

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

## Referente internacional para un tribunal de contratación pública en Colombia

International reference for a public procurement court in Colombia

José Luis Benavides<sup>1</sup> , Luisa Fernanda Zorro Miranda<sup>2</sup> 

<sup>1</sup> Docente investigador. Departamento de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia.

<sup>2</sup> Abogada, egresada de la Universidad del Rosario con profundización en derecho constitucional y maestría en derecho estatal con énfasis en derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

**Forma de citar:** Zorro – Miranda, Luisa Fernanda y Benavides, José Luis. (2023) "Referente internacional para un tribunal de contratación pública en Colombia". En: *Revista CES Derecho*. Vol. 14. No. 2, mayo a agosto de 2023. pp. 42-70. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7226>

### Resumen

En Colombia no existen tribunales de contratación pese a que el país se ha comprometido a su implementación mediante tratados internacionales. La ineficacia de los medios de control judiciales existentes, que definen de manera ágil, oportuna y técnica la licitud de los procesos de selección y modificación de los contratos durante su ejecución, lleva a identificar las condiciones de eficacia y oportunidad de un mecanismo que podría ser implementado en el país, teniendo en cuenta los referentes y limitantes constitucionales de la organización de instituciones administrativas independientes.

**Palabras claves:** contratación pública; tribunales; control administrativo; autoridades independientes; transparencia.

### Abstract

In Colombia there are no contracting courts despite the fact that the country has committed to its implementation through international treaties. The inefficiency of the existing judicial control means, which define in an agile, timely and technical manner the legality of the selection processes and modification of contracts during their execution, leads to identifying the conditions of efficiency and opportunity of a mechanism that could be implemented in the country, taking into account the constitutional references and limitations of the organization of independent administrative institutions.

**Keywords:** public procurement; courts; administrative control; independent authorities; transparency.

## Introducción

Los tribunales y recursos especiales de contratación pública constituyen en medio de control especial de la gestión contractual, que se adicionan a los controles contenciosos mediante los cuales se impugnan judicialmente los actos de preparación del contrato, la selección del contratista y la gestión del contrato. Visibles por las directivas europeas de contratación pública, los medios de control especial se encuentran también en diversos instrumentos internacionales. Su tratamiento internacional no es solo el reflejo de estándares de la regulación contractual, de influencia creciente en los derechos internos de los países, sino que, incluso, plantean su fuerza normativa explícita en esos derechos y la posibilidad de ver comprometida la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de compromisos internacionales. En complemento de un artículo donde se presenta la

caracterización general comparada de los *Tribunales y recursos especiales de contratación pública* (BENAVIDES, 2019), este artículo desarrolla dos aspectos de los referentes internacionales que se revelan esenciales para la concepción de un tribunal de esta naturaleza en Colombia, después de explicar por qué puede afirmarse *la necesidad de crear un tribunal de esta índole en el Colombia*, donde no existe este tipo de tribunales (I). Estos temas nutridos en los referentes internacionales son las condiciones de *eficiencia y oportunidad* que han de tener las decisiones de los tribunales (II), condiciones que no son posibles sin la condición institucional de *independencia* de estos tribunales (III).

## Necesidad de creación de un tribunal especial de contratación pública en Colombia

La creación de un tribunal especial de contratación en el país no solo surge de los *estándares internacionales y compromisos explícitos* que los han enunciado (A) sino, sobre todo, del constatar la impertinencia e *ineficacia de los mecanismos tradicionales de control* de la actividad contractual para lograr el control específico que buscan estos tribunales (B).

### Los estándares y compromisos internaciones que obligan el control especial

La necesidad de creación de controles especiales de la contratación pública apareció en Europa a finales de los años 80s con la directiva del entonces *Consejo de las Comunidades Europeas 89/665/CEE*, que impuso a los Estados miembros de la Comunidad adoptar la legislación interna necesaria “para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible [...] con motivo de que dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos” (art. 1.1.). Directivas futuras habrían de reforzar este control especial (Dir. 2007/66/CE), extendiéndolo a contratos de sectores especiales, excluidos de las compras básicas (obras, bienes y servicios) (Dir. 92/13/CEE), y a las concesiones, así como a las modificaciones contractuales (Dir. 2014/23). Pero, en realidad, los elementos esenciales y característicos del control estaban plasmados desde la directiva inicial de 1989, en particular, la eficacia y rapidez del medio de control que permitiera hacer respetar la regulación comunitaria sobre procesos de selección de contratistas de la administración, no discriminatoria y respetuosa de la libre competencia, así como la amplitud de la legitimación en la causa para poder ejercer el recurso, abierto a las empresas que pudieran alegar un perjuicio por una procedimiento de selección discriminatorio (Dir. 89/665/CEE, art. 1.2).

La protección del derecho de competencia emerge, así como valor central de mecanismo de control de la contratación, más allá de la preocupación sobre la *buena administración* que orienta hoy las finalidades y control de la gestión administrativa, y de la pulcritud e imparcialidad que ha de tener la Administración en todas sus decisiones, como valores tradiciones del derecho administrativo. Y ello resultaba coherente con la preocupación esencial del derecho comunitario por los valores esenciales en la construcción de la Unión Europea, en torno a las libertades de circulación de mercancías y servicios y la igualdad de oportunidades reconocidas a las empresas europeas frente a las nacionales. Esta protección de los valores comunitarios define objetivos específicos a alcanzar, dejando a cada país miembro la definición específica de la forma como se logra, con la conciencia de la diversidad de regímenes jurídicos internos, lo que resulta trascendente, como lo veremos adelante, frente al control sobre las legislaciones internas, realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al valorar sus deficiencias en el logro específico de los objetivos planteados por el derecho comunitario.

Los objetivos europeos de sus directivas también se encuentran en otras disposiciones internacionales, orientadas por el liberalismo comercial. Por ello, no es un azar el que la preocupación por el control especial de los procesos de contratación esté presente en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y que este haya sido suscrito al inicio de los años 90s (1994). El acuerdo obliga a los países adherentes al establecimiento de “un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, mediante el cual el proveedor pueda presentar una impugnación

alegando una infracción del presente acuerdo” (art. XVIII.1), y a “establecer o designar al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones presentadas por los proveedores en el contexto de una contratación abarcada” (art. XVIII.4).

Los objetivos específicos de eficacia e independencia del control, la amplitud de los legitimados para ejercer el recurso y la protección de la no discriminación en la selección de contratistas, centrales en el derecho europeo, orientan también, de manera esencial el dispositivo del acuerdo multilateral. En este sentido, los considerandos del acuerdo incluyen el siguiente:

Reconociendo la necesidad de un marco multilateral efectivo para la contratación pública, con miras a conseguir una mayor liberalización y expansión del comercio internacional y a mejorar el marco en que éste se desarrolla;

Colombia, claro está, no hace parte de la Unión Europea y no ha suscrito el Acuerdo de Compras Públicas de la OMC, como tampoco se ha adherido a él ningún país latinoamericano, ni países no desarrollados, y por ello los dos instrumentos internacionales tan solo constituyen referentes normativos internacionales. No obstante, múltiples Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos por el país reproducen estos compromisos de los países signatarios, lo que tampoco es una sorpresa, al fundarse en valores esenciales al liberalismo comercial. Como referente internacional, el más clásico de los tratados en el continente americano, esto es, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) incluyó el Capítulo X, sobre Compras del Sector Público, dentro del cual se encuentra el artículo 1017 sobre *Procedimientos de impugnación* en el que se acuerda que ...

“... cada Parte deberá establecer o designar a una autoridad revisora sin interés sustancial en el resultado de las compras para que reciba impugnaciones y emita las resoluciones y recomendaciones pertinentes” (g) y que “al recibir la impugnación, la autoridad revisora procederá a investigarla de manera expedita” (h).

Tampoco es un azar el que este tratado haya sido adoptado en 1992 y entrado en vigencia al inicio de 1994. El espíritu y la esencia del control van en la misma línea de la directiva europea de 1989 y del acuerdo de la OMC de 1994. La frustración del gran tratado de libre comercio para toda la América Latina en 1995 propició la suscripción de acuerdos binacionales o regionales de libre comercio, de tal suerte que los países americanos han suscrito 107 TLC<sup>1</sup>, entre los cuales Colombia ha suscrito 12, de los cuales solo 2 carecen de capítulo sobre la Contratación Pública (Mercosur y Triángulo del Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras)). Los capítulos tienen un artículo destinado a la regulación de los *Procedimientos internos de revisión* de la contratación<sup>2</sup>, que reproducen las mismas previsiones sobre el compromiso de los Estados del primer TLC de Norte América para la *revisión oportuna, eficaz, transparente y no discriminatoria de los procesos de contratación a cargo de un organismo independiente frente a las entidades contratantes*. Los compromisos así adquiridos por Colombia en estos tratados son explícitos y precisos, en el sentido de integrar en su legislación interna mecanismos jurídicos de control de la contratación que sean eficaces y oportunos en el control de la aplicación de las reglas de contratación.

Con una orientación diferente a la preservación de las reglas de competencia e igualdad de trato entre las empresas que contratan con la Administración pública, otros instrumentos internacionales se han preocupado del control de la actividad contractual, para evitar actos de corrupción. Incluso, el Acuerdo de la OMC (relacionado arriba) incorporó en su modificación de 2012 consideraciones en ese sentido:

Reconociendo que la integridad y la previsibilidad de los sistemas de contratación pública son parte integrante de la gestión eficiente y eficaz de los recursos públicos, el desempeño de las economías de las Partes y el funcionamiento del sistema multilateral de comercio;

<sup>1</sup> La completa relación de los tratados, con sus textos y anexos, se encuentra en la página Internet del Sistema de Información de Comercio Exterior (SICE) de la OEA: [http://www.sice.oas.org/agreements\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/agreements_s.asp)

<sup>2</sup> TLC con [Canadá](#), art. 1412; [Chile](#), art. 13.13; [Asociación Europea de Libre Comercio \(AELC\)](#), art. 7.17; [Corea](#), art. 14.14; [Costa Rica](#), art. 10.17; [USA](#), art. 9.11; [Israel](#), art. 14.14; [México](#), art. 15-17; [Perú, Ecuador y la Unión Europea](#), art. 190; [Unión Europea](#), art. 1412.

...

Reconociendo la importancia de disponer de medidas transparentes en materia de contratación pública, de llevar a cabo las contrataciones de forma transparente e imparcial y de evitar conflictos de intereses y prácticas corruptas, en consonancia con los instrumentos internacionales aplicables, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción;

Y, es justamente esta Convención de las Naciones Unidas, recordada por el Acuerdo, la que enuncia, de manera explícita, esta función de control efectivo de la contratación para evitar la concreción de actos de corrupción.

La resolución 58/4 de la Asamblea General del 31/10/2003 adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada en Colombia por Ley 970/2005) que se ocupa en artículo 9º de la contratación pública, con el compromiso de los Estados Parte de adoptar sistemas de contratación pública “basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones” (núm. 1º). Estos principios básicos de la contratación, reiterados por la generalidad de las legislaciones actuales, constituyen en la Convención un referente de objetivos para los Estados, quienes se comprometen a adoptar las medidas apropiadas que los realicen, para lo cual deben adoptar controles “que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”.

La orientación de la Convención es entonces preventiva, mediante mecanismos que permita evitar la corrupción, de tal suerte que no se ocupa de la definición punitiva de las acciones corruptas, sino de la identificación de los aspectos que deberán ser tratados por los sistemas de contratación nacionales para lograr *evitar la corrupción*, entre los cuales la Convención relaciona la transparencia en la adecuada y previa difusión sobre las reglas de contratación (a), la adecuada formulación de condiciones de participación en los procesos de selección de contratistas (b) y los criterios objetivos de selección (c). Estas condiciones, necesarias para la correcta gestión contractual, que buscan restringir los riesgos de corrupción en la materia, tienen complemento esencial en el deber de los Estados de adoptar “un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos ...” (d).

