

JOSÉ LUIS BENAVIDES

*Tribunal y recursos especiales de contratación pública*

Como instrumento de previsión y organización de las relaciones comerciales, el contrato tiene la importante virtud de su estabilidad. El contrato es “ley para los contratantes”, hasta el punto de que “no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1602 CC); invalidación reservada al juez del contrato y cuya declaratoria genera las restituciones recíprocas entre las partes (art. 1746 CC), que en realidad no se pueden llevar a cabo en los contratos de tracto sucesivo. De ahí el tratamiento particular en los contratos estatales, mediante el efecto exclusivamente futuro de la declaratoria de nulidad: su declaratoria “no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta [ese] momento” (art. 48 de la Ley 80 de 1993).

La estabilidad jurídica es así una característica esencial de la función económico-social del contrato. Esta estabilidad, connatural a todo contrato, se encuentra reforzada en los contratos estatales, en la medida en que las prestaciones por ejecutar suelen tener vínculos fuertes con intereses públicos, cuya realización efectiva requiere de estabilidad, incluso cuando hay elementos espurios en su base, lo que en muchos países ha llevado al juez a no destruir la relación contractual pese a su nulidad, limitándose a declarar los efectos económicos que la ilicitud del contrato pueda representar para el demandante. El juez privilegia así la seguridad jurídica sobre la preservación del principio de legalidad.

En complemento del contencioso sobre la actividad contractual pública, muchos países han implementado recursos especiales, con el propósito de definir la licitud de los procesos de contratación, evitando así la suscripción y ejecución de contratos *ilegales* y los problemas que se derivan de su anulación. Podría afirmarse, como en efecto lo hacen algunos, que nuestro contencioso contractual tiene amplia protección de los derechos de los proponentes e incluso de todos los interesados, así sean estos *ciudadanos preocupados* por la legalidad de la actuación administrativa, cuya filantropía es dudosa en muchos casos. En efecto, remitiendo genéricamente el control jurisdiccional de los actos precontractuales a la nulidad simple (art. 137 CPACA) y a la nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 CPACA), nuestro legislador concibió la legitimación en la causa propia de estos medios de control. Para acceder a la última, el actor debe tan solo *creerse lesionado en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica*, lo que hace muy genérica la demostración

del interés en la causa judicial, incluyendo a quien no participó en el proceso de selección, por considerar que los pliegos estaban viciados, al favorecer o limitar ciertas propuestas o proponentes. Pero, además, el legislador previó explícitamente la acción pública de nulidad para *los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual*, lo que cubre toda la actividad precontractual, bien sea mediante actos generales, como el pliego de condiciones<sup>1</sup>, bien sea mediante actos particulares. Y, aunque la acción de nulidad contra actos de carácter particular ha sido restringida por el CPACA de 2011, los eventos contemplados en su artículo 137 comprenden la no generación de un derecho subjetivo por la sentencia (num. 1) o la grave afectación del orden público, económico, social o ecológico (num. 4), que podrían identificarse en muchos casos.

No obstante, de manera concreta, será difícil (por no decir imposible) preservar verdaderamente el principio de legalidad. La presunción de legalidad del acto precontractual impugnado permite suscribir el contrato que de él se deriva. Incluso cuando se complementa la pretensión con la de nulidad del contrato, fundado en la ilicitud de los actos previos (art. 44.4 de la Ley 80 de 1993), la declaratoria de nulidad del contrato será proferida por el juez muchos años después, cuando el contrato, en casi todos los casos, haya sido ejecutado. Podría argumentarse que frente a las irregularidades graves el interesado tiene a su disposición la suspensión provisional (art. 231 CPACA), que integra hoy el abanico de medidas cautelares previstas por el CPACA (art. 230). El legislador incluso previó de manera complementaria y especial la suspensión del procedimiento contractual, esto es, antes de que se produzca el acto administrativo de adjudicación o selección del contratista, otorgando al juez la posibilidad de *fixar las condiciones y pautas que deberá tener la entidad demandada para reanudar el procedimiento de contratación* (num. 2). Pero, aquí también, las eventuales medidas llegarán muy tarde con relación al contrato que se habrá suscrito. El juez se pronuncia sobre la solicitud de

---

1 El Consejo de Estado le ha dado esta calificación, sin perjuicio de su carácter especial por incorporarse al clausulado contractual, una vez suscrito el contrato: cfr., del Consejo de Estado, Sección Tercera, la sentencia del 1 de agosto de 1991, exp. 6802, el auto del 10 de julio de 1997, exp. 13494, la sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18095, y la sentencia del 28 de septiembre de 2012, exp. 25394; y, de la Sección Cuarta, la sentencia del 27 de agosto de 1999, exp. AC-7963. La doctrina también lo ha calificado así: cfr. J. C. EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 456-457.

suspensión provisional solo después de haber corrido traslado al demandado para que se pronuncie sobre la solicitud (5 días), una vez que haya admitido la demanda (art. 233). Y si bien se establece un término breve de decisión por el juez (10 días), el término real para admitir la demanda será de varios meses. Más aún, el Consejo de Estado ha considerado que la suspensión provisional de un acto precontractual busca tan solo cesar temporalmente los efectos del acto demandado, lo que no tiene, en sí mismo, un contenido patrimonial (auto del 14 de septiembre de 2016, exp. 54762A, sec. III.A). Por consiguiente, no será aplicable el artículo 613 del Código General del Proceso (CGP), que permite omitir el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, si la medida cautelar solicitada es de carácter patrimonial. En el caso concreto, a los dos meses y medio que había tardado la jurisdicción para admitir la demanda, habría que adicionar el término del trámite de la conciliación prejudicial, cuya duración puede prolongarse hasta tres meses (art. 21 de la Ley 640 de 2001). Además, a estos 5 meses y medio es necesario adicionar las tres semanas del traslado y el término de decisión de la medida de suspensión provisional, para un total de más de 6 meses.

A no dudarlo, la suspensión provisional no resulta un medio idóneo, eficaz ni oportuno para definir la legalidad de los actos precontractuales o suspender sus efectos para evitar el perfeccionamiento de un contrato originado en un procedimiento contractual viciado. Además, al suscribir el contrato, será irreal calcular su anulación útil antes de que sea ejecutado; y la suspensión de la ejecución del contrato, como medida cautelar, presentará los mismos inconvenientes de la suspensión de los actos previos.

Estas dificultades, costos y limitaciones de los mecanismos judiciales generales auspiciaron en el derecho comparado la adopción de procesos y/o tribunales especiales de contratación que ofrecen mayor eficacia y eficiencia frente a la finalidad esencial de lograr un mejor equilibrio entre la preservación del principio de legalidad y la estabilidad del contrato. La presentación de ejemplos en este sentido (1) nos permitirá realizar una caracterización de los tribunales (2) y de los procedimientos especiales concebidos (3).

## I. EJEMPLOS DE TRIBUNALES Y RECURSOS ESPECIALES

## I. I. DIRECTIVAS EUROPEAS DE RECURSOS

La primera directiva europea sobre recursos especiales (89/665/CEE) expuso en sus considerandos que los mecanismos nacionales existentes no permitían velar adecuadamente por las reglas comunitarias sobre contratación pública en tiempo útil, esto es, cuando podían corregirse las infracciones, y que la mayor apertura a la competencia comunitaria necesitaba asegurar la transparencia y la no discriminación de oferentes mediante recursos eficaces y rápidos. En su esencia, la directiva exigía a los Estados miembros de la Comunidad Europea implementar en su legislación procedimientos de urgencia para adoptar medidas provisionales con el objeto de corregir la infracción de reglas comunitarias de contratación, incluyendo medidas destinadas a suspender el procedimiento cuestionado de adjudicación del contrato. Los procedimientos adoptadas por los Estados deberían también permitir anular las decisiones ilegales, incluyendo la supresión de condiciones discriminatorias en los documentos de los procesos contractuales (pliegos y anexos) e incluso condenar a una indemnización por daños y perjuicios al afectado por la infracción<sup>2</sup>.

De manera complementaria, el texto de la directiva definía parámetros esenciales orientadores de la legislación nacional para el logro de estos objetivos, que incluían la posibilidad de conferir estos poderes a varios organismos, desconcentrando así los diversos aspectos de control a tratar. Debería también preverse la valoración de la pertinencia de las medidas provisionales frente a los intereses públicos para decidir mantener el proceso contractual en curso o mantener la ejecución del contrato cuando este se hubiese ya celebrado. La directiva también consagraba el carácter jurisdiccional que debía tener el organismo responsable de los procedimientos, o su carácter independiente, frente a las entidades contratantes y el Gobierno, cuando fuese un organismo administrativo.

Las líneas generales de la esencia del recurso estaban así planteadas, y fueron luego reiteradas dos años después, en la directiva de recursos de los sectores especiales de servicios en red (Directiva 92/13/CEE).

---

2 J. A. MORENO MOLINA. *El derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos*, Perú, OSCE.

Las directivas fueron objeto de enorme oposición en España, hasta el punto de que la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, no incluyó ninguna regulación para su implementación<sup>3</sup>. En la exposición de motivos que precedió su trámite se explicaba lacónicamente que la regulación sobre recursos era externa a los contratos y que el ordenamiento interno español, “en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta[ba] ya a su contenido”<sup>4</sup>. Las medidas generales contenciosas de suspensión de los actos administrativos serían así suficientes. No obstante, la Comisión Europea presionó a España para la transposición de las directivas y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) condenó al Reino de España por incumplimiento de la obligación de transposición de las directivas (sentencias 15/05/2003, C-214/00 y 16/10/2003, C-283/00). España incorporó las directivas en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 2/2000) y creó un nuevo recurso especial en la Ley 30/2007 (art. 37), aunque incompleto y criticado por su alcance limitado y su carácter obligatorio. La regulación venía con rezago frente a las normas comunitarias sobre procesos de contratación de los sectores especiales (Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE), lo que produjo una segunda condena del Reino de España por el TJUE (sentencia 03/04/2008, C-444/06) y un nuevo texto en la Ley 34/2010 que regula el recurso especial en materia de contratación (arts. 310-320)<sup>5</sup>, mejorado por la Ley 9/2017.

Las directivas europeas no solo tuvieron problemas de implementación en España. La efectividad del recurso exige un dispositivo que impida la firma del contrato y que, perfeccionado este último, sea aún posible frenar lo antes posible sus efectos. Las falencias identificadas en la práctica incitaron a la creación de un mecanismo que impusiera un plazo de espera entre la adjudicación o atribución del contrato y su perfeccionamiento, con el objeto de permitir a los interesados interponer en tiempo útil el recurso. Es así como la Directiva 2007/66/CE establece 10 días civiles de espera (15, si no se utilizan medios electrónicos de publicidad), con el objetivo de evitar que la

---

3 J. A. SANTAMARÍA PASTOR. “El sistema de tribunales administrativos de recursos contractuales”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 32, 2015, pp. 47 ss.

