recepticia, pero *intuitu personae*, entre los dos sujetos.²⁷ En ningún caso —antes de tal comunicación— el oferente estará obligado a mantener la oferta ni tendrá derecho el destinatario a que le sea sostenida. Ello no obstante, el retiro de la oferta o su sustitución podrá originar una responsabilidad a favor del destinatario y contra el oferente, que podrá abarcar daños (gastos y pérdidas ocasionados por las negociaciones) pero nunca perjuicios (ganancias dejadas de percibir por el negocio intempestivamente cancelado), salvo si la oferta contenía un plazo de espera, no observado, para la aceptación. Esta responsabilidad no se funda en la violación de un

deber precontractual de mantenimiento de la oferta (que la doctrina en cuestión niega de partida) sino en una culpa (por causación de falsas expectativas) o en un abuso del derecho de retractación (por desviación del fin de éste, que no incluye la hipótesis de daño intencional al destinatario), si, por otra parte, se reúnen las demás condiciones jurídicamente necesarias para que se dé una u otra hipótesis.

ii. La oferta: acto jurídico de voluntad.

La oferta produce siempre la obligación de una espera a cargo del oferente, según las circunstancias de las dos partes o los usos del lugar, cuando no contiene plazo. El contrato se forma siempre que la aceptación se comuniqué dentro del plazo, negocial o supletorio, y, desde entonces, el aceptante tendrá derecho bien a exigir el cumplimiento forzoso del contrato, bien su resolución por incumplimiento, en ambos casos con derecho a indemnización tanto de los daños como de los perjuicios sufridos por el destinatario, por la retractación extemporánea de la oferta.

La muerte o incapacidad del oferente o del destinatario conservan en este enfoque un efecto extintivo de la oferta, en armonía con sus fundamentos teóricos. Y éstos no son otros que el reputar al oferente sujeto a los principios de la responsabilidad propia y de la confianza ajena, que exigen dar a la oferta valor vinculante (de la voluntad del oferente) en beneficio de las justas expectativas del destinatario, si ambos actúan como personas normales y racionales, según criterios colectivos de conocimiento y experiencia propios de la vida de los negocios. De conformidad, la oferta decae automáticamente pasado el plazo negocial o supletorio, pero es irrevocable mientras éste no expire. Fundamento jurídico de tal obligación dentro de este enfoque es o un cuasicontrato consistente en el hecho mismo de la oferta sin plazo (hecho lícito y voluntario que genera la mencionada "obligación de espera") o la voluntad unilateral del oferente, expresión técnica de aquellos principios generales de derecho, manifestada como oferta con plazo.

El autor Aubert (en cuyas explicaciones hemos basado la anterior síntesis) intenta distinguir entre la oferta mero acto, revocable por no

26. Aubert, op. cit., pág. 85. El artículo 932 del Código Civil francés ha sido escogido como soporte positivo por esta doctrina, según el autor.

27. Mazeaud (Henry, León et Jean), op. cit. mismo tomo y volumen, pág. 155.

tener plazo expreso, cuya retractación puede dar lugar a responsabilidades del oferente, pero nunca a la formación del contrato por la aceptación posterior a la revocación; y la oferta acto jurídico con plazo, irrevocable mientras éste dure y con perfección del contrato si es aceptada durante el mismo, aunque antes hubiese sido revocada, pero con automática caducidad después.

El autor propugna la circulación de la oferta como bien jurídico, entre vivos y posmortem, por el deceso de cualquiera de las dos partes, lo que choca con los dos enfoques clásicos primeramente expuestos, los cuales ambos suponen el carácter personalísimo del efecto preliminar y precontractual creado por la oferta, que así resulta intransmisible en todo caso.

El enfoque de la oferta como acto jurídico irrevocable por un plazo (negocial o no) en beneficio del destinatario y de la seguridad en el tráfico jurídico, es, según el autor, el que ha terminado por predominar en la doctrina y en la jurisprudencia privadas construidas alrededor de los artículos respectivos del Código Civil francés.

Está de por medio, en todos los enfoques, el problema de la determinación del momento de perfección del contrato entre ausentes (según los cuatro sistemas de la manifestación, de la remisión, de la recepción y del conocimiento, todos ellos referidos a la aceptación), lo que dependerá de cada ordenamiento positivo. En ausencia de norma y dado el carácter claramente recepticio de ambos actos —oferta y aceptación— pareciera imposible la perfección del contrato antes del recibo por el oferente de la aceptación, sin lo cual esta última sería inexistente, o inválida o ineficaz.²⁸

En síntesis: suelen registrarse como de unánime apoyo las siguientes reglas en punto a la perfección de la oferta, de la aceptación y del contrato, a saber:

- 1) La oferta es siempre revocable sin conse-

cuencias antes de que haya llegado a conocimiento del destinatario (y la recepción hace presumir "juris tantum" el conocimiento);

- 2) Es irrevocable la oferta después de recibida la aceptación (lo que jurídica e instantáneamente forma contrato);
- 3) Si la oferta contiene plazo, es irrevocable antes de expirado éste, con lo que la recepción (de la aceptación) en tiempo, aun después de la revocatoria, forma contrato;
- 4) La expiración del plazo, negocial o supletorio, sin aceptación de la oferta, implica caducidad de ésta, salvo estipulación en contrario.