En la perspectiva de la Convención, la eficacia del mecanismo de control permitirá la realización efectiva del respeto de las reglas contractuales, incluyendo la “suspensión oportuna de los procedimientos de contratación o del contrato”, en el marco de los procesos de control por reclamaciones, como lo explica la *Guía técnica de la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción* de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC, p. 38).

Finalmente, la especialidad del control también está anunciada por la Ley modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). A diferencia de los anteriores instrumentos, los documentos de la Comisión no tienen un efecto vinculante material directo, sino constituyen un referente normativo técnico, a manera de *soft law*, fruto de la reflexión y trabajo conjunto de los expertos de los diversos países que participan en las comisiones especializadas, y que recogen las mejores prácticas y experiencias normativas de sus países para la concepción de un modelo de ley especializado. La orientación de la ley modelo combina así las preocupaciones de libertad de comercio junto con la prevención de la corrupción, así como las condiciones para el logro de una buena administración y una gestión contractual al servicio de los intereses generales. La ley modelo concentra así las mejores prácticas legislativas de los países y por ello se ha convertido en un referente obligado e hiper autorizado de la regulación contractual pública.

Una primera versión de la ley modelo (1994) contemplaba de manera muy limitada el control especial de contratación, además de ser facultativo. Pero la Convención ONU contra la corrupción, así como las orientaciones de las regulaciones comunitaria europea e internacional, que hemos visto, estimularon el cambio sustancial, hacia una consagración de controles especiales, acorde con los lineamientos que se ha expuesto. Así, la versión de la Ley modelo de 2011 incluye un capítulo VIII sobre los *Procedimientos de recurso*, que comprende un

“Recurso de revisión ante un órgano independiente” (art. 67 ss). Al igual que en la Convención ONU, la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo concreta la idea general del recurso (cap. VIII), destacando la importancia de los mecanismos eficaces, en concordancia con la Convención ONU y armonía con los mecanismos del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, sin una definición cerrada de los mecanismos concretos, dejado su concreción a cada Estado, según su tradición jurídica (núm. 6 y 7, pp. 351-352). En todo caso, se contempla que las disposiciones de la Guía “... deberán complementarse con reglamentaciones y normas de procedimiento detalladas a efectos de que los procedimientos de recurso funcionen efectivamente y con rapidez y eficiencia” (p. 351).

La existencia o creación de recursos eficaces para el control de los procesos de constituye así una obligación específica adquirida por Colombia mediante sus compromisos internacionales y un estándar normativo internacional, presente en otros mecanismos que Colombia no ha suscrito, pero que forma parte de las prácticas generalizadas en materia de contratación pública. De manera complementaria, la necesidad del control especial se refuerza al constatar que los medios de control tradicionales del contencioso administrativo no son pertinentes para el logro del objetivo buscado por los recursos especiales, con las características de eficiencia que ellos exigen.

### **Ineficacia de los medios de control tradicionales**

Ha sido muy comentada la abierta negativa del legislador español a trasponer en el derecho interno la directiva de recursos, al afirmar en la exposición de motivos de la Ley 30 de 2007 que los recursos no hacían parte del régimen contractual y que el ordenamiento español ya satisfacía los objetivos del recurso europeo, mediante las acciones generales contencioso administrativas. Igualmente son conocidos la sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sancionando al Reino de España, al considerar que su ordenamiento no se adaptaba a las exigencias de las directivas (Sents. 15/05/2003, C-214/00, *Comisión c. España*, y 16/10/2003 C-283/00, *Comisión c. España*, y muy especialmente sent. 03/04/2008, C-444/06, *Comisión c. España*), adaptación que estuvo finalmente incorporada en España a través de la Ley 34 de 2010, que fija el modelo actual de control con los complementos establecidos por la Ley 9 de 2017 (Maravel, 2017). Igualmente, es conocida la condena de Francia, por el mismo Tribunal europeo, por no garantizar el tiempo de latencia efectivo para la interposición y resolución del recurso, que trataremos en la segunda parte de este análisis, lo que impone impedir a la Administración suscribir el contrato mientras se decide el recurso y anular prontamente el que haya sido suscrito por violación de las reglas comunitarias de contratación (TJUE, sent. 11/06/2009, C-327/08) (L'APASP, 2019).

El control del Tribunal europeo, sobre la base de no encontrar el logro de los objetivos de eficacia por parte de las regulaciones internas de los países condenados, es indicativo de la valoración que podría realizarse en Colombia sobre el incumplimiento de los compromisos internacionales (Convención ONU contra la corrupción, TLCs), por no establecer mecanismos eficaces de control contractual en su regulación interna. Por ello, es pertinente revisar los medios de control previstos en la normatividad nacional.

Es importante destacar, a manera liminar, que las previsiones internacionales vistas no imponen la creación de un tribunal especial, sino la existencia de procedimientos eficaces de impugnación. En ese sentido, Francia no creó tribunales especiales de contratación para la transposición al derecho interno de las directivas europeas, pero sí creó en sus tribunales administrativos recursos especiales de urgencia precontractual (*référé précontractuel*) (Código de Justicia Administrativo (CJA), arts L-551-1 a 12) y contractual (*référé contractuel*) (CJA, art. L-551-13 a 23), con su equivalente en la jurisdicción ordinaria (CpC, art. 1441-1 a 3). Por su parte, la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo de la CNUDMI prevé la prescindencia del recurso especial de revisión, cuando el Estado contempla decisiones judiciales eficaces (p. 372).

### **Ineficacia de los medios de control ordinarios**

En la valoración de la eficacia de la legislación colombiana, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (Congreso de la República, Ley 1437 de 2011) se presenta en primer orden

natural. En él son pertinentes la revisión de los medios de control de nulidad simple (art. 137) y de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138). Por el primero se pretende la nulidad de un acto administrativo general, lo que sería viable frente al pliego de condiciones que incluya exigencias contrarias a la libre competencia, discriminatorias o, de manera general, ilícitas, frente a la regulación sobre su contenido, contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80/1993, art. 24.5), en la medida en que la jurisprudencia administrativa lo considera un acto de carácter general (CE, sec. III.A, sents. 27/08/2020, exp. 44.212, 04/12/2020, exp. 52.017), sec. III.B, sents. 28/09/2012, exp. 25.394, 27/03/2014, exp. 27.453; sec. III.C, sents. 27/01/2016, exp. 54.919, 31/05/2019, exp. 42.282, entre las más recientes). El carácter público de esta acción, abierta a "toda persona", exige un propósito de preservación de la juridicidad y no un beneficio individual, y por ello es restrictiva para atacar actos de contenido particular y concreto, salvo que "con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo" (CPACA, art. 137.1), lo que sería posible en la demanda de nulidad del acto de apertura del proceso de selección o su revocatoria, así como de la declaratoria desierta del proceso de selección.

Con mayor amplitud, el control mediante la nulidad y restablecimiento del derecho, destinado al control subjetivo del acto, con la consecuente reparación del daño generado por el acto ilícito, resulta pertinente frente a los diversos actos proferidos durante la preparación y el proceso de selección del contratista, como el registro de un proponente, la declaratoria desierta de un proceso, cuando se busca además el restablecimiento del derecho y/o la indemnización de perjuicios y, en primer orden, el acto de adjudicación. Por su parte, el medio de control destinado a las controversias contractuales (art. 141) será pertinente para buscar la anulación de un contrato ilícito, la nulidad de una terminación o modificación unilaterales del contrato, así como de su modificación bilateral, en la línea de las directivas europeas de 2014, que extienden el campo de control del recurso especial a las actuaciones que pueden considerarse como una nueva contratación, al modificar sustancialmente el contrato inicial, como veremos en la segunda parte de este artículo.

No obstante, pese a la variedad de estas modalidades de control previstas en el contencioso administrativo, ellas tienen en común el comportar un proceso ordinario, en el que la definición de la legalidad de las actuaciones se decide mediante la respectiva sentencia, que se producirá muchos años después de iniciada la acción, como consecuencia de la endémica mora judicial que afecta de manera dramática la justicia administrativa colombiana. Un estudio sobre sentencias de 8 años referidas a actuaciones precontractuales en el Tribunal de Cundinamarca, que incluye el Distrito Capital de Bogotá, indica un promedio entre 8 y 11 años entre la presentación de la demanda y la sentencia de segunda instancia, con un mínimo de 3 años y un caso aberrante de 17 años para la primera instancia.<sup>3</sup>

El propósito esencial preventivo de los recursos especiales de contratación, de evitar la consumación de la ilegalidad del proceso de contratación o remediarla de manera oportuna y eficaz, no podrá lograrse mediante estas vías en las que, salvo en los contratos de muy larga duración, la sentencia se profiere cuando el contrato ilícito ha terminado su ejecución hace mucho tiempo.

Los medios de control ordinarios tienen así un carácter eminentemente reparatorio, con absoluta incapacidad para evitar la ilicitud o corregirla en tiempo útil.

## Ineficacia de las medidas cautelares

La imposibilidad de lograr los objetivos de los recursos especiales de contratación lleva a valorar la pertinencia y eficacia de las medidas cautelares. Marcado profundamente por el control del exceso de poder, el contencioso administrativo tradicional estuvo orientado por el control del acto administrativo y determinado por la presunción de juridicidad que lo caracteriza, lo que generó la restricción extrema de las medidas cautelares, limitadas a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado. El antiguo Código

<sup>3</sup> Estudio de las sentencias de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y segunda del Consejo de Estado, proferidas entre el 2012-2020.

Contencioso Administrativo (Gobierno Nacional, Decreto Ley 01 de 1984) exigía una “manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas” (art. 152), lo que generó una aplicación en extremo restringida, al concebir que la ilegalidad debería aparecer evidente (CE, sec. III, auto 06/04/1989, exp. 1989-N5527), *prima facie* (CE, sec. III, auto 08/07/1990, 1990-N6326). La reforma del artículo (Gobierno Nacional, Decreto Ley 2304 de 1989, art. 31.2) restringió la apreciación de la “manifiesta infracción” “por comparación directa”, pero la jurisprudencia siguió concibiendo la demostración de una “ostensible infracción de disposiciones legales, deducible por la simple confrontación directa del acto, con la norma que se considera violada” (CE, sec. III.B, auto 10/02/2011, exp. 39.571).

La concepción original cambió con el código de 2011, al concebir éste un capítulo destinado a las medidas cautelares, ampliando las posibilidad restringida de la suspensión provisional, por el decreto de las medidas que el juez o magistrado ponente “considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” (CPACA, art. 229), contemplando así su naturaleza diversa. Las medidas cautelares pueden ser, desde entonces, *preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión* (art. 230).

En esta concepción, las condiciones para la suspensión provisional de los efectos del acto demandado se ven aligeradas, por cuanto la *manifiesta infracción* o la simple *comparación directa* de los antiguos textos fue reemplazada por “el análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud” (art. 231), lo que confiere al juez un amplio poder de apreciación (CE, sec. III.C, auto 26/11/2021, exp. 65.992<sup>4</sup>) que se ve favorecido también por la amplitud del enunciado general de las medidas cautelares del artículo 230 y los requisitos para decretarlas del artículo 231, todo lo que ha permitido al Consejo de Estado retomar los criterios amplios de cualquier medida cautelar:

“... en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho ...” (CE. SP, auto 17/03/2015, rad. 2014-03799).

El Consejo de Estado destaca, citando a Schmidt-Aßmann, que ...

“con la tutela cautelar “se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional”<sup>5</sup>, amplitud de protección que explica el que el Código actual no “establece un *numerus clausus* de medidas cautelares [y], por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica” (CE, sec. III.C, auto 13/05/2015, exp. 53.057).