4 BOE, n.º 119, 19 de mayo de 1995, p. 14601. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1995/05/19/pdfs/A14601-14644.pdf>

5 J. J. MARABEL. “El carácter jurisdiccional de los tribunales de resolución de conflictos contractuales conforme a la jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 21, 2017, pp. 532-536.

Administración contratante apresure la suscripción del contrato para burlar la efectividad del recurso (art. 1.º). La interposición del recurso conlleva entonces la suspensión inmediata de la posibilidad de suscribir el contrato antes de que el organismo que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del asunto. En complemento, la directiva establece el deber de garantizar que el organismo responsable declare la ineficacia del contrato que se suscriba sin respetar las obligaciones de publicidad o de suspensión prevista en la misma directiva.

La directiva acentuaba así la eficacia real del recurso de manera considerable y por ello también fue condenada Francia, al permitir que en ciertos casos no fuese pertinente un recurso de urgencia especial precontractual sino exclusivamente las acciones de fondo tradicionales (TJUE, sentencia 11/06/2009, C-327/08)<sup>6</sup>.

Finalmente, el ciclo regulatorio se completa en la actualidad con la Directiva 2014/23, como parte de las últimas directivas sobre contratos de ese año, que incorporan el principio de integridad, para asegurar el uso adecuado de los fondos públicos, en armonía con el buen gobierno, por lo que propende a extender los recursos especiales a contratos de valor menor frente a los umbrales comunitarios, así como a los procesos para la adjudicación de contratos de concesión<sup>7</sup>.

## 1.2. ESTADOS UNIDOS

La dinámica de control efectivo de los procesos contractuales, esencial en el contexto europeo, en razón de la consolidación de un mercado común entre los países miembros de la Unión Europea, existía ya en el derecho de los Estados Unidos, donde distintas autoridades federales resuelven los diferendos sobre los procesos contractuales, sin perjuicio del desdoblamiento regulatorio en los diversos estados de la Unión<sup>8</sup>. En particular, se identifican tres autoridades: el Tribunal de Reclamaciones Federales (United States

6 APASP. “Comande publique - Manquement partiel de la France à la transposition des procédures de recours offerts aux entreprises”, *Revue Collectivités et EPL*, Banque des Territoires.

7 J. M. GIMENO FELIÚ. “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, *Documentación Administrativa*, n.º 4, Madrid, 2017.

8 F. LICHÈRE y F. MARTY. “Les recours en matière de marchés publics en France et aux États-Unis: une analyse juridique et économique”, en R. L. WEAVER y F. LICHÈRE (eds.), *Recours et analyse*

Court of Federal Claims, CoFC) es uno de los más antiguos y prestigiosos tribunales judiciales. Creado originalmente como agencia en 1855, su objeto fue la resolución de reclamos de particulares contra el Gobierno federal, entre los cuales (no exclusivamente) se encuentran los diferendos por contratos públicos y por los procesos licitatorios. La segunda institución es la Junta Civil de Apelaciones de Contratos (United States Civilian Board of Contract Appeals, CBCA), agencia independiente federal que absorbió desde 2007 a varias agencias especializadas, y tiene por función principal la resolución de disputas contractuales entre los contratistas y las instituciones federales, en virtud de la Ley de Disputas Contractuales de 1978 (*Contract Disputes Act*). La agencia fomenta la resolución rápida, eficiente y económica de los litigios, promueve los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y tiene competencia no solo sobre la ejecución de los contratos sino también sobre los procesos de contratación. En tercer lugar, la Oficina de Responsabilidad del Gobierno (Government Accountability Office, GAO), creada en 1921, es una agencia independiente que trabaja para el Congreso, como lo explica su presentación en la página de internet institucional (<https://www.gao.gov/about/>), equivalente a los tribunales de cuentas en países europeos o a nuestra Contraloría General de la República, que de hecho se inspiró en ella, fruto de la Misión Kemmerer de 1923. Una actividad importante de esta oficina está vinculada a las protestas por licitaciones públicas, por lo que constituye la institución más utilizada para el control de los procesos contractuales. En su Informe anual al Congreso de 2018, GAO reportó 2.607 casos, con un ligero aumento frente al año anterior, en el que recibió 2.474, lo que indica su alto volumen constante de reclamos o quejas tratados.

### 1.3. *SOFT LAW* Y TRATADOS INTERNACIONALES

La dinámica de los tribunales y recursos especiales también ha tenido una creciente importancia en los mecanismos internacionales. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), más conocida, por sus siglas en inglés, como UNCITRAL, es un organismo de las Naciones Unidas en el que pueden participar todos los países miembros para discutir y adoptar textos que faciliten la armonización de la regulación jurídica

---

*économique / Remedies and Economics*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp. 12-75.



internacional. Como foro de excepción sobre las influencias, tendencias y *savoir faire* jurídico, la Subcomisión de Contratación Pública y Desarrollo de la Infraestructura ha concebido una ley modelo sobre la contratación pública en 2011, que comprende un capítulo VIII, “Procedimientos de recurso”, que desarrolla principios, instituciones y valores similares a los expuestos respecto del derecho comunitario europeo, en particular, la oportunidad que debe tener todo proveedor de impugnar en tiempo útil las decisiones del proceso de contratación, tanto ante la entidad contratante como ante un organismo autónomo que garantice la imparcialidad y la decisión oportuna de la queja, para evitar la suscripción y ejecución de contratos manchados por la irregularidad de su proceso de selección del contratista. Este texto, como toda la producción de la UNCITRAL, no tiene carácter vinculante para los Estados, pero su fuerza de *soft law* genera una influencia creciente en las legislaciones nacionales a las que está destinado, y por ello está complementado con una Guía para la Incorporación al Derecho Interno y unas directrices para la promulgación de un reglamento de contratación pública, así como otras herramientas didácticas explicativas del alcance de la regulación aconsejada por los expertos mundiales en el tema.

Con mayor fuerza vinculante, encontramos la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>9</sup>, ratificada por Colombia en 2007<sup>[10]</sup>, cuyo artículo 9.º prescribe el compromiso de los Estados signatarios a la adopción de “sistemas de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones” que aborden mecanismos idóneos, incluida la apelación, *para garantizar recursos y soluciones legales eficaces en los casos de desconocimiento de las reglas y principios contractuales*. De manera más explícita, los diversos tratados de libre comercio comprenden una regulación especial en materia del control de los contratos públicos. Los nueve tratados suscritos por Colombia que contienen capítulos de compras públicas incluyen un acápite sobre “Procedimientos internos de revisión de impugnación” de procesos contractuales<sup>11</sup>. En la misma línea

---

9 Adoptada por la Resolución 58/4 de la Asamblea General el 31 de octubre de 2003.

10 El Congreso expidió la Ley 970 de 2005, “Por medio de la cual se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003”. Posteriormente la Corte Constitucional declaró su exequibilidad mediante la sentencia C-172 de 2006, y finalmente el país depositó el instrumento de ratificación el 27 de octubre de 2007.

11 Para una completa información de todos los tratados comerciales del continente americano, cfr.: [http://www.sice.oas.org/agreements\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/agreements_s.asp) Los tratados referidos son los suscritos por Colombia

de las regulaciones expuestas, en particular de las directivas europeas, la contemplada en los distintos tratados es homogénea (varias incluso con la misma redacción), al consagrar sistemas que permitan el acceso pronto, eficaz y oportuno a recursos contra las decisiones de los procesos de contratación, resueltos por una autoridad judicial o administrativa independiente e imparcial y que incluyan la posibilidad de adopción de medidas provisionales rápidas y útiles para preservar la participación adecuada de los oferentes, así como medidas rectificativas de las irregularidades o compensatorias de los daños causados.

Como consecuencia de estos compromisos internacionales y de la influencia de instituciones internacionales, varios países latinoamericanos han incorporado en su legislación tribunales especiales de contratación, como Chile, Perú y Panamá. Parece interesante (y necesario) valorar las concepciones y aportes de las diversas regulaciones nacionales en torno a dos aspectos determinantes: la conformación y estructura de los tribunales de contratación y la concepción de los procedimientos de control.

## 2. CARACTERIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Los documentos internacionales pasados en revista no imponen a los países una determinada configuración de los tribunales de contratación. Destinados a multitud de países con tradiciones y reglas jurisdiccionales y administrativas diversas, los instrumentos internacionales no pueden matricularse con determinada concepción. Por ello enuncian las condiciones esenciales de los organismos de control, dejando a la legislación nacional su determinación concreta. Así, Francia no ha concebido un tribunal especial de contratación, sino recursos especiales a cargo del presidente del tribunal administrativo competente, diferenciando un procedimiento para las actuaciones antes de la firma del contrato (*référé précontractuel*) y otro para los eventos en los que se ha suscrito el contrato (*référé contractuel*). Respondiendo a la normatividad europea y, a veces, como se ha visto, luego de sanciones del TJUE, este sistema

---

con Estados AELC (República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza), arts. 7.17 ss.; Canadá, Cap. catorce, art. 1412; Chile, arts. 13.13 ss.; Corea, art. 14.14; Costa Rica, art. 10.17; Estados Unidos, art. 9.11; México, Sec. C, arts. 15-17; Triángulo del Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras), Cap. qq, art. 11.4, y Colombia, Perú, Ecuador y la Unión Europea, art. 190.

desconcentrado se encuentra ampliado por cuanto el recurso de urgencia precontractual (art. 55I-1 a 9 CJA<sup>12</sup>) tiene su homólogo para los contratos privados de la Administración, juzgados por la jurisdicción ordinaria (art. 144I-1 a 3 CpC).

## 2.1. MODALIDADES DE TRIBUNALES

A diferencia de Francia, la regulación española optó por la creación de un Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para los contratos de entidades estatales (nacionales) (art. 45 de la Ley 9/2017), habilitando a las comunidades autónomas para la creación de órganos independientes con jurisdicción en la comunidad o en las entidades territoriales (art. 46). Pese a que la designación la hace el Gobierno, las exigencias permiten calificar al Tribunal de órgano administrativo cuasi-jurisdiccional, según los lineamientos del TJUE (sentencia 06/10/2015, C-203/14), caracterizados por la ausencia de jerarquía, independencia funcional, estatuto de sus miembros, decisiones (incluso cautelares) obligatorias, poder de anulación y de órdenes a la Administración<sup>13</sup>. Por el contrario, ha sido criticado el permitir a las comunidades autónomas la determinación del órgano de control (art. 41.1), admitiendo la creación directa por entidades territoriales locales, con la dependencia de sus miembros, contrario al propósito de las directivas comunitarias. De igual modo, se critica la recurrencia de personal de apoyo externo al Tribunal (que con frecuencia pertenece a la Administración) para la instrucción de los casos<sup>14</sup>.