Los anteriores principios son válidos en todos los sistemas sea cual sea el elegido, de entre los cuatro indicados, para establecer la formación del contrato.

Según el sistema positivo escogido podrán, o no, tener validez estos otros principios:

- 1) Oferta y aceptación son declaraciones recepticias, jurídicamente inexistentes mientras no sean recibidas y/o conocidas por el destinatario;
- 2) La revocación de la oferta después de conocida y/o aceptada por su destinatario, sin conocimiento del oferente, es posible sin responsabilidad de éste (salvo que haya hecho creer que no se revocaría y que se celebraría el contrato);
- 3) La aceptación (recepticia) es irrevocable, pues o bien no existe por desconocimiento del oferente, o formó ya el contrato, por su conocimiento;
- 4) La responsabilidad del oferente por revocación de la oferta es extracontractual y limitada a los daños (costos) de la negociación, sin los perjuicios,²⁹ excepto si se da después de formado el contrato.

28. Luigi Cariota Ferrara, op. cit., págs. 103 y 104, nota del traductor y editor español Manuel Albaladejo, quien respalda para su derecho la tesis del autor italiano favorable a la regla de que el contrato no se forma y la oferta es revocable hasta que no haya llegado la aceptación al oferente (técnica de la recepción).

29. Cariota Ferrara, op. cit., págs. 96 a 104, capítulo: "Formación", de gran nitidez en relación con los principios anteriores. Hay clara contradicción entre el artículo 1010 y el 1013 de nuestro Código Civil (de 26 de abril de 1886), pues en tanto el primero autoriza a revocar la oferta mientras no haya sido aceptada por la otra parte (en el cual último caso la aceptación formaría el contrato, sistema de la emisión o manifestación), el segundo impone mantener la oferta por los términos de ley que establece el artículo 1012, si las partes no han fijado plazo. La contradicción es flagrante y sólo puede despejarse determinando cuál de las dos normas es la vigente, pues ambas no pueden ser válidas ni nulas, según el principio del tercero excluido en su versión jurídica. Alberto Brenes Córdoba, nuestro máximo civilista, opta por el artículo 1010, que encuentra el único aceptable científicamente, en atención a la naturaleza de la oferta, pues "siempre que no existe señalamiento de plazo para esperar la contestación, el solicitante tiene el derecho de retirar la propuesta" (op. cit., págs. 327 y 328). No lo creemos acertado y hacemos opción exactamente opuesta, en favor de los artículos 1012 y 1013, que ahora resultan apoyados por los artículos 443 y 444 del actual Código de Comercio (Ley núm. 3284 de 30 de abril de 1964), los cuales últimos fijan plazos supletorios de vigencia y mantenimiento de la oferta y acogen claramente el sistema de la recepción, que hace presumir el conocimiento.

II. RÉGIMEN PÚBLICO DE LA OFERTA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a) Los enfoques monistas de la contratación administrativa.

En tanto que proveniente del particular —o de la Administración Pública cuando actúa como tal— la oferta contractual es fenómeno jurídico que suele considerarse como regido por el Derecho Privado.³⁰ Esto quiere decir que resulta aplicable a la misma, a sus elementos y efectos el Derecho Civil o el Mercantil, no el Administrativo. Esta afirmación ha sido seriamente cuestionada por quienes sostienen que no sólo hay una única personalidad, sino también una sola capacidad de Derecho Público de la Administración, a consecuencia de lo cual parecieran concluir que, dado el predominio del mismo en sus contratos, quedan sujetos a ese derecho la totalidad de los elementos que los componen, aunque con grados y modulaciones para cada uno de ellos.³¹

La realidad es que hay no sólo un Derecho Privado común, a la par de un Derecho Público, sino también un Derecho Privado especial para la Administración Pública, que configura sus contratos en forma diversa al Derecho Civil o Mercantil clásicos.³² Esto se verá de inmediato, al analizar la incidencia del Derecho Administrativo sobre el régimen jurídico de la oferta privada a la Administración Pública. Quienes sostienen su carácter público puro (o el monismo jurídico administrativo de la contratación administrativa) empiezan o terminan siempre por reconocer que, al menos, el objeto y efectos del contrato de la Administración Pública llamado privado quedan sujetos, en realidad, al Derecho Privado, aunque se trate de uno especial.