El alto tribunal concluye así que ...

<sup>4</sup> “... la Ley 1437 de 2011 introdujo una variación importante en relación con los requisitos de la suspensión provisional de actos administrativos, pues mientras el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo condicionaba la medida a que la infracción de la norma superior fuese manifiesta y surgiera únicamente de la confrontación directa entre el acto demandado y los preceptos invocados en la solicitud de imposición de la medida, el actual estatuto de procedimiento administrativo presenta un régimen más flexible que: i) no exige que la vulneración o violación sea ostensible o manifiesta; ii) permite analizar no solamente las normas invocadas en la solicitud sino también las que se señalen en la demanda; y (iii) faculta al juez para adentrarse en un análisis probatorio del material aportado con la solicitud de suspensión, a fin de establecer si el acto administrativo vulnera las normas invocadas y si, en consecuencia, es procedente decretar la medida solicitada ...”. En igual sentido, CE, sec. V, [auto 24/01/2013, rad. 2012-00068-00](#).

<sup>5</sup> Nota original de la providencia: SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.

“... además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*<sup>6</sup>, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad<sup>7</sup> (*ídem.*).

En esta perspectiva, el Código enuncia de manera abierta las posibles medidas, que incluyen “ordenar que se restablezca [la situación] al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante” (art. 230, núm. 1º), “ordenar la adopción de una decisión administrativa” (núm. 4º) e “impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer” (núm. 5º), lo que conlleva una radical modificación de la competencia tradicional del juez administrativo, limitada a la anulación del acto demandado y la condena en perjuicios, sin poder prescribir conductas a la Administración, que se veían, en la concepción clásica, como injerencias impropias en las competencias de la Administración.

La extensión y flexibilización de las medidas cautelares romperían con otro paradigma del contencioso administrativo tradicional, al no restringir el control a los actos definitivos, únicos que son objeto de control de juridicidad, por cuanto se incluyó la medida consistente en “suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual” (CPACA, art. 230.2). Aun cuando el texto la restringe a casos extremos, cuando “no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción” el Legislador habilitó al juez o magistrado ponente para que “indi[que] las condiciones o señal[e] las pautas que debe observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida”.

Esta previsión abre un campo formidable en los procedimientos contractuales, por cuanto permite la suspensión de cualquiera de sus etapas, desde su génesis, por las irregularidades muy variadas, como las incorrectas fundamentaciones, estudios, autorizaciones, consultas y tantas otras exigencias para la adecuada elaboración de los pliegos, las valoraciones irregulares de las propuestas o evaluaciones irregulares de propuestas, las exclusiones o habilitaciones irregulares de proponentes en las etapas de los procedimientos de selección, las adendas irregulares, el irrespeto del cronograma establecido para el proceso contractual y tantas otras posibles actuaciones cuya ilicitud pueden resultar determinantes de la adjudicación ilícita o de su declaratoria desierta.

No obstante, esta variedad de medidas imaginables que podría ordenar el juez, cuyo sentido cautelar parece cumplir cabalmente el propósito de evitar la consolidación de una decisión administrativa ilícita, resultan esencialmente incompatibles con las condiciones básicas del contencioso administrativo y la naturaleza accesoria de las medidas cautelares.

En efecto, el Código mantiene la concepción tradicional sobre el objeto de los medios de control vinculados a los actos administrativos. Mediante ellos, el actor solicita al juez la declaratoria de su **nulidad** simple o su **nulidad** con restablecimiento del derecho, lo que también es procedente frente a “los actos proferidos antes de la celebración del contrato” (art. 141, inc. 2º). Ello significa que solo son controlables los actos definitivos que concluyan un procedimiento administrativo y definan una situación jurídica concreta. Por consiguiente, no son objeto de control judicial los actos de trámite del procedimiento, como el acto mediante el que se cierra un proceso licitatorio (CE, sec. III, autos 13/07/2000, exp. 16.753 y 15/05/2003, exp. 22.964) o el informe rendido por una comisión de evaluación de propuestas (CE, sec. III, sent. 01/10/1990, exp. N5789), o el acto mediante el cual se adoptan adendas al pliego de condiciones, en cuanto el Consejo de Estado ha considerado, con exceso

<sup>6</sup> Nota original de la providencia: Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

<sup>7</sup> Nota original de la providencia: En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

rigor formal, que lo que ha de demandarse en nulidad son los apartes del pliego modificados por la adenda (CE, sec. III, sent.20/09/2001, exp. 9.807).

El Consejo de Estado consideró así que el acto administrativo por el cual se ordena la apertura de una licitación pública con el objeto de autorizar la prestación del servicio público de transporte terrestre de pasajeros es un acto de trámite, no susceptible de control judicial, por cuanto se limita a iniciar la licitación, sin poner fin a la actuación administrativa, ni definir la situación jurídica (CE, sec. I, auto 13/12/2019, rad. 2019-00469-00). En el mismo sentido consideró que el acto de apertura “no define una actuación determinada, o que ni siquiera impid[e] continuar con dicha actuación” (CE, sec. III, auto 19/09/2004, exp. 12.279). Del mismo modo, encontró que el acto de apertura de una licitación de concesión de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) eran un “un clásico y típico acto de mero trámite que, como ya se indicó, carece totalmente de los elementos necesarios para ser considerada objeto de una acción de nulidad”, aunque contempló que podría serlo “cuando contiene decisiones sobre el fondo del asunto o que puedan afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal” (CE, S.P. sent. 14/02/2012, rad. 2010-00036-01(IJ)<sup>8</sup>), lo que puede ocurrir cuando “el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación” (CE, sec. III, auto 06/08/1997, exp. 13.495), afectación que sí encontró en la apertura de una licitación de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud (ECOSALUD), al calificarla de “una genuina decisión definitiva, que no es otra que sentar las bases mismas del proceso licitatorio: su objeto, los plazos para adelantar el proceso y los sujetos a quien está dirigido. Es por ello, que esta Sala -de antaño- ha reconocido la procedencia de la impugnación judicial autónoma de este acto”. (CE, sec. III.B, sent. 27/04/2011, exp. 16.763).

En la medida en que las medidas cautelares tienen por objeto “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” (CPACA, art. 229), todas ellas son dependientes de la causa del mismo proceso, y por ello el Código prescribe que “deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda” (art. 230). Esta dependencia esencial impide cubrir las *actuaciones administrativas* o *suspender el proceso de contratación* antes de que se profieran los actos definitivos demandables, en particular el de adjudicación o su declaración desierta, o la terminación anticipada del proceso de contratación. En efecto, cuando estos actos administrativos son proferidos por la Administración contratante, naturalmente, ya no será oportuno, ni útil (e incluso posible) suspender el procedimiento que ha concluido con el acto demandado, ni proferir otras de las medidas cautelares previstas, salvo la suspensión de los efectos de los actos definitivos demandados.

Las limitaciones de las medidas cautelares en el proceso de contratación sacan a la luz las particularidades esenciales del contencioso administrativo, centrado en las decisiones de la Administración, ilustrando con ello la particularidad de los recursos especiales de contratación, por cuanto estos rompen este el paradigma del proceso contencioso. La eficacia de los recursos especiales exige la suspensión de los procesos de contratación, mas no como medida cautelar del proceso de nulidad de la adjudicación ilegal, sino como medida de urgencia, para evitar que se profiera la adjudicación ilegal.

Y, en cuanto a la suspensión del acto administrativo de adjudicación, ella no será eficaz sino en la medida en que impida la suscripción del contrato, consecuencia de la adjudicación. Una vez ello ocurra, el daño se habrá consumado, por la estabilidad de la relación contractual, inherente al contrato mismo, como una de sus calidades esenciales de su fusión económico social, que se ve reforzada en el contrato público por la importancia de las prestaciones a ejecutar en el logro de los intereses públicos (BENAVIDES, 2019, p. 501).

Pero, además, los tiempos del contencioso administrativo tradicional se tornan incompatibles con la esencia preventiva de los recursos especiales, que justifica y explica su razón de existir. La medida cautelar se puede solicitar desde la presentación de la demanda y el juez se pronuncia sobre ella solo después de concluido el

<sup>8</sup> En igual sentido, CE, sec. III, sent. 26/04/2006, exp. 15.188.

traslado de su solicitud al demandado, para que éste se pronuncie sobre la solicitud, lo que supone que previamente se la ha notificado al demandado (CPACA, art. 233). El Legislador previó reglas de economía procesal y tiempos cortos para la agilidad del procedimiento, contemplando la notificación simultánea de la demanda y la solicitud de medida cautelar al demandado, la ausencia de recursos sobre el traslado de la solicitud, el plazo corto de cinco (5) días para que el demandado se pronuncie sobre la medida, además, paralelo e independiente al plazo para contestar la demanda; un término restringido de diez (10) días para el pronunciamiento del juez, el efecto devolutivo de la apelación contra el decreto de medidas cautelares (art. 243.5 y párrafo) su resolución en veinte (20) días (art. 236). No obstante, la sumatoria de los plazos para lograr la adopción de la medida es considerable y, sobre todo, las condiciones prácticas adicionan términos de manera importante.

Pese a la insistencia del Legislador, los plazos legales para la decisión del juez no son realmente perentorios, por la congestión judicial, y en la práctica son ampliamente desbordados. El primer pronunciamiento sobre la admisión de la demanda y la orden de traslado de la medida cautelar toma ya varios meses, fácilmente 4 o 5 en las grandes ciudades, sin contar con la necesidad del trámite del intento de conciliación prejudicial, impuesto como requisito de procedibilidad para todos los asuntos conciliables (art. 161), que puede tardar hasta tres (3) meses (art. 21, Ley 640/2001). Pese a que el requisito puede omitirse si se solicitan “medidas cautelares de carácter patrimonial” (art. 161.1), el Consejo de Estado ha considerado 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 (CE, sec. III.A, auto 14/09/2016, exp. 54762A).

Los plazos reales así extendidos impiden lograr una medida cautelar *eficaz* para evitar la consumación de los efectos de los actos y actuaciones recurridas en los procesos ordinarios, por cuanto se concretará varios meses después de la suscripción del contrato.

Finalmente, podría acudir a las medidas cautelares de urgencia, introducidas por el CPACA (art. 234), que son adoptadas por el juez o magistrado ponente “sin previa notificación de la otra parte”, cuando “se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto” para las medidas ordinarias. La reducción de los términos es importante, no solo al economizar el tiempo necesario para la notificación y traslado de la solicitud de la medida sino, además, por cuanto el Consejo de Estado ha concebido que la urgencia permite evitar también el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial (CE, SP, sent. 14/03/2014, rad. 2013-06871-01(AC)). No obstante, subsiste el término incompresible de la decisión del juez o magistrado ponente, que será igual al de la admisión de la demanda que, como se ha visto, es ya muy extenso.

El carácter inadaptado de las vías ordinarias del contencioso administrativo para el logro del control eficaz de las irregularidades en los procesos de contratación, tanto por su caracterización como por los tiempos concretos necesarios para las sentencias e incluso para la adopción de medidas cautelares, ponen de presente el incumplimiento de los compromisos internacionales de Colombia en la regulación ordinaria del contencioso administrativo. Los tratados suscritos exigen procedimientos *eficaces* y *oportunos*, como se ha visto, cuyo sentido y alcances concretos será necesario establecer, como nos proponemos explicar en el acápite siguiente.

## Decisión eficaz y oportuna

Los instrumentos internacionales destacan la eficacia y oportunidad de las medidas adoptadas en desarrollo de los recursos especiales, aspectos que resultan fundamentales para la efectividad del control sobre los procesos de contratación.

La primera directiva europea 89/665/CEE, “mucho menos leída que citada” (SANTAMARÍA, 2015, *Los recursos ...*, p. 35), establecía ya el deber de los Estados de prever “las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible ...” (art. 1.1). Por su parte, la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo de la CNUDMI establece que ...