Las críticas de implementación parecen más delicadas en Perú, donde se ha concebido un sistema desconcentrado en el que los asuntos de cierta importancia son juzgados por un Tribunal de Contrataciones del Estado (que hace parte de la autoridad rectora de la contratación, OSCE), mientras procesos de contratación de menor valor son resueltos por las mismas entidades contratantes. Muy criticado por el valor importante para acceder al

---

12 Código de Justicia Administrativa.

13 E. LÓPEZ MORA. “Alcance y naturaleza jurídica de las resoluciones y acuerdos de los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación”, *Observatorio Contratación Pública. Opiniones*, 21 de diciembre de 2015; M. A. BERNAL BLAY. “La independencia de los órganos de recurso especial de las entidades locales”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 16 de septiembre de 2013.

14 SANTAMARÍA PASTOR. “El sistema de tribunales administrativos de recursos contractuales”, cit.

juzgamiento del Tribunal de 600 UIT (US\$ 757.200 en 2019), lo que restringe su competencia a los contratos de obra de cierta importancia<sup>15</sup>, el nuevo Decreto Legislativo n.º 1444 (en vigencia desde el 30 de enero de 2019) lo ha descendido a 50 UIT (US\$ 63.000) (art. 41.3). No obstante, lo más significativo es que un gran número de procesos contractuales, en particular los referidos a servicios, no serán controlados por un organismo independiente<sup>16</sup>. Por el contrario, el régimen panameño concibe un sistema desconcentrado que parece más acorde con las orientaciones internacionales, al atribuir la resolución de la acción de reclamo contra todo acto u omisión durante el proceso de selección de contratista a la Dirección General de Contrataciones, órgano rector de la contratación (art. 143 de la Ley 61 de 2017), reservando al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas la resolución del recurso de impugnación contra los actos administrativos de adjudicación, declaratoria de desierta y exclusión del proceso de contratación (art. 146). La dualidad de instituciones del dispositivo preserva la imparcialidad de la decisión, confiada a un organismo independiente de las entidades contratantes. Tan solo queda el lunar de los procesos adelantados por la Dirección General de Contratación, cuyas acciones de reclamo por controversias antes de la adjudicación serán resueltas por ella misma (art. 143), lo que ocurrirá cada vez con mayor frecuencia, en atención a la proliferación de los convenios marco, cuya licitación está confiada a la misma Dirección (art. 57).

En el caso chileno, la Ley 19.886/2003 creó el Tribunal de Contratación Pública (art. 22), atribuyéndole amplia competencia para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones ocurridos en los procedimientos de contratación *entre la aprobación de las bases [pliegos] de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive* (art. 24). El sistema es así concentrado en este tribunal especial. Sin bien no forma parte del poder judicial, es un tribunal de naturaleza contencioso administrativa, como se explica en su página de

---

15 G. BERAMENDI GALDÓS. “La impugnación en la contratación pública ¿corsi e ricorsi?”, *Actualidad Jurídica*, t. 177, agosto, Lima, *Gaceta Jurídica*, 2008, p. 232; J. CÓRDOVA SCHAEFFER. “El régimen de impugnaciones en los procesos de selección: problemas básicos sobre su interposición”, *Gestión Pública y Desarrollo*, n.º 61, agosto, Lima, ECB, 2012, p. 2.

16 M. A. MARTÍNEZ ZAMORA. “El régimen de las impugnaciones en la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Reflexiones en torno a las variantes sobre la forma de disputar un proceso de selección a propósito del Decreto Legislativo n.º 1017”, *Actualidad Jurídica*, t. 176, julio, Lima, *Gaceta jurídica*, 2008, p. 262; J. C. MORÓN URBINA. “La inconstitucionalidad del régimen de impugnación en la Ley de Contrataciones del Estado”, *Actualidad Jurídica*, t. 182, enero, Lima, *Gaceta Jurídica*, 2009, pp. 19-21.

internet institucional (<http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/>). La ley establece que el Tribunal *estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema* (art. 22), en virtud de lo cual es ella la que establece las reglas básicas sobre su funcionamiento (actualmente, Acta 165/2018). Además, las sentencias del Tribunal especial son objeto de un recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago (art. 26), lo que ratifica su condición de institución asimilable a una judicial<sup>17</sup>.

Finalmente, la GAO estadounidense, a la que ya se hizo referencia, es una agencia independiente que trabaja para el Congreso, cuya independencia frente a las instituciones del Gobierno federal está asegurada por la designación del *Comptroller General* que la dirige y por la estructuración de sus procedimientos de auditoría guiados por tres valores esenciales: responsabilidad, integridad y fiabilidad (*accountability, integrity, reliability*)<sup>18</sup>.

## 2.2. FACTORES DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA

Pese a las diversas posibilidades de constitución, lo que cuenta esencialmente es la forma en que están constituidos los distintos tribunales o agencias para garantizar la verdadera autonomía e independencia de sus decisiones.

### 2.2.1. DESIGNACIÓN DE SUS MIEMBROS

Comenzando por el último ilustrado, resulta determinante que la Contraloría norteamericana es un organismo que exige condiciones de independencia de su *Comptroller General*. Para ello, su designación es realizada por el Presidente de la Unión a partir de la asesoría y lista de al menos tres candidatos propuestos por una comisión *ad hoc* del Congreso para un período de 15 años no renovables (GAO Act 1980<sup>[19]</sup>). La intervención de las dos ramas del poder público y su estabilidad en el tiempo otorgan gran independencia a la

17 A. VERGARA BLANCO. “Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 46, julio de 2016, Valparaíso, pp. 347-378.

18 J. J. RODRÍGUEZ ARIZA. “La contraloría general de los Estados Unidos. Funcionamiento y auditorías”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 8, n.º 22, 2006, p. 138.

19 GAO US Government Accountability Office. *Comptroller General*. Recuperado de: <https://www.gao.gov/about/comptroller-general/> Véase, en particular, el apartado “How the Comptroller General is Selected”.

institución. En materia de designaciones presidenciales también encontramos la del Tribunal de Contratación chileno. Los tres miembros del Tribunal son designados por el Presidente de la República, a partir de ternas elaboradas por la Corte Suprema (L-art. 22<sup>[20]</sup>). La intervención del poder judicial se adiciona así a su condición de superintendente del funcionamiento del Tribunal. Por el contrario, el período previsto es sustancialmente menor que en el caso norteamericano: 5 años, renovables. Aunque la renovación de la designación permite una permanencia mayor y, en principio, mayor estabilidad, puede también significar un factor restrictivo de independencia frente al Gobierno elector. La renovación no deja de ser una *renovación* de confianza sobre la forma como el juez ha ejercido la función en el período inicial.

Menos sólido parece el sistema peruano, que atribuye al Presidente de la República la regulación de la conformación de salas del Tribunal de Contrataciones (L-art. 59.2<sup>[21]</sup>) y aunque los vocales que lo conforman son elegidos por concurso público, conducido por una comisión intersectorial, el procedimiento del concurso también es definido por decreto presidencial<sup>22</sup>, y su período de tres años resulta muy corto (art. 60.1)<sup>23</sup>. Del mismo modo, resulta limitada la previsión más discrecional del Tribunal panameño, cuyos tres miembros son nombrados directamente por el Presidente de la República por un período de 5 años prorrogables, con un procedimiento establecido por el mismo Gobierno (L-art. 137<sup>[24]</sup>). El Decreto Ejecutivo n.º 57-A/2010 se reduce a establecer la selección a partir de ternas presentadas por una comisión interministerial *ac hoc* que, compuesta por los ministros de Seguridad Pública, de la Presidencia y de Economía y Finanzas, o sus delegados, no ofrece ninguna independencia frente al elector y dista mucho

---

20 Para aligerar el texto, las referencias chilenas con la abreviación “L-” aluden a la Ley 19.886/2003 de Contratación.

21 Respecto de la regulación peruana, la abreviación “L-” alude acá al Decreto Legislativo 1444/2018, que modifica la Ley n.º 30225 (en vigencia desde el 30 de enero de 2019), y “D-” al Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, que modifica el Reglamento de la Ley 30225/2018 (en vigencia desde el 30 de enero de 2019).

22 En la actualidad, Decreto Supremo 186-2018-EF.

23 La selección parece por lo demás compleja. El concurso abierto en noviembre de 2018 para la elección de los doce vocales del Tribunal, en sus cuatro salas, solo permitió la elección de dos en enero de 2019 (Resolución suprema n.º 001-2019-EF); cfr.: <https://www.osinfor.gob.pe/participa-de-la-convocatoria-del-tribunal-de-contrataciones-del-estado/>

24 Para Panamá, la abreviación “L-” se refiere acá a la Ley 61/2017, de contratación pública.

de la comisión parlamentaria norteamericana que propone candidatos al Presidente para la elección del *Comptroller General*.

### 2.2.2. CALIDADES TÉCNICAS DE LOS JUZGADORES

Factor esencial para promover la calidad técnica de las decisiones de los tribunales, tanto más exigentes si se tiene en cuenta la corta duración de los procesos, es el referido a las condiciones personales de sus miembros. En España, los miembros del Tribunal son funcionarios de carrera, lo que es importante para la independencia frente a su nominador. La ley exige también una experiencia específica considerable de 10 años, no solo en derecho administrativo sino específicamente en contratación pública, experiencia aumentada a 15 para el presidente del Tribunal (L-art. 45, num. 2 y 3<sup>[25]</sup>)<sup>26</sup>. La regulación chilena también exige una “experiencia en la materia” de 10 años (L-art. 22), con calificación sobresaliente en los cinco últimos años si el candidato pertenece a la carrera judicial. Menos exigente es la regulación peruana, que se limita a un título profesional universitario y 5 años de experiencia en “materias relacionadas” (art. 60 del Dcto. Legislativo n.º 1341/2017), lo que permitiría no exigir la licenciatura o título en derecho, ni experiencia específica en contratación pública. Si bien parece pertinente que funcionarios de los tribunales tengan profesiones complementarias que contribuyan a la instrucción técnica de los litigios, como ingenieros, economistas o administradores, las decisiones sí deben estar reservadas a juristas. Igualmente parece insuficiente la regulación panameña, que contempla una edad mínima de 35 años, ser abogado y tener experiencia de 3 años en derecho administrativo (L-art. 138).

### 2.2.3. ESTABILIDAD DE LOS JUZGADORES

Por último, también es un elemento importante para la independencia del Tribunal la estabilidad de sus miembros. Por ella se aboga, de manera generalizada, en todas las regulaciones vistas, mediante la identificación de causales exclusivas y objetivas de remoción del cargo. La previsión es esencial.