La tesis opuesta ha sido ensayada a partir del supuesto de que la persona jurídica, por serlo, no importa si pública o privada, tiene siempre autonomía negocial plena de Derecho Privado, además o por aparte de la que —si es ente público— le corresponde como tal en los derechos Constitucional y Administrativo. Según este enfoque, todo contrato de un ente público es privado, por ser manifestación por excelencia de aquella autonomía, salvo que tenga un objeto público (potestad, servicio o dominio públicos), en cuyo caso recibe igual régimen especial y público para su objeto, efectos y ejecución.³³ La Administración Pública, según esta nueva posición doctrinal, carece de límites en su capacidad contractual, aún de aquellos impuestos por los fines de servicio o de la especialidad orgánica del ente, dado que, por otra parte, no está obligada a perseguir tales fines cuando usa el instrumento del contrato, salvo que el ordenamiento disponga lo contrario. La ley puede, en efecto, o bien negar a la Administración “legitimación” para un tipo de negocio, o, a la inversa, imponérselo como medio de servicio público, en cuyo caso habrá un verdadero acto administrativo debajo del contrato, relacionado con otros, anteriores o posteriores, que condicionan su contenido y ejecución, para garantizar la realización del fin público.

Fuera de tales hipótesis, no sólo es estrictamente privado el negocio —en el que no tendrán relevancia los fines ni los móviles de la Administración contratante— sino que los mismos actos del procedimiento de selección de contratistas deberán reputarse como manifestaciones de autonomía pri-

30. Antonio Cianflone, *L'Appalto di Opere Pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 279; André de Laubadere, *Traité Théorique et Pratique de Contrats Administratifs*, L.G.D.J., París, 1956, págs. 139, 199 y 200.

31. Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Abeledo Perrot, 1969, págs. 67 a 73; Rodríguez Arce, op. cit., págs. 12 y 13; Jean Lamarque, *Recherches sur L'Application de Droit Privé aux Services Publics Administratifs* L.G.D.J., París, 1960, págs. 152, 153, 495, 504 y 505. Este autor pone énfasis en el carácter fundamentalmente público de toda la contratación de la Administración Pública, al decir: “la Administración Pública no puede decidirse y actuar sino por motivos de interés público. El Derecho Privado no puede ser aplicado a la Administración Pública si implica sacrificio del interés público en beneficio de intereses individuales (pág. 495) . . . “En síntesis, en ninguno de sus contratos puede la Administración Pública renunciar a ninguna de sus prerrogativas, ni escapar a ninguna de sus sujeciones como poder público: desde este ángulo, hay completa identidad entre el régimen de los contratos administrativos y el de los contratos de derecho privado (pág. 505)” . . . una misma convención puede presentar sucesivamente el carácter de un contrato administrativo o de un contrato privado, según que la Administración Pública ejerza, o no, sus derechos de intervención unilateral en la ejecución del contrato” (pág. 153).

32. Onorato Sepe, (Enciclopedia del Diritto, Voce: “Contratto della Pubblica Amministrazione, separata, Giuffrè, Milano, 1960, págs. 112, 113, 116 y 117; Giannini, op. cit., tomo I, págs. 670 y 671, en relación con págs. 658 y 659.

33. Federico Tedeschini, *L'Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Editore Bulzoni, 1975, págs. 75 a 79; y Giannini, op. cit., tomo I, págs. 737 y siguientes.

vada —y no actos administrativos—, equiparables a las resoluciones que adoptan las sociedades mercantiles o asociaciones privadas para definir el contenido del contrato y autorizar al representante ejecutivo para su celebración. No se trata de conductas administrativas, centradas alrededor de una competencia pública para contratar, sino de expresiones de una capacidad negocial de la Administración Pública, libre e igual a la del particular, sin necesaria vinculación a fines públicos ni al principio de legalidad.

La tesis anterior —que es exactamente la inversa del monismo publicístico antes enunciado en materia de contratación administrativa— reposa en una idea del Derecho Privado más amplia que la tradicional, como derecho común a todos los entes, públicos o privados, del que sólo pueden emerger con rasgos propios en virtud de normas especiales que destaquen un modelo o figura y le introduzcan sujeciones o privilegios ausentes en los demás sujetos, para perseguir fines públicos específicos y perfectamente acantonados.³⁴ En este enfoque no hay contratos de Derecho Público de la Administración, salvo texto legal que permita tal calificación al crear una diferencia sustancial de régimen, porque, fuera de tal caso, todos son privados, es decir, de derecho común.

Hemos esbozado tal confrontación de posiciones doctrinales —sin que sea ésta la sede para dilucidarla cabalmente— porque la misma tiene decisivo impacto sobre el análisis de la oferta a la Administración Pública. Sólo podemos tomar partido, sin grandes justificaciones, en favor de la tesis empírica (por nacida de la observación del derecho en acción) que permite ver como normalmente privada (por su régimen) la participación del particular en el contrato de la Administración Pública,

y como administrativo lo que toca a ésta, así como también el normal entrecruzamiento de regímenes sin sujeción a patrones ni paradigmas, con eventual ocurrencia de cualesquiera formas híbridas o atípicas, como la oferta privada parcialmente regida por el Derecho Público o, a la inversa, la aceptación de la Administración parcialmente regida por el Derecho Privado. Y será posible, incluso, hablar del contenido especial del Derecho Privado aplicable a la Administración Pública y sus contratos, por obra de la interferencia que en su aplicación provoca la existencia de potestades y de actos administrativos conexos con el procedimiento para formalizar el respectivo contrato.