“8. En general, el mecanismo será eficaz si ofrece la posibilidad de intervenir sin demora, suspender o cancelar el proceso de adjudicación y, en circunstancias normales, impedir que entre en vigor un contrato adjudicado mientras la controversia no se haya resuelto; la facultad de adoptar otras medidas cautelares, como imponer una paralización, o sanciones pecuniarias por incumplimiento; la facultad de otorgar alguna indemnización si ya no es posible intervenir (por ejemplo, en algunos países, una vez adjudicado el contrato), y la posibilidad de actuar con celeridad en un plazo razonablemente breve, que deberá expresarse en días y semanas en condiciones normales. Para eso también deberá comprender, como mínimo, un órgano que sustancie el recurso en primera instancia y otro que lo haga en segunda instancia.” (p. . 352)

Por su parte los TLC prevén que los proveedores deben tener un tiempo suficiente para preparar y presentar la impugnación y que los procedimientos han de contemplar medidas provisionales rápidas para preservar la posibilidad del proveedor de participar en la contratación, incluso con la suspensión del proceso, así como la fuerza obligatoria de las decisiones y las medidas correctivas e indemnizatorias.

Estas orientaciones se han incorporado y desarrollado en las legislaciones internas de los países para concretar el sentido y alcance de la *eficacia (A)* y *oportunidad (B)* de las medidas adaptadas.

## Eficacia del control

### Los contratos controlados

La eficacia se desarrolla, en primer lugar, a partir de la amplitud de los contratos objeto de los recursos. Las directivas europeas fijan umbrales de aplicación de sus reglas, al igual que el Acuerdo de Contratos Públicos de la OMC y los Tratados de Libre Comercio, con sistemas de diferenciales para los contratos de obras y los contratos de suministros de bienes y servicios y mediante la identificación de entidades de cada parte a las que se les aplicará el tratado (BENAVIDES Y ÁLVAREZ, 2016). No obstante, la eficacia del control de los recursos especiales auspicia descender los umbrales, que resultan elitistas, al restringir el control a los contratos importantes (VALCÁRCEL, 2016, p. 12), planteando incluso problemas de constitucionalidad por trato privilegiado de empresas extranjeras, como se ha puesto de presente en Perú (MORÓN, 2009), donde el umbral de 600 UIT (USD \$704.700 en 2008) para acceder al Tribunal de contrataciones del Estado (Decreto Legislativo No. 1017-2008, art. 53) generaba la restricción del control a los contratos de obra (MARTÍNEZ, 2008; BERAMENDI, 2008), cuando son los suministros y servicios los que presentan mayor litigiosidad<sup>9</sup>, además de la frecuencia de cuestionamientos sobre contratos de organismos de entidades territoriales regionales y locales. Por ello, es sensible que el umbral de la competencia del Tribunal de contrataciones peruano se haya descendido de 600 UIT a 50 UIT (USD \$69.630 en 2018) (Presidente de la República, Decreto Legislativo N° 1444 de 2018, art. 4.13).

Los umbrales se justifican por la racionalidad de poner en marcha mecanismos de control ante cierta importancia de contratos, pero no responden al derecho y necesidad de un control sobre todo contrato. En este sentido, la jurisprudencia europea ha considerado que las normas y principios del Tratado de la Comunidad Europea, entre los cuales se encuentran en primer orden los de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, no discriminación e igualdad de trato, exigen su aplicación generalizada a todos los contratos, más allá de los concernidos por las directivas:

“... aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* y *Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60) (TJCE, auto 03/12/2001, *Bent*

<sup>9</sup> Como se aprecia en las cifras estadísticas del tribunal chileno en la página Internet institucional del Tribunal de contratación pública (<https://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/>) y en el *Informe sobre la justicia administrativa 2021*, español (DÍEZ, p. 129).

*Mousten Vestergaard C-59/00, apartado 20)*” (TJCE 20/05/2010, *República Federal de Alemania contra Comisión Europea*, T-258/06 y Comunicación interpretativa de la Comisión del 01/08/2006, C 179/02).

En el mismo sentido, el Consejo de Estado español ha considerado que el tratamiento dispar entre contratos no estaba suficientemente explicado en el anteproyecto de Ley de contratos del sector público (Dictamen 514/2006) y la Ley 9 de 2017 bajó los umbrales a 3 millones de euros en los contratos de obra y 100.000 € en los contratos de suministro y servicios (art. 44.1.a), como lo han hecho también otros países europeos: Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Italia, Lituania, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Suecia o Portugal (VALCÁRCEL, 2016, p. 12). Más amplio en su tratamiento, la regulación francesa sobre el recurso especial no establece umbrales.

Por otra parte, la amplitud de los contratos sometidos al control también se concreta en los tipos de contratos incluidos. El sistema de listas de entidades que aplican los TLC determina los contratos que están sujetos al control especial. Pero ello también es contrario al principio de igualdad, así como la restricción a ciertas tipologías de contratos. La regulación interna de los Tribunales ha ido más allá de estas restricciones consignadas en los tratados de libre comercio. Así, la competencia del Tribunal chileno de contratación se encuentra incluso ampliada respecto de los contratos sobre bienes y servicios, a los que se restringe la regulación de su Ley de contratos administrativos (Congreso Nacional, Ley 19.886 de 2003), por cuanto el Tribunal de Contratación Pública tiene competencia, además, sobre los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas (art. 3.e), aunque ello no impide la exclusión de numerosos contratos especiales (ESCANILLA, 2013, p. 109), así como los muy significativos contratos de acuerdos marco de precios y sus derivados (VERGARA, 2016), cuyo número y cobertura aumentan de manera exponencial en toda Latinoamérica, así como la contratación directa, que también es generalizada en los distintos países, sin contar con la enorme frecuencia de recurrir a ella de manera irregular, como una de las principales prácticas violatorias de las reglas contractuales.

La Ley española, por su parte, enumera los contratos objeto del recurso, con la inclusión de los acuerdos marco, las concesiones de obras o de servicios y contratos subvencionados (Cortes Generales, Ley 9 de 2017, art. 44.1). De manera similar, la cobertura del recurso especial comprende en Francia las compras públicas remuneradas con una contraprestación económica (obras y suministros de bienes y servicios) o un derecho de explotación, las diversas formas de delegación de servicios públicos (CJA, art. L-551-1) y las Asociaciones Público Privadas. Más allá de las listas de contratos, la regulación panameña ilustra una cobertura generalizada, mediante la definición genérica del objeto de control en los recursos especiales de reclamo (art. 153) y de impugnación (art. 157) de su Ley 22 de 2006 de contratación pública.

La cobertura amplia de contratos de la administración y la tendencia a su extensión en las regulaciones nacionales, contribuye de manera importante a la eficacia del recurso especial.

### **Actuaciones objeto del control**

La eficacia del control está determinada también por la amplitud de las actuaciones contractuales concernidas. Desde la directiva 89/665/CEE se establecía ya la generalidad de los recursos contra las decisiones que “hayan infringido el derecho comunitario en materia de contratos públicos ...” (art. 1.1), lo que no solo comprende la adjudicación. La doctrina española identifica la jurisprudencia del Tribunal europeo que ha concretado el control generalizado sobre las diversas decisiones de las entidades adjudicatarias violatorias del derecho comunitario contractual, como la cancelación de una licitación en curso, la contratación directa irregular, la exclusión de ofertas en el desarrollo del proceso de contratación, las faltas de precisiones sobre el contrato en los anuncios de licitación, la incorporación de cláusulas contractuales en el pliego contrarias a la regulación comunitaria, así como los actos de trámite, cuando tienen incidencia determinante en la adjudicación o en su declaratoria desierta (Gimeno, 2016, p. 21).

Las distintas legislaciones nacionales establecen esta amplitud, pero algunas también conciben un tratamiento diferenciado, según las actuaciones objeto de control.

En Perú, tan solo se puede acudir al Tribunal de contratación una vez adjudicado el proceso de selección, buscando la nulidad de la adjudicación (buena Pro), sin perjuicio de que el fundamento del recurso sea la irregularidad de las actuaciones previas. Pese a la vanguardia que tuvo el país, con un Tribunal especializado para el control de los actos de preparación del contrato desde 1958, la evolución normativa ha ido en desmedro de la eficacia del control, al restringir la competencia del Tribunal de Contrataciones del Estado al control del acto de adjudicación (buena Pro) con la Ley No. 28911 de 2006, con una competencia aún más reducida definida por el Decreto Legislativo 1017 de 2008, en razón del umbral importante del valor de contratos de 600 UIT (descendido hoy a 50 UIT), al que nos referimos antes. La impugnación de irregularidades a lo largo del proceso de selección solo puede realizarse después de otorgada la buena Pro, mediante el *recurso de apelación*, lo que tiene por objeto, para la doctrina, “evitar la proliferación de recursos que interrumpan sucesiva o intermitentemente un mismo proceso ...” (MORÓN, 2022, p. 204). Pero ello restringe la efectividad del recurso mismo. Además, no son objeto del recurso todos los documentos de preparación del proceso, por cuanto están excluidas las bases (pliegos), ni los registros de participantes. En fin, el *recurso de apelación* en los procesos de cuantía inferior al umbral del Tribunal es resuelto por la misma entidad adjudicadora (Presidente de la República, Decreto Supremo N° 344-2018-E, art. 117).

La restricción del *recurso de apelación* a la adjudicación refleja la concepción tradicional del control, destinado al control de la decisión definitiva de la Administración, lo que es objeto de profunda modificación en el recurso especial, por su esencia preventiva, que implica tener la posibilidad de control sobre las actuaciones previas, con el objeto de corregirlas tempranamente.

En Costa Rica, la Nueva Ley 9986 de 2021 establece un trato diferenciado de los recursos. Por una parte, define un recurso de *objeción* contra los pliegos (art. 95) ante la Contraloría General de la República, si la licitación es mayor, o ante la Administración contratante, si la licitación es menor y, por otra parte, un recurso de *apelación*, ante la Contraloría, contra el acto de adjudicación y contra el que declare desierto el proceso, también si la licitación es mayor (art. 97), y un recurso de *revocatoria*, ante la Administración contratante, si la licitación es menor, o contra el acto final de subasta inversa electrónica (art. 99) (AGUILAR, 2014, pp. 26-28). La impugnación de las actuaciones anteriores a la adjudicación se restringe así al cuestionamiento del pliego, postergando todas los demás cuestionamientos sobre actuaciones anteriores a la adjudicación a la impugnación de esta última, con la misma lógica del recurso de *apelación* peruano. El sistema también contiene la distinción entre los contratos importantes (por su valor) atribuidos a la instancia independiente de la Contraloría, mientras los de menor cuantía quedan en la entidad adjudicadora, con restricción de la independencia en la resolución del recurso.

Como variante, en Panamá no se concibió un régimen diferenciado por el valor de las licitaciones sino por las actuaciones del procedimiento de selección. En la Ley 22 de 2006, modificada por la Ley 61 de 2017, se concibe un *recurso de reclamo*, ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, contra todo *acto u omisión* del proceso de selección anterior a su adjudicación o declaratoria desierta que se considere ilegal o arbitrario (art. 143) y un *recurso de impugnación*, ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas contra la resolución que adjudique o declare desierto el proceso de selección o el acto que rechace las propuestas o cualquier acto que afecte la selección del contratista (art. 146). El dispositivo amplía así el recurso a todas las actuaciones previas a la adjudicación y ofrece mayor objetividad por la decisión de una entidad distinta a la autoridad adjudicadora, aunque ella tenga menor independencia frente al Tribunal Administrativo de Contrataciones, como se verá más adelante.