---

25 Para España, la abreviación “L-” se refiere acá a la Ley 9/2017, de contratos del sector público.

26 J. M. JACINTO, ob. cit.

### 3. LOS PROCEDIMIENTOS

Una vez expuestas y analizadas comparativamente las estructuras y composición de diversos tribunales, conviene centrarse en los procedimientos mismos que garantizarán la efectividad de los recursos. Hemos visto que los tribunales y los recursos surgieron para ofrecer soluciones distintas al contencioso contractual, esto es, a los litigios entre las partes contratantes, por la ejecución del contrato mismo. Bien es cierto que el contencioso tradicional de los contratos públicos sufre extensiones para la inclusión de terceros afectados por la ejecución del contrato, como ocurre en la jurisprudencia francesa sobre los actos reglamentarios contractuales de las concesiones. También son de recibo extensiones en razón de la protección del orden público, que habilitan las acciones iniciadas por el ministerio público y, cada vez con mayor fuerza, por los ciudadanos en protección de bienes colectivos, como el medio ambiente, la moralidad o el patrimonio público.

No obstante, la preocupación a la que responden los recursos que aquí se analizan es otra y se refiere a la regularidad de la elección del contratista. Esta preocupación existió tradicionalmente desde la perspectiva de la regularidad de la gestión pública contractual y de la licitud del gasto público, y por ello fue tratada desde las perspectivas disciplinaria y fiscal, de la hacienda pública. Pero, con la importancia de los contratos públicos en la economía mundializada, el problema adquiere otra dimensión, centrada en la concurrencia y los principios de igualdad. No es una coincidencia que los recursos sean un tema central en las directivas europeas y en los tratados de libre comercio. Por la misma razón, conciernen directamente a los procesos de contratación, a la protección de la concurrencia y al principio de igualdad entre proponentes o licitadores. Por ello también, los recursos tradicionales se revelaron insuficientes, guiados por una lógica indemnizatoria y no preventiva.

La efectividad de los procedimientos concebidos debe apreciarse, así, teniendo en cuenta estas consideraciones y su finalidad última de evitar una situación consolidada por la ejecución de un contrato espurio en razón de la forma irregular como se llegó a él. Puede así explorarse la amplitud de los recursos, antes de valorar el procedimiento mismo concebido y el alcance de la decisión o juzgamiento.



### 3. I. AMPLITUD DEL DISPOSITIVO

El alcance de los recursos concebidos se aprecia bajo distintas dimensiones, que comprenden los contratos concernidos, las actuaciones cuestionadas, así como las limitaciones imaginadas por el legislador para racionalizar el acceso al recurso.

#### 3. I. I. CONTRATOS CONCERNIDOS

En cuanto al objeto de los contratos, la dinámica ha sido de extensión importante. En el derecho europeo las directivas restringieron inicialmente el alcance de los recursos a las compras públicas, bajo ciertos umbrales. Las compras no comprenden todos los contratos posibles de la Administración, sino aquellos que implican un intercambio correlativo entre una obra, bien o servicio entregado por el contratista a la Administración Pública para la satisfacción y el cumplimiento de sus finalidades, y una remuneración económica, en principio constitutiva de recursos presupuestales. Esta concepción, marcada por el aspecto mercantilista de la transacción, deja por fuera muchos contratos, como las concesiones y otros modelos de participación privada en proyectos e infraestructuras públicas, las autorizaciones unilaterales en las que no hay contrato, pese a que con frecuencia el beneficiario deba reconocer un valor por el beneficio obtenido, como las destinadas a la ocupación del espacio público, o las autorizaciones para la explotación de algunos servicios como telecomunicaciones o rutas de servicios públicos de autobuses o de transportes, por ejemplo. Tampoco están concernidas las relaciones contractuales de los agentes o servidores públicos, ni aquellos convenios fundados en la colaboración de las partes para un objetivo común y no en el intercambio de prestaciones equivalentes. Desde el punto de vista de los umbrales, la orientación, como en los procedimientos comunitarios de contratación, está marcada por la preocupación de no imponer formalismos y restricciones sino a contratos de cierta importancia.

No obstante, en los dos aspectos, las jurisprudencias comunitarias y nacionales fueron más lejos. El juez comunitario consideró que los contratos excluidos de las directivas no escapaban a los principios del tratado de la Unión sobre la libertad de circulación y la no discriminación (TJUE, sentencia 22/09/88, C-45/87). En esta lógica, los recursos de urgencia franceses no están vinculados a los umbrales comunitarios e incluso son pertinentes en

la contratación directa (art. 551 CJA). Este tipo de contratación, que es excluido del recurso en la mayoría de los sistemas, no se opone a la aplicación de ciertas reglas y principios de negociación directa con o sin publicidad, en las que es necesario respetar los principios de igualdad de trato, transparencia y selección objetiva. La transgresión de los deberes que de ellos se derivan permite la aplicación de un recurso de urgencia. Y en cuanto al objeto contractual, las reglas comunitarias sobre contratación extendieron su campo de aplicación a las concesiones, con las directivas más recientes de 2014, lo que condujo a la extensión de la directiva de recursos, como hemos visto. Consecuentemente, los recursos de urgencia franceses incluyeron no solo las compras públicas sino también los contratos de ciertas entidades públicas de derecho privado, no sujetas al Código de Compras Públicas<sup>27</sup>, como los contratos de asociación público-privada<sup>28</sup>, los arrendamientos enfiteúticos hospitalarios, las concesiones de obra pública<sup>29</sup>, los acuerdos marco, las concesiones demaniales y todas las variantes de las delegaciones de servicios públicos<sup>30</sup>.

En España, el Consejo de Estado destacaba en su Dictamen 514/2006 la extensión de los recursos de urgencia franceses a contratos con valor inferior a los comunitarios: “Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada”<sup>31</sup>. De manera consecuente la Ley 9/2017 concibe el recurso especial para contratos con umbrales inferiores a los comunitarios y extiende la aplicación más allá de las compras (obras, servicios y bienes), incluyendo los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, las concesiones de obras y de servicios, los contratos administrativos especiales y los contratos subvencionados (art. 44).

En el derecho latinoamericano, aunque la ley de contratación chilena restringe su objeto a los contratos de suministro y prestación de servicios (como lo indica su título), el artículo 3.º extiende la competencia del Tribunal de Contratación Pública (cap. v) a los contratos de obra y concesión de obra pública (L-art. 3.e). Pese a la amplitud que ello comporta, en cuanto

27 Ordenanza 2005-649 del 06/06/2005, art. 24.2.

28 Sujetos a la Ordenanza 2004-559.

29 Regidas por la Ordenanza 2009-864.

30 O. LE BOT. *Le guide des référés administratifs*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2017, p. 647.

31 GIMENO FELIÚ. “La transposición de las directivas de contratación pública en España”, en *Documentación Administrativa*, n.º 4, 2017, p. 26.

a los principales contratos de la Administración, ni la contratación directa ni los contratos fruto de convenios marco son objeto del recurso especial<sup>32</sup>. En Perú, la nueva ley extendió la aplicación del recurso de apelación a las discrepancias surgidas en los procedimientos para implementar o para mantener catálogos electrónicos de acuerdos marco, complemento de la ya amplia cobertura general a los procesos de selección, sin especificar contratos en particular (L-art. 41). Finalmente, la regulación panameña es la más extensa, por cuanto ni la acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (L-art. 143), ni el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo (L-art. 146) restringen su aplicación a ciertos contratos o cuantías<sup>33</sup>.

### 3.1.2. ACTUACIONES CUESTIONADAS

En cuanto a las actuaciones cuestionadas, los objetivos de los recursos sugieren su restricción a las actuaciones previas a la suscripción del contrato. El régimen chileno, en este sentido, excluye las controversias sobre la celebración misma del contrato, y por ello no parecen justificadas las críticas de los autores sobre esta restricción, así como toda controversia por la ejecución de los contratos, en la medida en que obedecen a una dinámica y protección de intereses distintos<sup>34</sup>. Allí, aunque es deseable una solución rápida de los diferendos, los mecanismos pertinentes son otros, distantes de los recursos de urgencia abordados en este estudio. Como excepción a la restricción generalizada de los recursos especiales a la fase precontractual, el régimen panameño amplía la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para resolver el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato, decretada por la entidad contratante (L-art. 149). Podría también calificarse como excepción el recurso de urgencia contractual francés (*référé contractuel*), viable contra el contrato suscrito (arts. 551-13 ss. CJA). Pero la excepción es solo aparente y obedece

---

32 VERGARA BLANCO. “Tribunal de Contratación Pública”, cit., num. 4; E. S. ESCANILLA. “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo”, *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 2, abril de 2013, p. 109.

33 F. DE GARCÍA. “Los mecanismos de control que ostentan los proponentes o posibles proponentes dentro de la contratación pública panameña”, *Revista del Tribunal: Contratación Pública al Día*, n.º 1, agosto de 2018, Panamá, pp. 20-22.

34 ESCANILLA. “El Tribunal de Contratación Pública en Chile”, cit., p. 144.

a la preocupación de lograr la efectividad de los principios de contratación. Este recurso no está previsto para solucionar las diferencias entre las partes sino para detener la ejecución de un contrato fruto de la violación de las reglas de los procedimientos contractuales, en particular de las reglas de publicidad y de concurrencia. Por ello está disponible, en principio, para quienes no utilizaron el recurso de urgencia precontractual, y no de manera indefinida, por cuanto tiene un plazo muy corto de caducidad, esto es, de 31 días después de publicada la decisión de atribución del contrato. Además, exige violaciones graves a las reglas de publicidad o concurrencia, como la omisión de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, la suscripción del contrato antes del plazo de latencia (que explicaremos más adelante) o la violación de la suspensión del procedimiento contractual por la interposición del recurso de urgencia precontractual. Por consiguiente, no cualquier infracción a las reglas contractuales abre la vía del recurso<sup>35</sup>.

También resulta destacable la extensión introducida en el régimen español, en aplicación de las recientes directivas europeas de 2014. Como se ha visto, el propósito esencial del derecho europeo es la concurrencia y de ahí su preocupación por el proceso de selección del contratista. No obstante, se ha puesto de presente que la concurrencia también puede afectarse con las modificaciones de los contratos, al distorsionar la esencia del originalmente suscrito, cuando en realidad debió suscribirse un nuevo contrato. La Directiva 2014/24 (general) expone esta situación en sus considerandos, al analizar los casos en que es pertinente una adición del contrato (pars. 117 ss.), y regula normativamente su modificación (art. 72). La ley española de 2017 adiciona consecuentemente la admisión del recurso especial en su artículo 44.2.d frente a las modificaciones que desconocen la regulación de la misma ley (L-arts. 204 y 205)<sup>36</sup>. Se responde así a las críticas que había elevado la doctrina al respecto<sup>37</sup>. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón admitió un recurso frente a la alteración sustancial del

---

35 Conseil d'État. Congreso: *Le juge administratif et la commande publique. Dossier thématique*, 3 de junio de 2014, p. 10.

36 Diario jurídico.com. Redacción: "El recurso especial en materia de contratación: adendas y modificaciones a través de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público", 12 de marzo de 2018.

37 Crítica y doctrina citada por P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. "Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración", *XI Congreso Anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 2016, p. 16, nota 36.

sistema de retribución inicialmente pactado en un contrato, introduciendo una compensación económica que no existía. El Tribunal consideró así que se incumplieron los requisitos de validez de la modificación, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (sentencia 29/04/2004, C-372/07)<sup>38</sup>.