Las líneas que siguen tienden a mostrar algunos aspectos importantes de la hibridación entre público y privado en la oferta a la Administración Pública.

b) Elementos de la oferta a la Administración Pública.

Se consideran cuatro sus elementos a estudiar: sujeto, objeto, voluntad y forma. La causa es la misma, e igual su régimen, que la que se estudia en el Derecho Privado.

Normas fundamentales en el estudio que emprendemos son hoy, en Costa Rica, la Ley de la Administración Financiera, núm. 1279 de 2 de mayo de 1951, (que llamaremos L.A.F.), recientemente reformada en punto a contratos de la Administración Pública por la núm. 5901 de 20 de abril de 1976, (que llamaremos "la Reforma"). Es también importante la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, núm. 1252 de 23 de diciembre de 1950 (que llamaremos LOC) y el Reglamento de la Proveeduría Nacional, núm. 5

34. Giannini, op. cit., tomo I, págs. 492 y 665; Bardusco, op. cit., págs. 59 a 68, especialmente 63, 67 y 68; Francesco Galgano, *La empresa pública*, 1970, Publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, artículo "Sobre la Estructura Técnico-jurídica del concepto de empresario público", tomo I, págs. 253, 256 y 257. La posición doctrinal en cuestión no es nueva, sino retoño de creencias y conceptos que estaban a la base del derecho administrativo cuando se mantenía la idea de que el derecho principal y aquel del cual partían o del que se servían todos los demás a título supletorio, para llenar lagunas o interpretar toda clase de leyes, era el derecho privado y, naturalmente, el civil, el verdadero Derecho científico y no sólo positivo, suelo nutricio y sostén de todos los demás. Lo que en el fondo está en cuestión, cuando se estudia la naturaleza y el régimen de la actividad contractual del Estado o de sus entes, es la autonomía del Derecho Administrativo en la materia. Dada la correlativa invasión del mismo por el Derecho Mercantil (empresas públicas) y de este último por aquel (régimen público de la propiedad privada, contratos obligatorios, dirigidos y/o regulados por la autoridad pública, desmembramiento de la propiedad o de la potestad de contratar en elementos diversos determinados por el Estado, como los precios oficiales, etc., y, en general, todo el derecho público de la economía) es hoy más difícil que nunca establecer con nitidez la frontera entre ambos derechos, pero es evidente que el tiempo trabaja hacia un enmarcamiento cada vez más oneroso y extenso del ámbito de la autonomía privada por la planificación, la dirección, el contralor y la reglamentación públicos. Esta evolución es efectiva también en materia de contratos, sobre todo si se dan con la Administración Pública. Ver al respecto Sebastián Martín Retortillo, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960, págs. 38, 39, 65, 69 y 74, con toma de posición claramente favorable a la autonomía jurídica y científica del Derecho Administrativo frente al Privado. El Derecho común de la Administración Pública es el Derecho Administrativo, no el Civil ni el Mercantil.

de 24 de enero de 1952 (que llamaremos "el Reglamento").

i. Sujeto: En Costa Rica no hay sistema establecido para la preselección de posibles contratistas del Estado desde el punto de vista de su moralidad, capacidad técnica, financiera o empresarial. Según el artículo 21 del Reglamento la omisión por un adjudicatario en firme de la (presentación de la) **garantía de cumplimiento** provocará la inmediata cancelación del contrato, con derecho del licitante de readjudicar a los otros y con la potestad de no volver a "considerar sus ofertas (del oferente infractor) en las nuevas licitaciones que requieran esta obligación". Aparte de que tal norma sólo se refiere a la Administración Pública Central (y de que usualmente no se aplica) debe observarse que se trata de contralores y sanciones a posteriori, que ninguna relación tienen con el trámite previo de selección del contratista. Desde este punto de vista, no hay reglas particulares en Costa Rica que modifiquen la capacidad del sujeto privado oferente frente a la Administración Pública y que pueden reputarse, por ello, como variantes de importancia introducidas en este aspecto por el Derecho Administrativo al Privado que rige la contratación común entre particulares.

Es un hecho que, pese a tal carencia normativa, la oferta del particular ha de estar regida por la equidad, los usos y la buena fe (conceptos indeterminados que contiene el art. 1023 del Código Civil, para ampliar el contenido del contrato más allá de su texto literal) y que, consecuentemente, siempre podrá la Administración Pública dictar los reglamentos necesarios para excluir la que sea injusta o de mala fe, y, aunque falte tal regulación,

siempre deberá poder exigir "corrección" de los oferentes (Fiorini y Mata), lo que implica la potestad administrativa de rechazarlos o excluirlos del concurso, o de negarles la adjudicación, cuando el **expediente** compruebe hechos o posiciones suyos que demuestren su falta de ética, de conocimiento o de financiación, aun si, por otra parte, la oferta se ajusta a la ley, los reglamentos y los pliegos de condiciones.³⁵ Ello, sin embargo, ha de entenderse, dada la ausencia de base legal expresa, como una potestad de excepción que sólo podrá y deberá ejercerse ante la evidencia palpable de un peligro para la Administración Pública por la incapacidad empresarial, financiera o moral del oferente.