La regulación española identifica concretamente las actuaciones objeto del control, que incluyen los anuncios de licitación, los pliegos y documentos en los que se establecen las condiciones de contratación y los actos de trámite del proceso de adjudicación, precisando que ellos deben decidir directa o indirectamente sobre la adjudicación, o determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento, o bien, producir indefensión o perjuicio irreparable

a derechos o intereses legítimos del recurrente (Ley 9 de 2017, art. 44.2). La determinación sustancial de resultado del proceso de selección por estos actos constituye una restricción importante de las actuaciones objeto del recurso, limitante de una excesiva litigiosidad por todo tipo de irregularidades formales, lo que entrabaría el procedimiento de selección y con él la esencial eficiencia administrativa. Con mayor amplitud, el régimen chileno, concibiendo también un solo recurso de impugnación, no define los actos de trámite que podrían ser objeto del recurso, por cuanto identifica su pertinencia, de manera general, “contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases [pliegos] de la respectiva licitación y su adjudicación” (Ley 19.886 de 2003, art 24).

El régimen francés contiene una restricción material diferente, por cuanto el recurso de urgencia precontractual (*référé précontractuel*) se orienta hacia los valores específicos amparados por el derecho comunitario, esto es, a la sanción del incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de concurrencia, a las que están sujetas los procesos de contratación de los poderes adjudicadores de contratos administrativos (CJA, art. L-551-1). No obstante, en la apreciación de estas obligaciones, el presidente del tribunal administrativo no solo valora la publicidad de los procesos, sino también las condiciones específicas de contratación, incluidas las condiciones que puedan ser discriminatorias, así como la valoración de la elección contraria a las reglas de competencia.

En todos los países, el recurso especial está orientado hacia la valoración del proceso de contratación y no a la solución de las controversias que puedan presentarse entre las partes por la ejecución del contrato. Por ello, el objeto del recurso se detiene en la adjudicación o en su terminación anormal. No obstante, puede ir más lejos en el tiempo, en razón de irregularidades en la selección. Para asegurar la efectividad del control, puede ser necesario anular el contrato que se suscriba con violación del régimen de contratación. En este sentido, el régimen francés prevé un segundo recurso de urgencia, esta vez contractual (*référé contractuel*) para declarar rápidamente la nulidad del contrato que ha sido suscrito violando las reglas de publicidad o concurrencia, y por ello ha de ser interpuesto en el plazo corto de 31 días después de la publicación de la decisión de atribución del contrato (CJA, art. L-551-13 ss) (CONSEIL D'ÉTAT, 2019). Buscando el mismo objetivo de efectividad de la revisión del proceso de contratación, la Ley modelo de la CNUDMI prevé, como efecto del recurso especial, la suspensión de la vigencia del contrato, cuando éste haya sido suscrito (art. 65). No previsto como objeto específico del recurso especial en España, la doctrina considera que su efecto útil implica considerar que “la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta del pleno derecho”, como lo ha entendido el Tribunal Administrativo Central, que ve en ello la consagración nacional de las obligaciones impuestas por las directivas europeas sobre el efecto su aplicación (GIMENO, 2016, p. 23).

Por otra parte, las directivas europeas de 2014 pusieron de presente que las modificaciones al contrato durante su ejecución no eran ajenas al principio de concurrencia. Cuando ellas son sustanciales pueden considerarse un nuevo contrato que no fue objeto de otorgamiento en condiciones de competencia. Por ello se han impuesto reglas para el control de su amplitud, lo que llevó a que se incluyeran en España las modificaciones contractuales como objeto del recurso, cuando no respetan las reglas legales, “por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación” (Ley 9 de 2017, art. 44.2.d), como lo había ya considerado la jurisprudencia europea (TJUE, sents. 29/04/2004, *Succhi di frutta* y de 19/06/2008, *Presstext*, apdo 34).

## Amplitud de la legitimación

Los textos nacionales definen una legitimación para interponer el recurso especial. La Ley 9 de 2017 española legitima a cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses se vean perjudicados con las actuaciones objeto del control, comprendiendo no solo sus intereses individuales, sino también colectivos, lo que ha sido entendido con amplitud, para incluir los colegios profesionales y las organizaciones de defensa de intereses de empresarios (Díez, 2012, p. 169). Con todo, la jurisprudencia nacional sigue la europea, que encuentra lícito el rechazo del recurso por no probar la afectación específica de interés del recurrente (CJUE, sent. 19/06/2003, *Werner Hackermüller*, C-249/01), lo que puede apreciarse de manera concreta, como ha ocurrido en Francia, donde no es suficiente la violación de las reglas de publicidad. El Consejo de Estado francés ha considerado que

el recurrente ha de demostrar, de manera concreta, la lesión a sus intereses, así sea indirecta, en la fase del procedimiento de selección que considera irregular (CE, sent. 03/10/2008, *Smirgeomes*). Así, no está legitimada la empresa que critica un factor de selección cuando ella obtuvo el máximo puntaje previsto, o la empresa adjudicataria, frente al incumplimiento de publicidad del contrato (CONSEIL D'ÉTAT, 2019). En Chile, la legitimación ha extendido la condición de “tener un interés actualmente comprometido” a los proveedores inscritos en el registro o habituales participantes en el tipo de contratos concernido, sin llegar a ser una acción popular (MORAGA, 2010, p. 291). De manera más genérica, la ley panameña habilita no solo a los proponentes sino también a los *interesados* para interponer el recurso especial de *reclamo* (Ley 61 de 2017, art. 143) contra los actos y omisiones anteriores a la adjudicación, lo que permite actuar a quienes no participan en el proceso de contratación por las condiciones de contratación que los excluyan irregularmente, por ejemplo. Por el contrario, la legitimación para el recurso especial de *impugnación* contra la adjudicación o declaratoria desierta de la licitación, o la exclusión de propuestas está reservada a los *proponentes que se consideren agraviados* (art. 146), lo que resulta armónico con la jurisprudencia francesa que aprecia de manera concreta el interés del recurrente frente a la fase del procedimiento de contratación que considera ilícita.

### Amplitud de la decisión de control

Desde la directiva europea 89/665/CEE se establecía ya la amplitud de la decisión para lograr la eficacia del control, comprendiendo la adopción de decisiones anulatorias respecto de la ilegalidad en que se hubiese incurrido, por cualquier actuación o decisión contraria al derecho comunitario contractual, la suspensión de las características técnicas económicas o financieras contrarias a la competencia o la suspensión del procedimiento de adjudicación (art. 2º). La Directiva 92/13/CEE, sobre sectores excluidos (agua, energía, transportes y telecomunicaciones) amplió poderes de medidas cautelares a decisiones de fondo, así como indemnizatorias. (art. 2º). Pero, lo más significativo es el cambio conceptual y sentido del control, frente al contencioso tradicional, restringido a la anulación y la indemnización del daño. La realización efectiva del control, no solo para evitar la concreción de la selección ilegal, sino también para corregir irregularidades del proceso, habilita competencias para ordenar comportamientos específicos a la Administración, recomponer actuaciones, volver atrás en el procedimiento, aunque, a diferencia del recurso administrativo jerárquico en el que la misma Administración revisa y resuelve el tema, incluso con razones de oportunidad, el recurso contractual solo debe ser control jurídico anulando lo irregular y retro trayendo el procedimiento, sin reemplazar a la administración profiriendo la decisión respectiva (VALCÁRCEL, 2016, p. 33).

El Código de Justicia Administrativa francés prescribe que “el juez puede ordenar al autor del incumplimiento [de la legislación sobre transparencia y concurrencia en los procesos contractuales] cumplir con sus obligaciones y suspender la ejecución de toda decisión que se refiera a la contratación” haciendo la salvedad que, “salvo si [el juez] estima, en consideración del conjunto de intereses susceptibles de ser lesionados y, especialmente, del interés público, que las consecuencias negativas de las medidas [ordenadas] podrían ser mayores que sus beneficios”. Además, el juez puede anular las decisiones que se refieran a la contratación o suprimir las cláusulas destinadas a incluirse en el contrato que desconozcan las obligaciones legales de transparencia y concurrencia” (art. L551-2). En España, la Ley 9/2017 establece la amplitud de la resolución del recurso especial, al prescribir que ella ...

“... se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación” (art. 57.2).

## Oportunidad del control

La amplitud del poder del juzgador en los recursos especiales plantea también el problema de la oportunidad de su ejercicio, en cuanto ha de ejercerse en tiempo útil, con un balance delicado frente al funcionamiento eficiente de la Administración en sus procesos de contratación. El ejercicio del poder efectivo en el tiempo conlleva, además, romper el principio esencial de presunción de juridicidad de la actuación administrativa, al poder suspender tempranamente el proceso de contratación. Los recursos cuestionan así la distinción clara entre los objetivos de las medidas cautelares, *como medios para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia* (CPACA, art. 229) y la sentencia misma. En otros términos, la oportunidad de los recursos genera ambivalencia entre su carácter cautelar o su naturaleza urgente, para la resolución del fondo del litigio, lo que se aprecia en el punto esencial de la suspensión generalizada de la suscripción del contrato.

## Latencia de la firma del contrato

Ley modelo de la CNUDMI es explícita en la suspensión de la suscripción del contrato: “La autoridad adjudicadora no adoptará ninguna medida que dé vigencia a un contrato en vías de adjudicación o aun acuerdo marco en vías de negociación” (art. 65.1), sin perjuicio de la posibilidad de autorizar a la entidad contratante a concluir el contrato por razones de interés general (núm. 3), como hemos visto, está previsto en Francia. La Guía para su incorporación al derecho interno explica el propósito de “impedir que entre en vigor un contrato o un acuerdo marco si hay un recurso o una apelación pendientes, con lo que se garantiza que no pueda anularse el recurso o la apelación haciendo de la adjudicación un hecho consumado” (p. 364).

La suspensión de la firma del contrato podría así concebirse como una medida cautelar, cuya pertinencia debe ser definida por el juzgador, como lo concibe la regulación chilena, al prescribir que “el Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación” (Ley 19.886 de 2003, art. 25). El Tribunal ha tenido en cuenta los factores tradicionales de buen derecho, gravedad de la ilegalidad o arbitrariedad, así como la valoración del interés público, como la ejecución del contrato que ha sido suscrito y la prestación del servicio vinculada a su objeto (VERGARA, 2016, p. 366). La valoración del Tribunal corresponde así a la realizada para decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, medida cautelar y, por naturaleza excepcional, que va en contra de la presunción de juridicidad, inherente a todo acto administrativo. No obstante, la suspensión de la suscripción del contrato no obedece a esta lógica, sino a la imperiosa necesidad de evitar la consumación de la situación irreversible con la concreción del contrato. Una vez suscrito, el contrato generará efectos que no son reversibles con su anulación, lo que genera en muchos regímenes jurídicos la ausencia de real anulación de los contratos públicos, con su efectos retroactivos, para la preservación de los intereses generales ya vinculados con su ejecución comenzada (BENAVIDES, 2019, p. 501). De hecho, el Tribunal Chileno concede raramente la suspensión del proceso (CONCHA, 2015 y 2016), con la lógica de una profecía que se cumple a sí misma, en la medida en que la ausencia de prohibición sistemática de la suscripción del contrato permite que, al momento de valorar la pertinencia de la suspensión, el contrato ya esté suscrito y, por consiguiente, sea grave para el interés público suspenderlo e imposible, concretamente, suspender el proceso previo de contratación.

A diferencia de esta concepción, la transcendencia de evitar la suscripción del contrato ha sido preocupación esencial en los dispositivos internacionales. El Acuerdo de Compras Públicas OMC concibe la variación de la posibilidad de “medidas provisionales rápidas para preservar la posibilidad del proveedor de participar en la contratación. Esas medidas provisionales podrá tener por efecto la suspensión del proceso de contratación”. Con todo, pese a la expresión del Acuerdo, las medidas serán en realidad sistemáticas, por cuanto el dispositivo contempla el deber de *consignar por escrito la justa causa para no adoptar esas medidas* (art. XVIII). El derecho comunitario marca una explícita evolución hacia la suspensión de la firma del contrato, al punto de haber sido el objeto mismo de las sanciones a España y Francia por no tener medidas eficaces que impidieran la firma del contrato y haber definido explícitamente en su directiva 2007/66/CE que “los Estados miembros garantizarán

que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso” (art. 2.3).