Desde otro punto de vista, las acciones cuestionadas se analizan con relación a los actos del proceso de contratación que son objeto del recurso. La concepción tradicional del contencioso administrativo indica que únicamente es objeto de recurso el acto administrativo y no las actuaciones que lo preceden. En este sentido, solo es procedente atacar la decisión de contratar o la decisión por la que se escoge un contratista, esto es, la adjudicación del proceso de contratación. La legislación peruana establece así que, si bien se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, el recurso de apelación solo puede interponerse luego de otorgada la buena pro (adjudicación) (art. 41 del Dcto. Legislativo n.º 1341/2017). Más aún, el decreto reglamentario prohíbe el recurso contra las actuaciones de preparación y los documentos del procedimiento de contratación, lo que parece excluir, por ejemplo, el recurso directo contra los pliegos (bases) del proceso y todos los documentos de soporte, donde pueden materializarse condiciones discriminatorias, limitativas de la competencia o de favoritismo (D-art. 96). Por el contrario, la mayoría de los regímenes conciben un recurso verdaderamente especial, por cuanto permiten recurrir cualquier acto hasta entre los pliegos (bases) y la adjudicación, incluidos ambos, como establece la ley chilena (art. 24) o, genéricamente, los actos u omisiones ocurridos durante el proceso de selección (art. 143 de la Ley panameña) o incluso con el complemento de identificación específica de varios actos precontractuales, como en el caso español (art. 44.1). Por el contrario, la ley francesa es restrictiva, por cuanto el recurso está destinado a remediar o sancionar el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y concurrencia a las que está sujeta la contratación de compras públicas (art. 551-1 CJA), lo que excluye de la competencia del juez valorar la licitud de la escogencia del proponente seleccionado o los

---

38 Acuerdo 117/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; cfr. Observatorio. Contratación Pública. “Admisibilidad del recurso especial frente a una modificación contractual. Modificado que afecta a las condiciones esenciales del contrato”, 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1258/chk.0a79941a8f988b1c1a3abf9fc2b9ae23> (consultado el 31 de enero de 2019).

aspectos de competencia controlados por la autoridad de la competencia, como las manifestaciones de abuso de posición dominante o que un proyecto de concesión distorsione la competencia del mercado, como ha juzgado la jurisprudencia administrativa<sup>39</sup>. El juez francés no sanciona, por el recurso de urgencia, todas las irregularidades del proceso de contratación, aunque sean graves, sino las que conciernen las obligaciones legales de publicidad y concurrencia.

### 3.1.3. LIMITACIONES A LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

Un recurso completamente abierto, una acción pública ilimitada, privilegia la preservación del principio de legalidad, pero conlleva un desequilibrio desmedido frente a la estabilidad del contrato y la seguridad jurídica que de ella se deriva. El equilibrio y ponderación entre estos dos valores, que orienta toda la institución, como se enunció al comienzo de este estudio, exige imponer limitaciones que sin embargo no sacrifiquen la realización efectiva del control. Diferentes herramientas jurídicas pueden enunciarse. Veamos.

En el derecho francés, el contencioso contractual se caracterizó por una tendencia fuerte a la ampliación de la legitimación en la causa para atacar el contrato, originalmente reservada estrictamente a las partes contratantes. En este sentido, se permitió que los usuarios demandaran actos separables de ejecución del contrato, por verse afectados en razón de su carácter reglamentario de un servicio público (CEf, sentencia 21/12/1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*), y que los contribuyentes locales tuvieron legitimación para pretender la nulidad de un contrato del municipio, por constituir una modalidad de gasto del presupuesto local (CEf, sentencia 29/03/1901, *Casanova*)<sup>40</sup>. El Consejo de Estado permitió a un licitante rechazado acceder al contencioso de plena jurisdicción pretendiendo la nulidad del contrato o de ciertas cláusulas

---

39 LE BOT. *Le guide des référés administratifs*, cit., p. 649. El presidente del tribunal no se pronuncia sobre el valor de la oferta o los méritos específicos de las distintas ofertas (CEf. Sentencia 20/01/2016, n.º 394133, CIVIS).

40 M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19.ª ed., París, Dalloz, 2013, n.º 15, pp. 87 ss.

divisibles, con posibilidad de indemnización (CEf, sentencia 16/07/2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*).

No obstante, la jurisprudencia ha establecido límites importantes a la legitimación del recurrente en el recurso de urgencia precontractual: la irregularidad del proceso contractual debe ser susceptible de afectarlo o poner en riesgo un derecho, aunque sea de manera indirecta, otorgando ventajas ilícitas a un competidor (CEf, sentencia 03/10/2008, n.º 305420, *SMIRGEOMES*). Aunque por esta vía el recurso está abierto incluso a quien no se presentó al proceso de selección, la afectación del derecho debe ser real. La jurisprudencia francesa sigue así la europea, que encuentra lícito el rechazo del recurso por no encontrar probada la afectación de interés del recurrente (TJUE, sentencia 19/06/2003, C-249/01). El Consejo de Estado ha considerado así que no demuestra interés el proponente no seleccionado que alega defectos en la convocatoria del proceso contractual, ni la crítica de un factor de selección, cuando la empresa recurrente obtuvo el máximo puntaje previsto, o la empresa adjudicataria frente al incumplimiento de publicidad del contrato<sup>41</sup>. La ilegalidad del procedimiento no es entonces suficiente para habilitar al proponente no seleccionado a interponer el recurso. Los terceros también tienen restricciones importantes, por cuanto no se considera legitimado un concejal municipal, ni un contribuyente local, así como tampoco las agremiaciones profesionales o las asociaciones de defensa de usuarios.

Por su parte, la ley peruana no valora las consecuencias de la ilicitud sobre el recurrente, pero sí exige que sea un “participante o postor” (L-art. 41). La regulación panameña se limita a enunciar los elementos de la acción de reclamo sin referirse a la legitimación en la causa (L-art. 143), lo que sí establece en el recurso de impugnación ante el Tribunal, reservado a “todos los *proponentes* que se consideren agraviados” (L-art. 146). La legislación chilena habilita la acción de impugnación a toda persona “que tenga interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación” (L-art. 24), lo que puede ser en extremo amplio. En este sentido, la regulación española va más lejos, complementando la afectación

---

<sup>41</sup> Conseil d’État. Congreso, cit. La restricción también es aplicada por el Tribunal español: cfr. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO. “El efecto útil de las Directivas de recursos y de contratos como límite a la caducidad del recurso contra los actos de la licitación: a propósito de la Doctrina eVigilo”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 8 de junio de 2015.

de intereses legítimos individuales con la posible afectación de derechos colectivos, así sea de manera indirecta. De manera explícita, contempla la legitimación de las organizaciones sindicales, por las condiciones contractuales cuya ejecución pueda afectar los derechos de los trabajadores de la empresa seleccionada, así como las organizaciones empresariales sectoriales, por el interés de sus asociados (L-art. 48).

En segundo lugar, las limitaciones pueden venir de los plazos para la interposición del recurso. La incertidumbre sobre la regularidad del proceso no puede extenderse mucho tiempo, pero también es necesario contemplar un término de caducidad suficiente, so pena de burlar el derecho protegido con el recurso. Además, la eficacia del recurso exige que pueda interponerse en tiempo útil. En la evolución del derecho comunitario y su transposición a los derechos internos surgió el incentivo para las entidades de suscribir apresuradamente el contrato adjudicado y eludir así la eficacia del recurso. De hecho, vimos cómo esta posibilidad jurídica generó la condena a Francia por el Tribunal Europeo. Por ello, la evolución legislativa se ocupó de dos aspectos procesales, sobre los que volveremos luego: por una parte, la suspensión del proceso de selección con la interposición del recurso y, por otra, la consagración de un período de latencia entre la adjudicación y la firma del contrato, para que los interesados puedan interponer útilmente su recurso. El plazo para interponerlo está relacionado con estos dos aspectos. En el derecho francés no hay un plazo para el recurso de urgencia precontractual, pero debe presentarse antes de la suscripción del contrato, so pena de rechazo (CEf. Sentencia 03/11/1995, n.º 157304, *Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*). El Código de Compras públicas impone un plazo mínimo de 11 días después de la notificación de la adjudicación (16, si no se notifica electrónicamente) para que se pueda suscribir el contrato (art. 101 del Dcto. 2016-260). Pasado este tiempo, el recurrente puede aún presentar su recurso precontractual, pero se arriesga a que, en cualquier momento, la Administración suscriba el contrato, cerrándole el acceso al recurso. En el derecho español, la ley establece el término de latencia de 15 días hábiles entre la notificación de la adjudicación a los candidatos y la formalización del contrato (L-art. 153.3), y el mismo término para interponer el recurso (L-art. 50). En los derechos latinoamericanos, el régimen peruano también establece una latencia para la firma del contrato. Después de la notificación de la buena pro (adjudicación) a todos los postores (D-art. 63), su firmeza (consentimiento de su otorgamiento) solo ocurre 8 días há-



biles después, cuando hay varios postores (D-art. 64.1), 5, para la selección de consultores individuales y comparación de precios. Solo después puede suscribirse el contrato (D-art. 136.1). Consecuentemente, el plazo para la interposición del recurso de apelación es el mismo, desde la notificación del otorgamiento de la buena pro, o de la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, por ser actos que posteriores a la buena pro (art. 119). La doctrina ha criticado este plazo corto, por limitar el recurso. Si bien es más corto que el plazo europeo, puede dudarse incluso de si es concordante con los compromisos internacionales. En el TLC con la Unión Europea citado, que fue suscrito por Colombia y Perú, se establece el compromiso de conceder a los proveedores un período no “inferior a 10 días, contados a partir del momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación” (art. 190.4), lo que podría ser equivalente a los 8 días *hábiles* previstos en la legislación peruana. También es pertinente resaltar que las notificaciones del proceso se hacen hoy por medios electrónicos, lo que ha diferenciado en Francia los plazos frente a las adjudicaciones que no son notificadas por medios electrónicos<sup>42</sup>.

Más claramente acorde con los tratados de libre comercio, Chile establece un plazo de 10 días hábiles para la *deducción* de la demanda, a partir del “momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél” (L-art 24). Panamá, por su parte, permite interponer la acción de reclamo hasta antes de la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso (L-art. 143) y prevé solo 5 días hábiles para el recurso de impugnación ante el Tribunal (L-art. 146).

En tercer lugar, la limitación puede efectuarse mediante el monto proyectado del contrato. Hemos visto que fue un factor determinante en el derecho europeo, así como los umbrales a partir de los cuales se aplican los capítulos de comparas públicas en los tratados de libre comercio. Vimos también que España bajó el umbral comunitario en la última reforma, luego de que la doctrina había puesto de presente cómo numerosos países de la Unión Europea tenían umbrales más bajos<sup>43</sup>. También es un factor importante de crítica para el derecho peruano el tener un umbral alto que

---

42 MORÓN URBINA. “La inconstitucionalidad del régimen de impugnación en la Ley de Contrataciones del Estado”, cit., p. 20.