Otros sistemas conocen de requisitos especiales de ingreso a la licitación o al concurso público, que, en el fondo, coaccionan seriamente la capacidad contractual de goce y de ejercicio frente a la Administración Pública (lo cual, sin embargo, no los hace inconstitucionales ni opuestos a los sanos y tradicionales principios básicos de todo concurso público). Examinemos brevemente el tema.

El autor de la oferta es normalmente el administrado, pero puede serlo, incluso, un ente público, en las hipótesis de contratación libre y directa. En relación con entes públicos, la ley orgánica respectiva determina qué órgano puede ofrecer y con qué límites. En cuanto al individuo o a entidades privadas (cooperativas, sociedades mercantiles, etc.) existen diversas disposiciones, que afectan directa o indirectamente su posibilidad de participación.³⁶ Fuera de tal régimen especial, se aplicará a ellos el Derecho Privado común tocante a capacidad legal.³⁷

Las prohibiciones de tipo privado, sobre todo, se aplican en lo compatible, pues la contratación

35. La Contraloría General de la República es especialmente celosa en exigir al máximo las garantías de idoneidad moral y de buena fe en todo adjudicatario, para mantener su adjudicación. Así, dice resolución de las 10 hrs. del 26 de diciembre de 1960, Revista de la Contraloría General de la República, núm. 13, pág. 88: "La manifestación por vía de recurso de una firma representante de casas extranjeras de que una oferta por su medio presentada respecto de un ítem no es confiable, acarrea la nulidad de oficio de la adjudicación recaída en su propio beneficio en otro ítem, en virtud de no advertirse idoneidad ni recta intención en cuanto a las obligaciones a contraer con la Administración Pública". El art. 40 del "Reglamento" impone a la Sección de Licitaciones Privadas de la Proveeduría Nacional llevar un registro de comerciantes o interesados en la contratación con el Estado, pero el art. 41 faculta a todo interesado para pedir informe sobre las licitaciones, públicas o privadas, en trámite o por abrirse, y el art. 35 le permite hacer oferta en la licitación privada en condiciones de paridad con los invitados a ella, aunque no esté registrado para ese efecto ni haya recibido invitación, lo que termina por confirmar el carácter irrelevante del registro en cuestión para efectos de ingreso a las licitaciones, públicas o privadas.

36. Las sociedades de capital con acciones al portador no pueden participar en licitaciones públicas (art. 107 inciso h LAF); el concesionario de dos "líneas de transporte", no puede participar en la licitación para adjudicar una tercera (art. 11 Ley de Transporte Remunerado de Personas núm. 3503 del 10 de mayo de 1965 y sus reformas).

37. Artículo 17 del Código Civil: "La entidad jurídica de la persona física termina con la muerte de ésta. La de las personas morales no perpetuas, cuando dejan de existir conforme a la ley". Artículo 18 *ibídem*: "La capacidad jurídica es inherente a toda persona durante su existencia de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o limita por su estado civil, por su edad, o por su incapacidad física o legal, conforme a la ley. En las personas jurídicas, por la ley que las regula". Nótese que la persona individual puede, en dicha norma, tener incapacidades legales y no sólo físicas.

con la Administración Pública es acto comercial, al menos para el cocontratante.³⁸ Existen otras prohibiciones específicas para celebrar contratos con la Administración Pública, básicamente en el artículo 107 de la Ley de Administración Financiera.³⁹ El artículo 345 del Código Penal sanciona con prisión al "funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo".

La sanción común por la infracción de las anteriores prohibiciones es, aparte de la penal mencionada, la disciplinaria (que deberá ser grave, sino el despido) y la "nulidad absoluta del acto o con-

trato en que haya participado en forma directa el funcionario inhibido". (Art. 107 in fine). Igualmente sancionable deberá reputarse la intervención indirecta, por coherencia con el mismo artículo, párrafo primero, que impone la prohibición de ambos tipos sin distinciones, que, de hacerse, serían ilógicas. Dada esta disposición pareciera bizantino en Costa Rica enredarse en la polémica sobre la naturaleza jurídica de tales prohibiciones (para determinar el grado de la sanción imponible), disputa centrada sobre si las mismas son simplemente tales o verdaderas de incapacidad.⁴⁰ Es nuestra opinión, que se trata de lo último y que, aunque relativas a negocios y personas determina-

38. Artículo 8 del Código de Comercio. "No podrán ejercer el comercio, aunque tengan capacidad conforme al derecho común: a) Los privados de ese derecho por sentencia judicial; b) Los quebrados o insolventes no rehabilitados; y c) Los funcionarios públicos a quienes la ley prohíba tal ejercicio. Los extranjeros podrán ejercer el comercio en el territorio nacional, siempre que se hayan establecido permanentemente en el país, con residencia no menor de 10 años, sometidos al régimen jurídico y a la jurisdicción de los tribunales de la República, salvo lo que sobre el particular consignan los tratados o convenios internacionales. En cuanto a sociedades extranjeras, se estará a lo que dispone este Código. (Así reformado por Ley núm. 4625 de julio de 1970).