Las legislaciones nacionales han integrado esta regla de suspensión automática con la presentación del recurso, como se aprecia en las legislaciones española (Cortes Generales, Ley 9 de 2017, arts. 53 y 56), peruana (Congreso de la República, Ley 30225 de 2014, art. 42), costarricense (Asamblea Legislativa, Ley 9986 de 2021, art. 98) y panameña (Asamblea Nacional, Ley 61 de 2017, art. 146), donde se destaca que la ley cambió el efecto devolutivo del recurso de apelación ante el Tribunal por el suspensivo, por cuanto el antiguo permitía suscribir el contrato con la consolidación de la ilicitud (KAREN, 2018). El derecho francés, por su parte, establece que “el contrato no puede ser firmado a partir de interposición del recurso ante el tribunal administrativo y hasta la fecha de notificación al poder adjudicador de la decisión del tribunal” (CJA, art. L-551-4).

Con todo, la no suscripción del contrato puede ser altamente inconveniente en ciertos casos, y la suspensión del proceso de contratación no se presenta de la misma manera en todas sus etapas.

Los instrumentos internacionales, como las legislaciones internas, prevén un balance de costos y beneficios para determinar si la no suscripción del contrato puede comportar un sacrificio extremo del interés general, por la no satisfacción inmediata de las necesidades públicas satisfechas con el contrato. La *Guía para la incorporación de la Ley modelo de CNUDMI* advierte que la prohibición de suscribir el contrato no es absoluta:

“... es posible que por razones urgentes de interés público convenga más permitir que el proceso de adjudicación siga su curso y que entre en vigor el contrato o el acuerdo marco aunque el recurso todavía esté pendiente. [...] Se debería conciliar la necesidad de resolver con rapidez las controversias relativas a la contratación y de disponer de un mecanismo eficaz de recurso con la de amparar el interés público invocado” (p. 365).

En España, la suspensión automática puede ser levantada por el Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a la interposición del recurso (Cortes Generales, Ley 9 de 2017, art. 56.3), luego de valorar la situación, los intereses en juego y las consecuencias nocivas para el interés público de mantener la suspensión automática.

## Suspensión del proceso de contratación

Por otra parte, la suspensión del proceso no tiene el mismo manejo cuando el recurso se interpone contra una actuación previa a la adjudicación. La necesidad de evitar la suscripción del contrato no está presente en las etapas anteriores a la adjudicación y una suspensión sistemática en todos los eventos conllevaría un entrabe sistemático al procedimiento y un costo excesivo para su eficiencia. Por ello, el tratamiento en estas etapas previas es más adecuado bajo la dinámica de las medidas cautelares que, por naturaleza, no serán ni automáticas ni sistemáticas, exigiendo el balance específico de las circunstancias que las ameritan, por parte del juzgador. Así la legislación española prevé su posible solicitud, incluso antes de la interposición del recurso especial, y no las enumera de manera taxativa y cerrada, sino determina su objetivo de “corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados”, enunciando que entre ellas está “las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación ... o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”. (art. 49.1). Su carácter excepcional justifica la posibilidad de exigir una caución frente a posibles *perjuicios de cualquier naturaleza* (núm. 3) ) y la suspensión excepcional del plazo para la presentación de ofertas (núm. 4). Valoración particular que permite considerar excesiva la regulación costarricense que suspende automáticamente la etapa de recepción de ofertas y el acto de apertura con la interposición del recurso de objeción contra los pliegos de condiciones (Asamblea Legislativa, Ley 9986 de 2021, art. 96), lo que estimula obstrucciones abusivas al normal desarrollo del procedimiento.

## Término para la interposición del recurso

Por otra parte, el efecto suspensivo de la interposición del recurso no sirve de nada si el recurrente no tiene la oportunidad de interponerlo. Una vez más, los acuerdos internacionales aseguran esta posibilidad, que viene acompañada de la limitación para el recurrente de un plazo en el que puede ejercer su derecho. Los diversos TLC establecen que los recursos deben comprender *tiempo suficiente para que el proveedor prepare y presente impugnaciones por escrito, el cual en ningún caso será menor a diez (10) días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por éste*. Pero, el término de caducidad del recurso ha de estar complementado con el término de latencia correspondiente para la firma del contrato. De lo contrario, como ocurre en Chile, donde se establece la caducidad de 10 días para presentar el recurso, pero no el término de latencia para firmar el contrato, ni la prohibición de hacerlo mientras no se resuelva el recurso, la conclusión del contrato consumará la ilicitud y el recurso será ineficaz, como se ha visto. En sentido contrario, la directiva europea 2007/66/CE dispone que se *dispongan plazos suficientes para interponer recursos eficaces contra las decisiones de adjudicación*, para lo cual *la celebración del contrato consecutiva a la decisión no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles* (art. 2 bis, núms. 1º y 2º). El Tribunal europeo había entendido desde antes que la eficacia de la directiva de 1989 exigía “un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato” (sent. 28/12/1999, *Alcatel-Austria*, C-81/98). El plazo útil del recurso impone así el tiempo de latencia correspondiente para la firma del contrato.

## Plazo para resolver

La oportunidad eficaz del recurso especial también exige una decisión rápida. Si la firma del contrato se encuentra suspendida, la situación no puede prolongarse en el tiempo, no solo por la incertidumbre para los licitadores competidores, incluido el que ha sido beneficiado con la adjudicación que se impugna, sino por la afectación de la eficiencia a la que está obligada toda acción de la administración. Y si el recurso se dirige contra actuaciones anteriores a la adjudicación, y no se ha suspendido cautelarmente el proceso, las consecuencias retroactivas de la resolución del recurso a etapas ya surtidas trae inconvenientes mayores. Los TLC incluyen por ello el carácter *oportuno* de la resolución del recurso y *medidas rápidas*. La Convención ONU contra la corrupción alude al carácter eficaz, *especialmente en cuanto a celeridad ...* (art. 9). La *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo de la CNUDMI* destaca la importancia de fijar un plazo máximo de pronunciamiento sobre el recurso (No. 29 del art. 67 de la Ley modelo, p. 359). Las legislaciones nacionales establecen tiempos específicos cortos, con pocos días, para las distintas etapas del procedimiento, como la admisión del recurso, el traslado a la entidad para que allegue documentación y explique su decisión, traslado paralelo a los terceros interesados, la resolución sobre el otorgamiento de medidas cautelares, la práctica restringida de pruebas y el término para decidir (Chile, Congreso Nacional, Ley 19.886 de 2003, art. 25; Costa Rica, Asamblea Legislativa, Ley 9986 de 2021, art. 97; España, Cortes Generales, Ley 9 de 2017, art. 56; Panamá, Asamblea Nacional, Ley 61 de 2017, art. 148, Perú, Presidente de la República, Decreto Supremo N° 344 de 2018-EF, arts. 125 y 126).

La Ley 19.886 de 2003 chilena establece un plazo para dictar sentencia definitiva de 10 días, pero es un plazo relativo, por su cómputo a partir de la resolución que cita a las partes a oír sentencia (art. 25). El plazo es cerrado en la Ley 61 de 2017 panameña, al prescribir “un plazo máximo de sesenta días hábiles para resolver el recurso” (art. 148), cuyo cumplimiento se estimula, estableciendo que transcurrido éste opera el silencio administrativo negativo, por cuanto se considerará confirmada la decisión de la entidad, como ocurre también en Perú (Presidente de la República, Decreto Supremo N° 344-2018-EF, art. 133), aunque el plazo para la decisión del recurso es relativo, como en Chile. El reglamento del Código de Justicia Administrativa francés prescribe que la decisión del recurso precontractual debe producirse en un término de veinte (20) días desde su presentación (Art. R551-5).

Pero, más allá de los plazos legales, la verdadera oportunidad del recurso se aprecia en las estadísticas de funcionamiento de los tribunales. En España, se han establecido promedios de menos de un mes en casi todos los tribunales en 2016 (DÍEZ, 2016, p. 122), aunque en 2021 los resultados son menos positivos, con tres tribunales que conservan la duración promedio inferior a un mes y otros que se acercan a los dos meses, establecidos por la Ley 9 de 2017 (art. 57.5) (DÍEZ, 2021, p. 136.) No encontramos información estadística de los tribunales en América Latina, salvo una mención a la rendición de la primera cuenta del Tribunal chileno (entre 28/09/2010 y 31/10/2012) que informó un promedio de duración del proceso de 9 meses (ESCANILLA, 2013, p. 133), lo que no resulta oportuno frente a los términos de contratación. Sin duda, la reducción del término de duración de los procedimientos será por completo determinante de su oportunidad y eficiencia. La posibilidad e implementación de medios tecnológicos que permitan el trámite en línea favorecen la efectividad, como se ha auspiciado en Chile, Costa Rica, Perú, Panamá y México (MORÓN, 2022, p. 252), lo que resulta aún más sensible en países con un solo tribunal, como Chile, y Perú, aunque funcione en parte de manera desconcentrada. En España, también se propende por el uso de medios electrónicos, con el aumento importante del número de recursos interpuestos (VALCÁRCEL, 2016, p. 10).

## Tribunal independiente e imparcial

La necesidad de lograr una solución rápida a los cuestionamientos sobre los procesos de contratación con eficacia y oportunidad se complementa con otra exigencia esencial: la imparcialidad. Ella incita espontáneamente a confiar estos procesos al poder judicial. Sin embargo, como se puso de presente desde la introducción a este estudio, la orientación y funcionamiento de los procesos contencioso administrativos demandan un tiempo considerable de duración, aumentado por la dramática mora judicial de los procesos judiciales en Colombia. Frente a ello, la alternativa adoptada en Francia fue la creación de los procesos especiales de urgencia (*référé précontractuel et contractuel*) que hemos visto, confiados a los presidentes de los tribunales administrativos (CJA, arts. L551-1 a L551-24). El juez unipersonal y el trámite en única instancia (arts. L-551-3 y L-55-23) propenden por una definición rápida de los recursos. Además, su carácter urgente y especial difiere sustancialmente de los recursos de amparo (tutela, en Colombia), por su carácter esencialmente subsidiario, cuya vocación es proteger de manera inmediata derechos fundamentales cuando las vías ordinarias no permiten la protección efectiva para evitar un perjuicio irremediable, como lo establece la Carta Política colombiana (art. 86) y el decreto que reglamenta la acción (Dto. 2591/1991, arts. 1º y 5º). Los recursos urgentes son principales y su carácter especial se fundamenta en la protección particularmente eficaz, por su rapidez y por las competencias ampliadas del juez, como se ha visto antes, para corregir yerros, modificar decisiones y ordenar comportamientos explícitos a la Administración, incluido el retrotraer etapas del proceso contractual, con el objeto general de imponer la aplicación correcta de la normatividad que rige los procesos contractuales, más allá de la anulación de actos irregulares y condena por perjuicios que caracteriza al contencioso administrativo tradicional.

No obstante, la concepción jurisdiccional del recurso especial no se impone para lograr sus objetivos. Los instrumentos internacionales contemplan también la posibilidad de confiar el recurso a autoridades administrativas, con la condición de que sean independientes, e incluso a las autoridades contratantes, si se prevén controles jurisdiccionales eficaces y eficientes de sus decisiones. La opción de tribunales independientes de carácter administrativo fue adoptada en España (Cortes Generales, Ley 9 de 2017 art. 45), así como por los países latinoamericanos, a excepción de Chile, quien concibió un Tribunal de Contratación Pública de naturaleza contencioso administrativa, *sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema* (Congreso Nacional, Ley 19.886 de 2003, art. 22). La realización efectiva de las *condiciones de independencia (A)* de los tribunales exige valorar la posibilidad jurídica que reconozcales una *real autonomía* en la estructura de la Administración (*B*).