43 VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública”, cit., p. 12.

restringe el acceso al Tribunal de Contrataciones<sup>44</sup>, aunque la ley de 2017 lo haya descendido sustancialmente, como también vimos. En contraste, no son objeto de umbrales restrictivos los mecanismos de Estados Unidos, Chile y Panamá.

Finalmente, la limitación del recurso también se da por técnicas disuasivas, a manera de sanciones por la interposición abusiva del recurso. Ella puede darse mediante exigencia de pólizas o fianzas, como ocurre en Panamá (L-art. 2.26.) y Perú (L-art. 41.5), cuyo monto importante del 3 % del valor del contrato ha sido criticado por la doctrina, considerado una limitación importante del recurso, tanto más por cuanto no se exige abuso o mala fe en su interposición: la garantía es exigible por la no prosperidad del mismo e incluso por su desistimiento (D-art. 132.1), lo que parece en efecto excesivo. En España no se exige una garantía, pero el Tribunal puede imponer multas importantes entre 1.000 y 30.000 euros si encuentra temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares (art. 58.2), lo que parece más racional y equilibrado.

### 3.2. LOS PROCESOS

No es el propósito aquí realizar un análisis comparado exhaustivo de las distintas concepciones y regulaciones de los procedimientos, sino la identificación de sus características generales comunes y ciertas particularidades de algunos. En este sentido, en los distintos países los procedimientos especiales no tienen el carácter de medidas cautelares, para preservar una situación o asegurar la efectividad de la decisión final. Los procesos son de fondo, aunque sean sumarios, y no constituyen el preámbulo de otros de mayor envergadura, sin perjuicio de la posibilidad de integrar medidas cautelares iniciales. Por ello resulta importante destacar su carácter especial.

#### 3.2.1. INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Los recursos comienzan con una interposición por escrito, que no tiene exigencias particulares además de las elementales de identificación del re-

---

44 BERAMENDI GALDÓS. “La impugnación en la contratación pública *¿corsi e ricorsi?*”, cit., p. 232; MORÓN URBINA. “La inconstitucionalidad del régimen de impugnación en la Ley de Contrataciones del Estado”, cit., p. 20.

corriente y del acto u omisión impugnado, fundamentos fácticos y jurídicos y lo que se persigue con el recurso. Pese a que las distintas legislaciones describen explícitamente las exigencias, ellas no van más lejos de estas esenciales<sup>45</sup>. El recurso ante el GAO norteamericano está reglado en un *Bid Protest Guide* que no es exigente en la forma de presentación de la demanda, pero la Oficina rechaza, sin mirar el fondo, el recurso que no tenga una presentación completa y sólida del reproche alegado. El Informe anual del GAO al Congreso (2018) indica que solo el 23,85 % de los recursos tuvieron una decisión de fondo, por lo que concluye que los recurrentes deben ser muy cuidadosos en el montaje técnico jurídico de los recursos<sup>46</sup>. Esta restricción es vista como una manera de controlar la seriedad del recurso interpuesto, frente a la tendencia a utilizar los recursos como medio de presión (paradójicamente) anticoncurrencial, para forzar acuerdos con la empresa ganadora de una licitación<sup>47</sup>. En otros países, el alto grado de rechazo del recurso por defectos formales es visto como indicativo de falla de la justicia material<sup>48</sup>. El punto esencial frente al formalismo (al que somos propensos en América Latina) es dar primacía al derecho sustancial, lo que no es incompatible con la exigencia de un reclamo fundado. La posibilidad de subsanación de los errores formales en cortísimos términos<sup>49</sup> constituye una garantía de debido proceso y la preservación del derecho sustancial que no debe convertirse en excusa para no cumplir con exigencias sustanciales elementales.

### 3.2.2. MEDIDAS CAUTELARES

Un tema trascendente de los procedimientos es el efecto de la presentación del recurso. Algunos países otorgan al órgano de decisión la facultad de decretar medidas cautelares, en particular la suspensión del proceso de con-

45 Chile, L-art. 23; Panamá, L-art. 143; España, L-art. 51; Perú, D-art. 121.

46 Consultado el 31/01/2019 en: <https://www.governmentcontractslawblog.com/2018/12/articles/bid-protest/gao-annual-report-fy2018/>

47 LICHÈRE y MARTY. “Les recours en matière de marchés publics en France et aux États-Unis”, cit., p. 67.

48 J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ. “Reflexiones sobre la inadmisión de los recursos en los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación”, *Observatorio de Contrataciones Públicas*, 28 de septiembre de 2015, consideraba en 2015 que el 14 % de los recursos presentados en España obedecía a incumplimiento de requisitos procesales, lo que exigiría soluciones para la defensa de la justicia material. Igual porcentaje indicaba la Cuenta del Tribunal chileno de 2018.

49 Perú: L-art. 122; Chile: L-art. 24; España: L-art. 51.2.

tratación, para evitar la suscripción del contrato (Chile: L-art. 24; Estados Unidos: Guía, § 21.6<sup>[50]</sup>). Otras legislaciones establecen el efecto suspensivo del recurso (Panamá: L-art. 144 y 146<sup>[51]</sup>; Perú: D-art. 120) o la prohibición de suscribir el contrato (Francia: art. L-551-4 CJA). De manera intermedia, en España se concibe la posibilidad de una medida cautelar antes de la interposición del recurso (L-art. 49) y la suspensión del procedimiento de contratación con la presentación del recurso, cuando este se dirija contra la adjudicación (art. 53), pero el juez valora la subsistencia de la suspensión, frente a las implicaciones de interés general, una vez haya corrido traslado del recurso (art. 56.3), valoración que también hace el presidente del tribunal francés al admitir el recurso (art. L551-2).

El punto esencial es la efectividad del recurso para evitar la consumación de la ilegalidad con la concreción del contrato. La suspensión sistemática puede ser nociva para el interés general, por la importancia de la prestación objeto del contrato, y por ello los sistemas nacionales, como también lo hacen las directivas y los TLC, siempre permiten una valoración específica de la pertinencia de la medida cautelar. Por otra parte, la concepción de una suspensión rogada, para la cual es necesario dar traslado a las partes antes de tomar la decisión, exige unos términos muy cortos, para no burlar el objetivo de fondo del recurso.

### 3.2.3. INSTRUCCIÓN

La instrucción del procedimiento se caracteriza en todas las legislaciones por el papel activo del juzgador, con amplios poderes oficiosos, unos plazos cortos y garantías del derecho de defensa. La ponderación entre estos valores, en donde la realización máxima de unos limitaría desmesuradamente la de los otros, constituye el reto de la legislación adecuada. Unos sistemas son escuetos en la descripción (Panamá, Estados Unidos), ofreciendo flexibilidad de apreciación al juzgador; otros son más detallados en la regulación (Chile, España, Perú), con plazos muy ajustados y específicos para las actuaciones,

---

50 D. I. GORDON. "Bid protests: the costs are real, but the benefits outweigh them", 42:3 *Pub. Contract L.J.*, pp. 1-53.

51 Modificación establecida por la nueva ley de 2017: L. KAREN SOLÍS. "Efecto del recurso de impugnación, introducido en la Ley 61", *Revista del Tribunal: Contratación Pública al Día*, n.º 1, agosto de 2018, Panamá, pp. 22-23.

previando el juzgamiento con el material probatorio existente, cuando la entidad contratante no aporte oportunamente la documentación sobre el proceso de contratación que se impugna.

En este trámite, los plazos generales del proceso son esenciales y, una vez más, plantean el delicado equilibrio entre eficacia y respeto del debido proceso. La regulación estadounidense establece plazos para etapas y uno general de 100 días (§ 21.9(c) de la Guía) y 65 si el proceso es *express* (21.10(e) *ibíd.*), mientras la legislación panameña dispone plazos específicos para la admisión del recurso de impugnación (2 días), la remisión de informes por parte de la entidad contratante (3 días), alegatos después de pruebas (2 días) y plazo para la decisión del Tribunal (10 días), aclarando que, en todo caso, el plazo máximo de todo el trámite es de 60 días hábiles (L-art. 148)<sup>52</sup>. Con plazos mayores, aunque *fatales*, la regulación chilena también define términos concretos de las distintas actuaciones, aunque no un plazo máximo general (L-art. 25), al igual que la regulación peruana (D-arts. 125 y 126). Por el contrario, las legislaciones francesa y española no establecen plazos intermedios pero sí uno general perentorio para la resolución del recurso de 20 días (art. R551-4 CJA) y dos meses (L-art. 57.5), respectivamente.

### 3.2.4. DECISIÓN

Lo esencial de las regulaciones es que el juzgador decide el fondo del litigio en única instancia, con carácter vinculante para la entidad contratante<sup>53</sup>. Son estas las condiciones esenciales para la efectividad del recurso. La ejecutoriedad inmediata de la decisión no se opone a la posibilidad de un control jurisdiccional cuando el tribunal tiene carácter administrativo, como ocurre en España, Perú y Panamá. Tampoco se opone al recurso judicial ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso de Chile, o a una demanda en casación, en el caso francés. Pero, en todos los casos, la decisión del recurso es ejecutoria.

También constituye un elemento común la flexibilidad que tiene el juzgador para adoptar la decisión pertinente que permita lograr la protección

---

52 J. THOMAS. “Cambios puntuales a la Ley de Contrataciones Públicas”, *Revista del Tribunal: Contratación Pública al Día*, n.º 1, agosto de 2018, Panamá, pp. 8-10.

53 Aunque las decisiones del GAO norteamericano son recomendaciones, son seguidas sistemáticamente por las entidades públicas.

de la legalidad y del interés general. Así, es posible decretar la nulidad del acto acusado o de parte del procedimiento, de algunos documentos contractuales o parte de ellos que atenten contra principios de contratación, obligar a retrotraer el proceso hasta cierto punto para repetirlo o definir las medidas específicas que debe adoptar la Administración para remediar las faltas. En este sentido, la sentencia del Consejo de Estado francés cambió la concepción tradicional del juez administrativo, férreamente binaria, que solo admitía anular o validar un acto (CEf, sentencia 28/12/2009, *Béziers I*<sup>54</sup>). Ahora el juez valora la situación y puede decidir moduladamente. En España la doctrina celebra la admisión por un tribunal del recurso especial frente a un acto de trámite no cualificado por el cual una entidad inadmitió una oferta. El Tribunal dio así aplicación a la jurisprudencia europea (TJEU, sentencia 11/01/2005, C-26/03) que incluso admite el recurso contra un acto de admisión de ofertas, por considerar que obligar a un licitador concurrente a esperar a la decisión de adjudicación es contrario a las normas comunitarias<sup>55</sup>.