39. Art. 107 de la Ley de la Administración Financiera de la República. "Queda absolutamente prohibido celebrar contratos administrativos o participar en los trámites previos a su celebración, de manera directa o indirecta, con carácter particular: a) A los miembros de los Supremos Poderes de la República y a los Viceministros de Estado; b) A los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones; c) Al Contralor y al Subcontralor Generales de la República, al Tesorero y el Subtesorero Nacionales, al Proveedor y Subproveedor Nacionales; d) A los funcionarios o empleados públicos que tengan ingerencia o poder de decisión respecto de tales negocios, según determinación que hará la Contraloría General de la República; e) Al cónyuge y a los hijos, padres, hermanos, suegros, yernos y cuñados de los funcionarios o empleados a quienes alcanza la prohibición. Sin embargo, esta prohibición no cubre a los parientes arriba indicados cuando éstos tuvieren como ocupación habitual, con no menos de un año de anticipación al nombramiento o elección del funcionario o empleado a quien alcance la prohibición, la actividad objeto del contrato administrativo. Para estos efectos, él o los interesados presentarán ante la Contraloría General de la República los documentos que demuestren hallarse en esa eventualidad y obtendrán de la Contraloría General de la República, antes del proceso, la autorización para participar en los trámites previos y en contrataciones administrativas; f) A las personas jurídicas colectivas en que los parientes indicados en los incisos anteriores sean, en forma separada o conjunta, dueños de no menos del 25% del capital, o socios colectivos o comanditarios, o directores, gerentes, administradores o representantes legales. Sin embargo, esta prohibición no cubre a los parientes arriba indicados cuando éstos tuvieren como ocupación habitual, con no menos de un año de anticipación al nombramiento o elección del funcionario o empleado a quien alcance la prohibición, la actividad objeto del contrato administrativo. Para estos efectos, el o los interesados presentarán ante la Contraloría General de la República los documentos que demuestren hallarse en esa eventualidad y obtendrán de la Contraloría General de la República, antes del proceso, la autorización para participar en los trámites previos y en contrataciones administrativas; g) A las personas o firmas que han intervenido en la formulación de las especificaciones de una licitación o en la elaboración de los diseños respectivos. Se exceptúan de las anteriores prohibiciones, las operaciones realizadas según el trámite de privilegio que prescribe el art. 96, en los casos enumerados por su inciso a), párrafos 1) y 2) o en un evidente animus donandi, conforme al reglamento. Queda absolutamente prohibida la gestión en favor de un tercero, por parte de los funcionarios o parientes a quienes alcanza la prohibición atinente a licitaciones o contratos administrativos en general, excepto la prestación de servicios profesionales. Para demostrar la participación directa o indirecta se admite toda clase de prueba. La violación de la prohibición que establece este artículo hace merecedor al funcionario que en la misma incurra, de las sanciones que al efecto establecen la Constitución Política, las leyes y los reglamentos. Asimismo, produce la nulidad absoluta del acto o contrato en que haya participado en forma directa el funcionario inhibido. La Contraloría General de la República dictará las regulaciones a que deberán sujetarse las operaciones, que por constituir actividad ordinaria, pueden llevar a cabo determinados funcionarios o empleados con la propia institución a la que sirven, particularmente de aquellos que tienen ingerencia o poderes de decisión sobre tales negocios; y h) A las sociedades anónimas cuyo capital esté representado por acciones al portador o que hayan emitido títulos de participación al portador; así como a aquellas sociedades cuyas cuotas o acciones pertenezcan a una sociedad anónima con acciones o títulos al portador. Tratándose de sociedades personales y de capital deben acompañar certificación pública de quienes son los dueños de las cuotas y de las acciones al momento de participar en los contratos y trámites a que se refiere este artículo. Transitorio. Este inciso entrará en vigencia seis meses después de publicada la presente ley".

40. Planiol, op. cit., págs. 59 a 61, reputa las limitaciones en cuestión como meras prohibiciones distintas de las incapacidades. Publicistas notables apoyan o esbozan la idea opuesta y consideran las prohibiciones como incapacidades relativas (por referirse a sujeto y objeto determinados); véase al respecto Guglielmo Roehrssen di Cammerata, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, op. cit., pág. 126; Flamme, op. cit., tomo I, pág. 705; Villar Palasi, op. cit., págs. 129 y 130; G. Pequignot, *Des Contrats Administratifs, Juris Classeur Administratif*, fascículo 505, pág. 6, 1954, y finalmente un eminente privatista: Francesco Santoro Passarelli, op. cit., págs. 4 y 5. Ver en contra y como si fuera mera prohibición o incompatibilidad Vicente Balbin Pechuan, *Los contratos municipales*, Editorial Civitas, 1976, págs. 48 y 49.