## Condiciones de independencia

La independencia de los órganos administrativos ha sido valorada por el Tribunal Europeo de Justicia a partir de la identificación de los elementos que permiten su calificación de *cuasi-jurisdiccionales* (HERNÁNDEZ, 2016). En la sentencia del 06/10/2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, originada en una cuestión prejudicial que le

fuera formulada por el *Tribunal Catalán de contratos del Sector Público*, el Tribunal europeo parte de la condición claramente administrativa del órgano, e identifica, con apoyo en su misma jurisprudencia reiterada, (1) *su condición de tercero con respecto a la autoridad que adoptó la decisión recurrida en el litigio principal*, lo que le permite establecer que (2) *ejerce sus funciones con plena autonomía*, (3) *no está sometido a vínculo jerárquico o de subordinación alguno respecto a terceros* y (4) *no recibe órdenes ni instrucciones de origen alguno*, lo que (5) *lo libera de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros* (núm. 19), además de *ejercer sus funciones con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las partes en litigio y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio*. El Tribunal europeo también destacó la importancia de que (6) *sus miembros sean inamovibles y solo puedan ser cesados por alguna de las causas expresamente enumeradas en la disposición que define condiciones del organismo* (núm. 20), y (7) *que sus decisiones son vinculantes para las partes* (núm. 23) (VALCÁRCEL, 2016).

El referente de los indicios de independencia de los tribunales especiales de contratación permite la valoración de las condiciones de los diversos tribunales, como se ha realizado en un estudio previo (BENAVIDES, 2019). Así, la *condición de tercero respecto de la autoridad contratante* no está integralmente presente en los tribunales peruano (CÓRDOBA, 2012) y costarricense, en los que un número importante de procesos contractuales, en razón de la cuantía, es objeto de control por la misma entidad autora de los comportamientos que dan origen al recurso especial. Son también sensibles las condiciones específicas de *no estar sometido a vínculo de subordinación y no recibir instrucciones de terceros*. Si bien los órganos son distintos de los que realizan los procesos contractuales y su carácter descentralizado funcional hace que sus decisiones carezcan de control jerárquico, con frecuencia subsisten vínculos fuertes frente a la administración central, que afectan su independencia. En España, se ha puesto de presente la participación creciente de funcionarios de la administración en la instrucción de los procesos de los tribunales (SANTAMARÍA, 2015, “El sistema ...”; BERNAL, 2013).

En cuanto al funcionamiento administrativo de los tribunales, es frecuente su dependencia presupuestal y administrativa de un órgano central, como ocurre en Chile respecto de la Dirección de Compra Públicas (Escamilla, 2013, p. 122), frente a lo cual es importante la existencia de rentas propias que brinden autonomía frente a los recortes presupuestales gubernamentales.

En cuanto a los miembros de los tribunales, la doctrina peruana indica las condiciones determinantes de su independencia, como las decisiones colegiadas, el mandato independiente de las instancias controladas, con periodo de mando y estabilidad de mandato, más allá del período de sus nominadores; procesos abiertos y selección de miembros a partir de múltiples nominadores, exigencia de formación y experiencia, régimen de inhabilidades y conflicto de interés (MORÓN, 2022, p. 128). En Chile, es factor determinante el que la designación de los miembros del Tribunal, a pesar de ser realizada por el Presidente de la República, se realiza a partir de ternas propuestas por la Corte de Apelaciones de Santiago, luego de un concurso (Congreso Nacional, Ley 19.886 de 2003, art. 22). Ello contrasta con el sistema peruano, que atribuye al Presidente de la República la regulación de la conformación de salas del Tribunal de Contrataciones (Congreso de la República, Ley 30225 de 2014, 59.2) y, aunque los vocales que la conforman son elegidos por un concurso público, conducido por una comisión intersectorial (art. 60), el procedimiento del concurso también es definido por decreto presidencial<sup>10</sup>. Más sensible a las orientaciones gubernamentales parece la conformación del Tribunal panameño, compuesto por tres miembros, nombrados directamente por el Presidente de la República, mediante un procedimiento establecido por el mismo Gobierno (Asamblea Nacional, Ley 61 de 2017, art. 137). El Decreto Ejecutivo No. 57-A de 2010, se reduce a establecer la selección a partir de ternas presentadas por una comisión interministerial *ac hoc* que, compuesta por ministros de Seguridad Pública, de la Presidencia y de Economía y Finanzas, o sus delegados, no ofrece ninguna independencia frente al Presidente elector.

Por otra parte, el período de elección de los miembros del Tribunal también es determinante de su independencia. El período corto de tres años en el Tribunal peruano (art. 60) no propicia una independencia

<sup>10</sup> En la actualidad, Decreto Supremo 186-2018-EF.

frente al Gobierno central, que tendrá mayor duración, y la posibilidad de renovación del período de 5 años en Panamá (art. 139), puede significar una *refrendación* de confianza por parte del Presidente elector, frente al juzgamiento permisivo de las irregularidades de la administración contratante, por parte del miembro reelegido.

Finalmente, también es determinante de la independencia las calidades exigidas a los miembros de los tribunales especiales. Los 35 años, formación de abogado y experiencia de 3 años en derecho administrativo, exigidos por en Panamá (art. 138), no ofrecen una experticia calificada suficiente. Tampoco parecen suficientes los requisitos para integrar el Tribunal peruano de formación profesional universitaria, formación especializada “en temas afines a las materias de esta ley” y experiencia de 5 años en “materias relacionadas” (art. 60.1), formación y experiencia profesionales que comprenden perfiles apenas afines a la muy especializada labor encomendada a estos verdaderos jueces de los procesos de contratación. Por ello son más apreciadas las exigencias de la Ley 9 de 2017 española para la integración del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que parten de la calidad de funcionarios de carrera, lo que indica la escogencia entre los funcionarios que gozan ya de una situación estable en la función pública, con título de licenciatura (art. 45.2), exigiendo la especificidad de licenciatura o grado en derecho solo al presidente, lo que ha sido criticado, por las decisiones en derecho del tribunal (SANTAMARÍA, 2015, “El sistema ..”, p. 69). El texto también exige una experiencia mínima de 10 años “preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública”, experiencia aumentada en el caso del presidente a 15 años (núm. 3), lo que también ha sido criticado, al no haber exigido directamente la experiencia especializada, dadas las exigencias técnicas de sus funciones. El nombramiento se hace por 6 años no prorrogables.

## Autonomía de un tribunal en Colombia

La caracterización comparada de los tribunales especiales de contratación permite identificar las distintas condiciones que serían importantes para concebir uno para Colombia. Ellas también permiten introducir las exigencias institucionales de su concepción, para determinar su viabilidad en el ámbito constitucional específico del país.

Los Acuerdos y Tratados de Libre comercio celebrados por Colombia consagran, como se ha visto, la independencia que deben tener los órganos que resuelvan los recursos con respecto de la entidad contratante o poder adjudicado, sin definir la naturaleza jurídica que han de tener. La concepción específica de los organismos y los procedimientos depende de los sistemas jurídicos de los países y sus concepciones constitucionales, con la condición de que sean *oportunos, eficaces, transparentes, no discriminatorios y respetuosos del debido proceso*, en armonía con los compromisos internacionales.

Frente a estas exigencias, no parece adecuado confiar la misión a un órgano jurisdiccional, por las mismas razones que llevaron a España a desecharlo, esto es, los altos costos de un tribunal judicial nuevo, sumado a la dificultad de adicionar una carga importante a los jueces y magistrados del contencioso administrativo, con un recurso complementario a las múltiples competencias que ya tienen. Dejando de lado el tribunal judicial, la opción de un Tribunal de carácter administrativo exige analizar las condiciones y restricciones de su autonomía, para efectos de poder cumplir con la exigencia de imparcialidad, con respecto de los órganos que adelantan los procesos de contratación.

El entendimiento de la imparcialidad de las autoridades en la estructura del Estado colombiano parte de la idea de que hay diversos grados de autonomía, dependiendo del nivel de desvinculación del organismo a las estructuras jerárquicas de la Administración. Aníbal ZÁRATE (2011, pp. 39-42) ha explicado que existen en Colombia cuatro grados de independencia de los organismos: i) el primero, que se caracteriza porque tiene una libertad en el ejercicio de la función, pero está subordinada a una estructura jerárquica, como es el caso de las oficinas o dependencias de los ministerios, ii) el segundo, que se caracterizan porque el organismo no tienen un vínculo jerárquico, ya que esta fuera de la estructura ministerial, pero carece de personería jurídica, mantenido así un enlace de supervisión con la estructura superior, iii) el tercero lo componen aquellos organismos que tienen

una autonomía administrativa, funcional y patrimonial y que no tiene un vínculo de subordinación jerárquica, además de contar con una personalidad jurídica propia y iv) el cuarto, es el nivel de independencia más fuerte que se le atribuye a los órganos autónomos y que se manifiesta en la eliminación de todos los vínculos de subordinación jerárquicos y de supervisión, sin desconocer que aun así siguen siendo parte de la estructura orgánica del Estado.

A partir de esta clasificación, el grado de independencia más deseable que podría tener un organismo para considerarlo como totalmente imparcial, es el que corresponde a los órganos autónomos, en tanto que estos se caracterizan por que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público, tienen una actuación funcional independiente en el ejercicio de las atribuciones e incluso tienen una potestad de normación que les permite determinar su funcionamiento y auto organización, como ha expuesto la Corte Constitucional (sent. C-401/01). No obstante, no hay claridad normativa, ni jurisprudencial respecto de los requisitos y condiciones que se requieren para crear un organismo de ese tipo y si estos deben ser creados mediante norma constitucional, lo que, en caso del Tribunal de contratación especial, exigiría una reforma constitucional, mediante acto legislativo. En este sentido, el artículo 113 de la Carta Política señala que *además de los órganos que integran las ramas del poder público, esto es, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, sin identificar cuáles son estos órganos autónomos e independientes, ni cuales son para que un órgano se pueda catalogar como tal.*

A lo largo de la Constitución Política se puede apreciar órganos que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público y que fueron instituidos constitucionalmente para cumplir otras funciones, tal es el caso del Ministerio Público (arts. 117 y 118), la Contraloría General de la República (arts. 117 y 119) y la organización electoral (art. 120), que se encuentran en el título V relativo a la organización del Estado. Adicionalmente, se encuentra la Comisión Nacional de Servicio Civil (art. 130) que se está en el capítulo de la función pública, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (art. 331) en la parte de organización territorial, y el Banco de la República en el capítulo de Banca Central (art. 371), organismos todos que son considerados autónomos e independientes, aunque la Constitución no los califique así expresamente.

Al igual que ocurre normativamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional tampoco ha sido explícita en lo que tiene que ver con la definición de los requisitos que se deben cumplir para crear un órgano autónomo en Colombia. Los pronunciamientos se han encaminado a enunciar cuales son los órganos autónomos que se mencionan en la Constitución Política y a abordar sus características y el alcance de su autonomía, en tanto estos se encuentran en un escenario de distribución y prevalencia funcional que hace que tengan una naturaleza única y especial, pero que al ser parte de la estructura del Estado deben observar principios como el de colaboración armónica. Entre ellos, se destaca la sentencia C-017/18, en la que la Corte abordó el alcance de la de autonomía de los órganos independientes, pues estos cuentan con una autonomía que se materializa en los siguientes aspectos: i) autonomía administrativa, que se refiere a la posibilidad de definir su organización, funcionamiento y aspectos como su estructura interna, la nomenclatura, el tipo de vinculación de sus empleados, ii) autonomía presupuestal que se refiere a la posibilidad de disponer de los medios personales y recursos financieros para manejar su presupuesto dentro de los límites señalados en la Ley y Constitución Política, y iii) autonomía técnica, que es la posibilidad de determinar su metodología de trabajo, así como los procedimientos y mecanismos para desarrollar las funciones que le fueron asignadas.