En esta misma línea, también es importante el reconocimiento expreso al juzgador de hacer un balance entre la protección estricta de la legalidad y la preservación del interés general vinculado al procedimiento contractual o al contrato, incluso cuando no se ha logrado detener su firma. En este balance, el juzgador puede considerar que, pese a la ilegalidad, resulta conveniente para el interés general la continuación del proceso o del contrato, por ejemplo, cuando se trata de contratación urgente o cuando la ejecución de la obra, suministro o servicio tienen un valor estratégico indispensable para el interés general (CEf, sentencia 21/03/2011, *Béziers II*<sup>56</sup>).

La decisión también suele estar marcada por un reconocimiento de indemnización a la parte afectada. Aunque no es una medida generalizada en las legislaciones analizadas, al considerarse en varios casos que este es un problema del contencioso tradicional, para el cual los procedimientos de urgencia no son convenientes, la tendencia global se orienta hacia la

---

54 Conseil d'État. Congreso, cit., n.º 1.

55 J. A. MORENO MOLINA. "Admisión de recurso especial frente a acto de trámite no cualificado en aplicación de la doctrina del TJUE", *Observatorio de Contratación Pública. Opiniones*, 12 de junio de 2017.

56 Conseil d'État. Congreso, cit., n.º 3.

importancia de reconocer los perjuicios básicos derivados de la pérdida de oportunidad por un proceso contractual ilegal.

\* \* \*

Los recursos especiales han demostrado sus bondades en los distintos países en los que se han implementado. Naturalmente, la concreción de los dispositivos no deja de tener críticas a las cuales han ido respondiendo paulatinamente los legisladores con las reformas sucesivas. Al fin y al cabo, se trata de una concepción particular frente al contencioso tradicional, originada en la necesidad e interés de evitar a toda costa la concreción del contrato ilegal o solucionar rápidamente la situación del que no se pudo evitar. La estabilidad connatural y esencial de una relación contractual y los intereses públicos en juego, así como las muy complejas y costosas consecuencias de deshacer un contrato en plena ejecución, incitan y estimulan la concepción y perfeccionamiento de los procedimientos de urgencia.

Pese a las voces críticas que valoran con reticencia el procedimiento estadounidense por la falta de certeza jurídica sobre el sentido de la decisión administrativa y por auspiciar arreglos entre las partes afectadas para evitar la decisión final, ello puede obedecer a condiciones locales muy propias, vinculadas al estímulo por los arreglos directos y a la propensión a la negociación del sistema norteamericano, así como al plazo reglamentario importante del procedimiento administrativo (100 días), cuando el judicial tarda 6 meses, con mayores garantías y seguridad jurídica. No obstante, en aquellos países en donde existe el recurso y en donde se han realizado estudios estadísticos, el balance es positivo. En Francia los procesos de urgencia precontractual y contractual tienen duración menor a 21 días<sup>57</sup>. En España se han establecido promedios de menos de un mes en casi todos los tribunales en 2016<sup>[58]</sup>. El Informe sobre la Justicia Administrativa del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa reportaba en 2017 un promedio nacional de 33 día civiles, con variaciones importantes: mientras el Tribunal Central tuvo un promedio de 28, otros tribunales de las autonomías tuvieron promedios de 14 días<sup>59</sup>.

---

57 *Ibíd.*, p. 4.

58 S. Díez Sastre. *Informe sobre la justicia administrativa 2016*, pp. 122 ss.

59 S. Díez Sastre. *Informe sobre la justicia administrativa 2017*, p. 43; Instituto Andaluz de Gestión Pública. Jornada: La nueva Ley de Contratos del Sector Público, 9 de octubre de 2018, "Recur-

En Latinoamérica no existen análisis tan sistemáticos. En Chile la Rendición Oficial de Cuentas del Tribunal de 2018 informa algunos plazos formales y dificultades operativas para la agilidad, sin comunicar estadísticas de términos de duración de los procesos<sup>60</sup>, pero la primera Cuenta (entre el 28 de septiembre de 2010 y el 31 de octubre de 2012) informaba un promedio de 9 meses<sup>61</sup>, lo que no resulta oportuno frente a los términos de contratación. Además, en este país, como hemos visto, no hay una suspensión automática del proceso de contratación, lo que genera problemas jurídicos y de eficacia del dispositivo, con relación a los efectos de la anulación de actos precontractuales sobre los contratos en ejecución. En este sentido, se critica la tendencia jurisprudencial a preservar sistemáticamente los efectos del contrato sin hacer un análisis específico del sacrificio de la legalidad en pro la protección de la situación consolidada<sup>62</sup>.

Por otra parte, las estadísticas arrojan datos interesantes sobre la baja revisión de las decisiones de los tribunales de contratación. La misma rendición de cuentas de 2018 del Tribunal chileno da cuenta de solo un 13 % de las sentencias del Tribunal revocadas por la Corte de Apelaciones de Santiago. El Informe de Gestión 2017 del Tribunal panameño indica el trámite de 1.500 recursos en 10 años de su funcionamiento, con escasas 47 decisiones recurridas ante la Corte Suprema de Justicia, que tan solo ha revocado 5 de ellas. En España, los Informes de la Justicia Administrativa, también citados, establecieron un porcentaje entre el 3 % y el 13 % de recursos contenciosos contra las decisiones de los tribunales especiales en 2015, y menos del 7 % en 2016. En cuanto a las decisiones de los recursos admitidos, las estadísticas indican un promedio nacional del 30,2 % de condenas en España en 2016<sup>[63]</sup>, mientras en Chile fue del 53,7 % en 2018, con una tendencia general en los distintos países de un mayor porcentaje de sentencias condenatorias en procesos sobre contratos de servicios<sup>64</sup> y anulación de adjudicaciones,

---

so especial en materia de contratación”, 8.ª ponencia: “El nuevo ámbito de recurso especial en materia de contratación”.

60 Cfr.: [http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/wp-content/uploads/2018/08/CUENTA\\_PUBLICA\\_Agosto2018.pdf](http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/wp-content/uploads/2018/08/CUENTA_PUBLICA_Agosto2018.pdf)

61 ESCANILLA. “El Tribunal de Contratación Pública en Chile”, cit.

62 R. CONCHA MACHUCA. “Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, septiembre de 2016, pp. 287-310.

63 DIEZ SASTRE. *Informe sobre la justicia administrativa 2016*, cit., p. 138.

64 El 70 % respecto de contratos de suministros y servicios, frente al 21 % respecto de contratos



respecto de otros documentos y acciones precontractuales. Finalmente, las tendencias frente a los organismos más demandados son heterogéneas: mientras en Estados Unidos el sector defensa es el que más conflictos genera, en España hay una tendencia a desplazar el mayor contencioso de entidades del Estado (Nación) a las entidades territoriales, y mayor demanda de entidades locales en Chile.

El balance general de estas estadísticas es difícil de apreciar. En Chile se ha criticado el poco volumen de casos sometidos al Tribunal frente al gran volumen de quejas presentadas ante la Dirección de Compras (órgano rector de contratación)<sup>65</sup>. Los porcentajes mayores de contratos de servicios impugnados y de procesos de colectividades territoriales no son ajenos al mayor número de este tipo de procesos y de entidades territoriales, lo que ocurre también en Estados Unidos con las muy numerosas compras de las entidades vinculadas al sector defensa.

En Colombia, donde no hay tribunal ni recurso especial de contratación, el análisis de las estadísticas del contencioso administrativo de los últimos 4 años indica bajos niveles de demandas contra las adjudicaciones<sup>66</sup>: 130 fallos del Consejo de Estado entre 2015 y 2018, lo que podría indicar poca litigiosidad sobre esta etapa de contratación y la suficiencia consecuente de los mecanismos tradicionales de control jurisdiccional. Esta conclusión podría verse confirmada si se tiene en cuenta el alto porcentaje de demandas que no tuvieron decisión de fondo, por problemas procesales (34 %) <sup>67</sup>, y las sentencias absolutorias por no lograr desvirtuar la legalidad de la adjudicación (39 %), para un residuo de condenas por indebida adjudicación del 27 %.

No obstante, los datos estadísticos no son indicativos automáticos de la realidad litigiosa. Un estudio sociológico llevado a cabo por la Comisión Europea al final de los años ochenta entre empresarios indicó que un alto porcentaje de las empresas no participaban en la contratación pública por tener reticencias frente a la adjudicación, y que pocas empresas adoptaban la

---

de obra en Chile 2018; y entre el 60 % y el 90 % respecto de contratos de servicios en España, para 2016.

65 La página Ranking de la Dirección de Compras Públicas registra 37.038 hasta el 4 de febrero de 2019, que contrasta con las 3.039 causas tramitadas en el Tribunal entre 2008 y 2018; cfr.: <http://www.analiza.cl/web/Modulos/Ranking/RankingPrincipal.aspx>

66 Análisis a partir de los fallos publicados en la página de internet del Consejo de Estado: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

67 El 22 % por ineptitud sustantiva de la demanda, el 12 % por caducidad de la acción.

decisión de demandar por temor a represalias de las entidades contratantes y por el descrédito de la eficacia de los procesos judiciales<sup>68</sup>. Un porcentaje importante de empresas consideraba que los contratos no son adjudicados con criterios de concurrencia, o que las entidades no explicaban satisfactoriamente los motivos de rechazo de sus ofertas o realizaban un incorrecta difusión de su procesos licitatorios. El estudio fue un antecedente determinante para la adopción de las directivas de recursos, cuya evolución vimos en este estudio.

La valoración del bajo volumen de nuestro contencioso precontractual y del porcentaje de las sentencias condenatorias no puede reducirse a las cifras estadísticas presentadas. Existen ventajas de los procesos especiales de contratación frente al término de los contenciosos tradicionales, cuya duración promedio es de 6 meses en Estados Unidos<sup>69</sup>, 7 meses y 20 días en Francia<sup>70</sup>, 10 meses y 28 días en España<sup>71</sup>. ¿Qué decir de nuestra morosidad judicial, que en materia de contratación pública es mayor a 10 años? Además, hemos visto en la parte preliminar de este análisis la ausencia de eficacia de las medidas cautelares, pese a su evolución en el CPACA de 2011, a lo cual hay que adicionar la falta de interés práctico que tiene un proponente en demandar, o quien no participó en un proceso de selección por la parcialidad de pliegos. La posibilidad de una sentencia condenatoria con indemnización es muy baja, por cuanto la jurisprudencia exige al demandante demostrar que su oferta era la mejor, no solo frente a la efectivamente seleccionada, sino frente a todas las que se presentaron en el proceso contractual. Pero ello no es posible en muchos casos. No lo es, evidentemente, cuando el demandante no se presentó al proceso contractual, por considerar que los pliegos estaban dirigidos a favorecer al adjudicatario. Pero tampoco lo es en los eventos de subastas y subastas inversas, que constituyen un alto porcentaje de los procesos de selección. La dinámica de estos procesos impide determinar cuál habría sido el lance ganador, si se descarta por ilegal el que dio lugar a la adjudicación, o cuál habría sido el resultado si el demandante inhabilitado ilícitamente hubiese podido hacer lances. Y en cuanto a los procesos licita-

---

68 LICHÈRE y MARTY. “Les recours en matière de marchés publics en France et aux États-Unis”, cit., p. 5.

69 *Ibid.*, p. 22.