dos, tales incapacidades existen en el caso. Las situaciones aludidas son de un claro conflicto de intereses y bien podrían resolverse por renuncia a la función pública antes de la apertura de las ofertas; pero ello indica claramente que la norma se hace para evitar la contratación con quienes la conservan o con sus parientes o personas con ellos relacionadas en los grados que indica la ley. La noción de incapacidad relativa es, por otra parte, jurídicamente aceptable en Derecho. Todo lo que sea limitación en la titularidad o el ejercicio de potestades, por prohibiciones legales, es una forma de incapacidad. Para entender lo cual es necesario atenerse al concepto de potestad como posibilidad legal y abstracta de realizar actos jurídicos sobre otro sujeto (alcance intersubjetivo), indeterminada por objeto y sujeto pasivo, a los que sólo es posible identificar en el acto de ejercicio de la potestad. La privación de una potestad, así entendida, significa claramente una limitación de la capacidad jurídica de goce, mientras subsista el motivo de la prohibición.⁴¹

La ley, el reglamento y el pliego de condiciones, contienen normalmente requisitos subjetivos de los posibles concursantes, sobre todo para verificar su "capacidad empresarial" o "profesional". Hay quienes han hablado de esta capacidad especial como si real y jurídicamente fuera tal, lo que no está muy claro.⁴² De serlo, sería una especie de la capacidad de goce. La misma hace relación con la solvencia moral, técnica y financiera de los concursantes. Para establecerla. Hay tres sistemas posibles: los informes, públicos o privados, para el licitante; los certificados de capacidad empresarial y, finalmente, como la más permanente y compleja técnica, los registros de contratistas del Estado (en Italia, Francia, Argentina, etc.).⁴³ En todos los sistemas la capacidad moral u honestidad se presume, pero deben probarse las otras.

Pese a autorizadas opiniones en contra, reputo jurídicamente incompatible con la institución de

los concursos la selección o exclusión de contratistas por simple conocimiento privado de la Administración Pública.⁴⁴ Si es privado, es por ser exclusivo del licitante y relativo a solamente uno o algunos de los licitadores, con inevitable discriminación en contra de ellos. Para utilizar su conocimiento privado el funcionario licitante debe trasladarlo al expediente y ponerlo al alcance de todos, salvo que se trate de información legalmente secreta, en cuyo caso su empleo será posible, aunque no pueda divulgarse.

En cuanto a los informes por certificados administrativos expedidos por autoridades encargadas de verificar la organización y poder empresariales del concursante, sólo cabe decir que, exactamente como en el caso de los registros de contratistas, su eficacia va estrechamente condicionada por la idoneidad técnica y moral del inspector que rinde el informe, nada abundante estos días.

Finalmente, los registros representan la calificación permanente de los posibles contratistas de la Administración Pública, mediante asientos donde consta, con carácter de fe pública, la declaración favorable al empresario del funcionario evaluador. Se trata de verdaderas declaraciones de conocimiento y valoración sobre las capacidades del contratista, a las que la ley conecta el efecto de permitir y/u obligar a terceros a tenerlas por verdaderas.⁴⁵ Es, como suele decir la doctrina italiana, un caso de declaración constitutiva, que se limita a reproducir el conocimiento de hechos y capacidades preexistentes con fuerza de verdad legal, para que terceros puedan atenerse a ella y celebrar contratos con la Administración Pública sobre esa base.

La inscripción es, en este sistema, o fuente de la capacidad para contratar con la Administración Pública, o requisito de legitimación para su ejercicio, sin el cual éste no puede darse sino con violación del ordenamiento.⁴⁶ Todo parece indicar que se trata más bien de lo último y de una nulidad

41. Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 1974, Editorial Civitas, *Revista de occidente*, págs. 277 a 280. Para una explicación brillante de la potestad como situación jurídica subjetiva, ver Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, 1953, *Voz Poteri*, *Potesta*, todavía hoy lo mejor sobre el tema.

42. Villar Palasi, op. cit., págs. 130 y 131.

43. Jorge Enrique Romero, op. cit., págs. 162 y siguientes; Dromi, op. cit. págs. 258 y siguientes; Roehrsen, op. cit., págs. 114 y siguientes.

44. Roehrsen, op. cit., págs. 136 y 192.

45. Giannini, op. cit., tomo II, págs. 952 a 954, 964, 965, 996, 997 y 1015 a 1017.

46. Giannini, op. cit., tomo II, págs. 561 a 564. Además de requisito de ejercicio de la potestad, la legitimación es utilizada por Giannini en otros varios sentidos, principalmente como atribución de potestad (para dictar actos administrativos, celebrar contratos, etc.). En el autor la noción es siempre distinta de la capacidad de ejercicio o de goce. Ver Eduardo García de Enterría, op. cit., Vol. I, págs. 518 y 519.

absoluta de lo actuado, la que surge por la ausencia de inscripción o por defectos sustanciales de la misma.

Los requisitos de admisión imponen, sobre la capacidad privada y común del oferente, la formación de capacidades reales (educación y especialización, etc.) que se convierten en jurídicas, en ausencia de las cuales el individuo no puede válidamente concursar. Lo que así se da es un régimen distinto de la capacidad de goce o de titular situaciones jurídicas subjetivas, que, por lo mismo, sólo puede crearse por ley o por reglamento autorizado, siempre que éste se halle bien circunscrito por límites impuestos por el legislador.⁴⁷

En algunos sistemas (Italia) la Administración Pública puede, además, rechazar discrecionalmente a un participante en una licitación, o de todas las posibles del ente en cuestión, y hasta de otros entes, y para hacerlo no tendrá siquiera que motivar la exclusión. Se trata de acto discrecional, que puede afectar incluso al oferente ajustado al pliego de condiciones y a la ley, en virtud de desconfianza de la Administración Pública, que invoca motivos no reglamentarios de exclusión y quien, dentro de este enfoque, queda habilitada también para admitir al que no presente la documentación exigida por el pliego de condiciones, si así le parece conveniente por confianza en la capacidad del interesado.⁴⁸ En tales sistemas la exclusión concreta (para un concurso) o general (para todos) no requiere previsión ni régimen de ley y se funda en una presunta y necesaria autonomía del ente público, de índole administrativa, para contratar únicamente con quien merece o suscita su confianza en orden a crear un vínculo *intuitu personae*.

Este sistema, de la libre admisión o rechazo de ofertas, a juicio discrecional de la Administración Pública, no implica —como el sistema de registros—

una limitación a la capacidad contractual del oferente, sino un debilitamiento de su derecho subjetivo de participación ante la potestad opuesta del licitante de cerrarle el concurso o de expelerlo o sacarlo del concurso cuando así lo reputa conveniente, a condición de no cometer una arbitrariedad.⁴⁹ Se trata de lo que la doctrina italiana denomina "diritto affievolito" (derecho debilitado), que configura uno de los tipos del interés legítimo, en esta hipótesis en la conservación de los bienes y derechos propios ante la Administración Pública (a diferencia del interés legítimo en sentido estricto, en la obtención de beneficios de ella, como resultado del correcto ejercicio de sus potestades discrecionales de (eventual) favor o beneficio para el interesado). No ausencia o falta de capacidad negocial, sino derecho de participación debilitado o condicionado (al no ejercicio de la potestad discrecional opuesta de exclusión o rechazo) es lo que surge de tal sistema.⁵⁰ De consiguiente, el contrato que se firme será válido, pese a la violación del acto de exclusión o expulsión del oferente.

Reputamos la discrecional exclusión de oferentes, por motivos fuera de pliegos, de ley y del expediente, como totalmente opuesta a la idea del concurso contractual de índole pública, que debe ser no sólo libre de arbitrariedad del licitante sino también de aprensiones e incertidumbres del licitador.

La exclusión de un oferente debe darse normalmente con base en motivos reglados por leyes, reglamentos o por el o los pliegos de condiciones, con el uso menor posible de conceptos indeterminados y con el puntual respeto a los tres grandes principios de todo concurso público, pluralidad de participantes, igualdad en su trato y adjudicación al mejor.⁵¹ La intervención de medidas discrecionales de admisión o de rechazo, es claramente una

47. Pequignot, op. cit., pág. 6 (fascículo 505); Gaston Jeze, *Les Principes Generaux de Droit Administratif, Theorie Generale des Contrats de l'Ad. Publique*, L.G.D.J., París, tomo I, 1934, pág. 140.

48. Roehrssen, op. cit., págs. 133 a 136 y 139; Sepe, op. cit., págs. 143 y 144.

49. Sepe, op. cit., pág. 144; Guido Zanobini, *Corso di Diritto Administrativo*, volumen II, Giuffrè, 1954. El tema del interés legítimo ha sido tocado con lucidez por Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, tomo 2, Ediciones Macchi-López, Cap. XVI, aunque sin insistir particularmente en la tipología del interés legítimo. La pulcra distinción y clasificación de los intereses legítimos se justifica en Italia por ser éstos allá el criterio de separación entre jurisdicción administrativa ordinaria o judicial, y jurisdicción administrativa formal contenciosa, pues a la primera sólo corresponde conocer de derechos subjetivos, así como sólo de intereses legítimos a esta última.

50. La exclusión general de concursos públicos afecta, según unos (Roehrssen, op. cit., pág. 128) la capacidad negocial de goce; en tanto que, según otros, se limita a mera prohibición (Jeze, op. cit., Tomo I, pág. 140; Dromi, op. cit., pág. 257).

51. Dromi, op. cit., pág. 255; aunque el autor pareciera admitir, en pág. 256, el carácter discrecional de la admisión o rechazo de oferentes y ofertas; De Laubadere, op. cit., tomo I, págs. 274 y 275, donde se formula la regla de que la Administración Pública sólo puede poner e imponer requisitos de admisión (a la licitación o concurso) que tengan que ver directamente con el servicio público o la mejor ejecución del contrato buscado, salvo disposición expresa en contrario de la ley.