70 1 mes y 7 días en el Tribunal y 6 meses y 13 días en el Consejo de Estado. Conseil d’État. Congreso, cit., p. 4.

71 DIEZ SASTRE. *Informe sobre la justicia administrativa 2017*, cit., p. 44.

torios, la técnica de utilizar dos sobres, con uno que contenga la propuesta económica, hace que nunca se conozca la de los proponentes inhabilitados, al devolverse cerrado el sobre correspondiente. La situación será aún más común después de la Ley 1882/2018 que generalizó esta metodología en las licitaciones de obra pública (art. 1.º).

La impertinencia de los procesos contenciosos existentes no solo está dada, así, por la inoperancia de las medidas cautelares, sino, además, por la falta de interés práctico en un proceso prolongado en el tiempo que solo puede tener la ventaja de una sentencia condenatoria, interés que se esfuma con la dificultad de cumplir con las exigencias jurisprudenciales. Por ello, es tiempo de pensar y evaluar seriamente la necesidad e importancia de crear en Colombia un recurso o tribunales especiales de contratación, acordes con nuestros compromisos internacionales.

#### REFERENCIAS

- APASP. “Comande publique – Manquement partiel de la France à la transposition des procédures de recours offerts aux entreprises”, *Revue Collectivités et EPL*, Banque des Territoires. Disponible en: <https://www.banquedesterritoires.fr/manquement-partiel-de-la-france-la-transposition-des-procedures-de-recours-offerts-aux-entreprises?cid=1245385932947&pagename=Territoires/artVeille/artVeille> (consultado el 19 de junio de 2009).
- BACA ONETO, V. S. “La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 7, 2009, pp. 69-93.
- BERAMENDI GALDÓS G. “La impugnación en la contratación pública ¿corsi e ricorsi?”, *Actualidad Jurídica*, t. 177, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, pp. 231-232.
- BERNAL BLAY, M. A. “La independencia de los órganos de recurso especial de las entidades locales”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 16 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.118/chk.a729efaa302fa81c22df54d134e6ab6b> (consultado el 31 de enero de 2019).
- CAMACHO CEPEDA, G. “Informe nacional de Chile”, en J. L. BENAVIDES y P. MORENO CRUZ (eds.), *La contratación pública en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

- CANDELA, C. “Procedimientos impugnatorios en los procesos de selección. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, *Revista Gestión Pública*, n.º 7, febrero, Lima, ECB, 2008.
- CONCHA MACHUCA, R. “Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, septiembre de 2016, pp. 287-310.
- Conseil d'État. Congreso: *Le juge administratif et la commande publique. Dossier thématique*, 3 de junio de 2014. Disponible en: [http://www.conseil-etat.fr/content/download/32710/283535/version/1/file/dossier\\_commande\\_publicue\\_03062014.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/32710/283535/version/1/file/dossier_commande_publicue_03062014.pdf) (consultado el 31 de enero de 2019).
- CÓRDOVA SCHAEFFER, J. “El régimen de impugnaciones en los procesos de selección: problemas básicos sobre su interposición”, *Gestión Pública y Desarrollo*, n.º 61, agosto, Lima, ECB, 2012, pp. 1-5.
- DE GARCÍA, F. “Los mecanismos de control que ostentan los proponentes o posibles proponentes dentro de la contratación pública panameña”, *Revista del Tribunal: Contratación Pública al Día*, n.º 1, Panamá, agosto de 2018, pp. 20-22.
- Diario jurídico.com. Redacción: “El recurso especial en materia de contratación: adendas y modificaciones a través de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, 12 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.diariojuridico.com/recurso-especial-materia-contratacion-ley-contratos-sector-publico/> (consultado el 31 de enero de 2019).
- DÍEZ SASTRE, S. “El funcionamiento de la justicia administrativa: la administración de los contratos públicos”, Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Tributos, contratos públicos y responsabilidad patrimonial, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. Disponible en: <http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2015/03/Informe-sobre-la-Justicia-Administrativa-2015.pdf> (consultado el 31 de enero de 2019).
- DÍEZ SASTRE, S. *Informe sobre la justicia administrativa 2016*.
- DÍEZ SASTRE, S. *Informe sobre la justicia administrativa 2017*.
- ESCANILLA, E. S. “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo”, *Derecho Público Iberoamericano*. n.º 2, abril de 2013, pp. 103-149.

EXPÓSITO VÉLEZ, J. C., *La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 456-457.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. “El efecto útil de las Directivas de recursos y de contratos como límite a la caducidad del recurso contra los actos de la licitación: a propósito de la Doctrina eVigilo”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 8 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.198/recategoria.121/remenu.3/chk.cc527104d1c4882d1ce7b31aea823e4> (consultado el 31 de enero de 2019).

GIMENO FELIÚ, J. M. “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, *Documentación Administrativa*, nueva época, n.º 4, Madrid, 2017, pp. 7-30.

GIMENO FELIÚ, J. M. “Sistema de control de la contratación pública en España. (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)”, *Observatorio de los Contratos Públicos*, n.º monográfico especial, Aranzadi, Cizur Menor, 2016. Disponible en: [http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_INFORME\\_ESPECIAL\\_OBPC\\_RECURSO\\_ESPECIAL\\_Y\\_DOCTRINA\\_2015\\_of8f25d8%0232E%023pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e88of7](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_INFORME_ESPECIAL_OBPC_RECURSO_ESPECIAL_Y_DOCTRINA_2015_of8f25d8%0232E%023pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e88of7) (consultado el 31 de enero de 2019).

GORDON, D. I. “Bid protests: the costs are real, but the benefits outweigh them”, en 42:3 *Pub. Contract L.J.*, pp. 1-53.

Instituto Andaluz de Gestión Pública. Jornada: La nueva Ley de Contratos del Sector Público, 9 de octubre de 2018, “Recurso especial en materia de contratación”, 8.ª ponencia: “El nuevo ámbito de recurso especial en materia de contratación”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tuuQLUPYqfY> (consultado el 31 de enero de 2019).

KAREN SOLÍS, L. “Efecto del recurso de impugnación, introducido en la Ley 61”, *Revista del Tribunal: Contratación Pública al Día*, n.º 1, Panamá, agosto de 2018, pp. 22-23.

LE BOT, O. *Le guide des référés administratifs*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2017.

LICHÈRE, F. y F. MARTY. “Les recours en matière de marchés publics en France et aux États-Unis: une analyse juridique et économique”, en R. L. WEAVER y F. LICHÈRE (eds.), *Recours et analyse économique / Remedies and Economics*, Aix en Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2011, pp. 12-75.

- LONG, M.; P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19.<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2013.
- LÓPEZ MORA, E. “Alcance y naturaleza jurídica de las resoluciones y acuerdos de los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación”, *Observatorio Contratación Pública, Opiniones*, 21 de diciembre de 2015.
- MARABEL, J. J. “El carácter jurisdiccional de los tribunales de resolución de conflictos contractuales conforme a la jurisprudencia comunitaria”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 21, 2017, pp. 532-536.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. “Reflexiones sobre la inadmisión de los recursos en los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia de contratación”, *Observatorio de Contrataciones Públicas*, 28 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.descargaPdf/id.205/recategoria./relmenu./chk.e62a6ec8be76a9a48c8215b14e763924> (consultado el 31 de enero de 2019).
- MARTÍNEZ ZAMORA, M. A. “El régimen de las impugnaciones en la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Reflexiones en torno a las variantes sobre la forma de disputar un proceso de selección a propósito del Decreto Legislativo n.º 1017”, *Actualidad Jurídica*, t. 176, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, pp. 257-262.
- MÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. “Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 188, mayo-agosto de 2012, Madrid, pp. 365-391.
- MORENO MOLINA, J. A. “Admisión de recurso especial frente a acto de trámite no cualificado en aplicación de la doctrina del TJUE”, *Observatorio de Contratación Pública. Opiniones*, 12 de junio de 2017. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.300/chk.2445df3a0246ffa9fb89071254a56658> (consultado el 31 de enero de 2019),
- MORENO MOLINA, J. A. *el derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos*, OSCE, Perú. Disponible en: [http://www.osce.gob.pe/articulo\\_detalle.asp?id=337&ids=8&ido=79&idso=](http://www.osce.gob.pe/articulo_detalle.asp?id=337&ids=8&ido=79&idso=) (consultado el 31 de febrero de 2019).
- MORÓN URBINA, J. C. “Informe nacional de Perú”, en J. L. BENAVIDES y P. MORENO CRUZ (eds.), *La contratación pública en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

- MORÓN URBINA, J. C. “La inconstitucionalidad del régimen de impugnación en la Ley de Contrataciones del Estado”, *Actualidad Jurídica*, t. 182, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, pp. 19-21.
- PADILLA LOZANO, A. “Informe nacional de Panamá”, en J. L. BENAVIDES y P. MORENO CRUZ (eds.), *La contratación pública en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- PERNÁS, J. “Tendencia y novedades del derecho comunitario de la contratación pública”, en J. L. BENAVIDES y P. MORENO CRUZ (eds.), *La contratación pública en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- RODRÍGUEZ ARIZA, J. J. “La contraloría general de los Estados Unidos. Funcionamiento y auditorías”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 8, n.º 22, 2006, pp. 137-154.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. “El sistema de tribunales administrativos de recursos contractuales”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 32, 2015, pp. 41-78.
- THOMAS, J. “Cambios puntuales a la Ley de Contrataciones Públicas”, *Revista del Tribunal: Contratación Pública al Día*, n.º 1, agosto de 2018, Panamá, pp. 8-10.
- Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Informe de gestión 2017. Disponible en: <http://www.tacp.gob.pa/tmp/file/1192/INFORME-DE-GESTION-FINAL.pdf> (consultado el 31 de enero de 2019).
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Memoria. Año 2017. Disponible en: [http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/memoria\\_tacpcm\\_2017.pdf](http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/memoria_tacpcm_2017.pdf) (consultado el 31 de enero de 2019).
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, *XI Congreso Anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 2016. Disponible en: [https://contratodeobras.com/images/Analisis-de-ls-rasgo-y-peculiariddes\\_-Valcarcel.pdf](https://contratodeobras.com/images/Analisis-de-ls-rasgo-y-peculiariddes_-Valcarcel.pdf) (consultado el 31 de enero de 2019).
- VERGARA BLANCO, A. “Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 46, julio de 2016, Valparaíso, pp. 347-378.



Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en diciembre de 2019

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos  
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos  
Bogotá - Colombia

*Post tenebras spero lucem*