En igual sentido, al analizar la autonomía de las universidades, la Corte Constitucional (sent. C-1019/12) determinó que aquella se hace efectiva cuando las universidades públicas, sin interferencia del poder público, y particularmente del Gobierno Nacional, pueden ejercer la libertad de cátedra y de investigación, así como darse sus propios estatutos, establecer mecanismos para la designación de sus directivos y administradores y asumir la elaboración y aprobación de sus presupuestos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido similar a la de la Corte Constitucional, aunque se destaca un pronunciamiento en el que se señala que la Constitución Política de 1991, además de establecer la tri-división del

poder público, previó unos órganos para el cumplimiento de las demás funciones estatales, los cuales fueron caracterizados como órganos autónomos e independientes, creando directamente algunos de ellos y dejándole a la ley su organización y funcionamiento, tal y como es el caso de CORMAGDALENA, instituido constitucionalmente como un órgano autónomo e independiente de las ramas del poder público y que tiene un régimen especial contenido en la Ley 160 de 1994 (CE, SC, conc. 28/06/2006, exp. 1755).

Desde una perspectiva doctrinal, Fernando BRITO (2013, p. 524) ha puesto en evidencia la falta de claridad sobre la necesidad de que los órganos autónomos e independientes sean creados por acto constituyente, pues una posición señala que debido a que en el ordenamiento constitucional no existe un condicionamiento para la creación de los órganos, nada impide que puedan ser creados por el Legislador ordinario, y otra posición sostiene que estos órganos si deben ser de creación constitucional, en tanto que su creación implica el reparto del poder público, lo cual se relaciona íntimamente con la máxima del sistema de balanzas y contrapesos y con la idea de evitar la concentración del poder.

Pese a la falta de definición expresa sobre las exigencias para crear un órgano autónomo e independiente, lo cierto es que ha existido un entendimiento constante de que su origen debe ser constitucional. Así pues, con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991 se ha promulgado actos legislativos que crean órganos autónomos e independientes, tal es el caso del Acto Legislativo 01 de 2017, que creó la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición (art. 1º), la cual fue instituida como un ente autónomo del orden nacional con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio, por un periodo de 3 años de duración. Es más, cuando la Corte Constitucional (sent. C-017/18) realizó la revisión automática de constitucionalidad del Decreto Ley 588/2017, por medio del cual se organizó la comisión mencionada, señaló que no se podía predicar una insuficiente deliberación democrática, en tanto la Comisión había sido creada por Acto legislativo, no por el decreto ley, y que en este sentido, cuando se hizo la reforma constitucional, hubo varias audiencias y espacio participativos de la sociedad, en los que se abordó el tema de la creación de la comisión y de la autonomía de sus comisionados.

Otro ejemplo de este entendimiento, se puede observar cuando la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 142/1994, pues, al determinar que el Presidente de la República podía delegar en las comisiones de regulación la función de señalar las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, puso de presente que en la Asamblea Nacional Constituyente se debatió sobre la posibilidad de atribuir esa función a una autoridad técnica autónoma, para poder tecnificar la formulación de estrategias en materia de servicios públicos, pero que finalmente se optó por atribuirle esa función al Presidente.

Lo anterior se soporta en que en el informe de ponencia se propuso que para fortalecer la eficiencia y legitimidad de los servicios públicos sería conveniente establecer un organismo denominado Consejo Nacional de Servicios Públicos que tuviera la función de fijar las políticas de desarrollo, de conservación, las tarifas de los servicios públicos y que se pudiera entregar la dirección, vigilancia y control de estos a una Superintendencia. Sin embargo, dada la gran variedad de servicios públicos diferentes, y debido al gran número de municipios, se consideró que podría ser muy estricta esa decisión orgánica, por lo que finalmente se optó por el modelo actual, en el que hay una Superintendencia de servicios públicos y el Presidente es quien determina las políticas de administración y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (CC, sent. C-272/98).

Dada la falta de claridad en cuanto a los requisitos para crear un órgano autónomo, desligado de las ramas del poder público, para efectos de crear un tribunal precontractual en Colombia, es viable acudir a otros órganos que si bien hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, pueden detentar un grado de autonomía significativo, dependiendo de la definición de las características que el legislador les asigne en su respectivo acto de creación.

Es más, la opción planteada podría ser viable, si se tiene en cuenta que en ordenamientos jurídicos foráneos, como el español, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con el artículo 45 de

la Ley 9/2017, es un órgano especializado que tiene plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias y que estructuralmente se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, adscripción que, a pesar de haber sido criticada, se ha considerado que es una consecuencia lógica de ser un órgano administrativo y que su independencia se logra en la medida que el tribunal tiene plena independencia funcional (GARCÍA, 2010, p. 22).

Frente a esa posibilidad, cabe recordar que la Constitución Política de 1991 señala que el Congreso de la República tiene dentro de sus funciones la relativa a “determinar la estructura de la administración nacional y a crear [...] entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica” (art. 150.7), función que se ejerce a partir de la iniciativa gubernamental. Es más, la Corte Constitucional ha considerado que el Congreso de la República tiene la función de crear entidades administrativas y establecer sus características, como por ejemplo el grado de independencia jurídica, administrativa, técnica o financiera (sent. C-955/07).

Un claro ejemplo de lo anterior, se puede apreciar en la creación de las comisiones de regulación, pues su fundamento constitucional, además de soportarse en los artículos que regulan la intervención del Estado en la economía, se encuentra soportada en las funciones del Congreso de la República, según las cuales además de crear órganos de la administración nacional puede establecer las respectivas funciones de estos, tal y como es la función de regulación o de intervención en uno de los sectores de la economía (art. 150.7).

En este sentido, se puede apreciar que la Ley 142 de 1994 creó tres comisiones de regulación “como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio” del respectivo ramo que regulan (art. 69)<sup>11</sup>. De forma particular, la Ley 142/1994 caracterizó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como una unidad administrativa especial del orden nacional, sin personería jurídica, pero con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

Con la expedición de la Ley 1341 de 2009 se mantuvo la misma naturaleza jurídica de la comisión, pues con esta ley solo hubo un cambio de la denominación de la comisión. El cambio significativo se dio con la Ley 1978 de 2019 con la cual se pretendió renovar la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que promoviera el pluralismo informático y la protección de los derechos de los usuarios. Pese a seguir siendo una unidad administrativa especial, por primera vez, el Legislador la dotó de personería jurídica propia (art. 15), por lo que se considera que es una entidad que pertenece al sector de las tecnologías de la información y telecomunicaciones, pero que no está sujeta a un control jerárquico o de tutela de sus decisiones, pues estas solo son susceptibles de ser impugnadas vía judicial (LÓPEZ, 2021, p. 67).

Sumado a lo anterior, también se evidenció un cambio que materializó en mayor medida su autonomía, pues bajo la Ley 1341 de 2009 la comisión estaba compuesta por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones quien la presidía, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado, y tres (3) comisionados designados por el Presidente de la República, de los cuales uno debía ser ingeniero y los demás abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones o economistas. Las condiciones técnicas de los comisionados propenden por su independencia, así como el origen de su elección, con la representación de sectores diversos, técnicos y complementarios. En la Ley 1978 de 2019 se concibió la composición de la comisión en dos sesiones (art. 17): La Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales que se constituye por tres comisionados; un comisionado elegido por los operadores públicos regionales del servicio de televisión, un comisionado de la sociedad civil y otro comisionado del sector audiovisual, ambos elegidos por concurso público adelantado por universidad pública o privada acreditada por la Comisión Nacional del Servicio Civil y de alta calidad. Y la Sesión de Comisión de Comunicaciones compuesta por el Ministro de Tecnologías de

<sup>11</sup> (i) Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico; (ii) Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía; y (iii) Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.

la Información y las Comunicaciones, un comisionado elegido por el presidente de la República y 3 comisionados escogidos por concurso público realizado por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

El antecedente de la comisión permite apreciar a qué punto la facultad del Congreso de la República de *crear entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica* es amplia, en la medida que se ha entendido que este tiene gran autonomía en su configuración, razón por la cual es viable que el Congreso cree un organismo técnico que, pese a estar adscrito a algún ministerio o departamento administrativo, tenga una real independencia administrativa y técnica que le permita adoptar decisiones sin influencias políticas o de organismos nacionales y sin que estas sean revisables por otras autoridades administrativas, sino que solo sean susceptibles de un control judicial posterior.

En este sentido, el Legislador, a la hora de crear un Tribunal especial precontractual deberá tener en cuenta, como parámetros, las exigencias impuestas en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Colombia y las experiencias internacionales que existen para efectos de visualizar cómo los ordenamientos jurídicos foráneos han cumplido con exigencias internacionales similares.

Por consiguiente y en aras de dar cumplimiento a las exigencias establecidas en los TLC, el acto de creación del tribunal precontractual colombiano debe considerar que existen unos factores que determinan la independencia de estos tribunales, tal y como es el hecho de que los miembros que lo compongan sean expertos con conocimientos particulares en contratación estatal y que tengan una alta trayectoria profesional y académica; que la forma de elección no sea política y que no dependa del Gobierno Nacional; que exista una estabilidad de los miembros en el ejercicio de las funciones, en la medida que estos no puedan ser removidos, sino en casos excepcionales previstos en la Ley, y que realmente puedan durar un tiempo significativo en su cargos, para poder tener una real independencia y no estar supeditados al gobierno de turno.

La necesidad de tener en el derecho interno colombiano un recurso especial de contratación surge de los compromisos internacionales del país, en particular de los Tratados de Libre Comercio y de la Convención ONU contra la corrupción, que el país ha suscrito, y que caracterizan de manera general los *procedimientos internos de revisión de impugnaciones* contra las actuaciones de la Administración pública contratante por ser contrarias a los principios de contratación. Los compromisos de los Estados signatarios para la previsión de instancias y modalidades de reclamación las caracterizan por su *eficacia, oportunidad, transparencia, no discriminación y principio del debido proceso*, condiciones cuya concreción específica surge de la valoración de otros instrumentos internacionales, como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio y las directivas europeas sobre el control de los contratos públicos, así como la caracterización de la Ley modelo sobre la contratación pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Aunque ellas no tengan efecto normativo material para Colombia, permiten apreciar el contenido y significado concreto de los compromisos internacionales que sí ha adquirido el país, en la medida en que todos estos instrumentos plantean los mismos principios, valores y condiciones sobre los controles de la contratación pública. Además, en esta comprensión del alcance del significado de los compromisos, también son determinantes la jurisprudencia europea y los derechos internos, tanto de los países europeos que han transpuesto las directivas, cuyos regímenes jurídicos de contratación pública han ejercido influencia sobre el colombiano, como el español y el francés, como los países latinoamericanos que han concretado los controles en diversas instituciones locales.

El bagaje conceptual de los instrumentos internacionales y la regulación interna de diversos países con concepciones contractuales públicas cercanas a la colombiana indica la insuficiencia de los controles tradicionales vinculados al contencioso administrativo para el logro de las condiciones esenciales que caracterizan el control de la contratación, en particular su eficiencia y oportunidad. Más allá del problema de especialidad del control requerido, el ofrecido por el contencioso administrativo sigue marcado profundamente por la caracterización clásica del recurso por *exceso de poder* sobre la decisión definitiva de la Administración, que exige esperar su concreción y, aún más, su exigibilidad al administrado destinatario de ella, a partir de la *ejecutoria del acto administrativo*. Pese a las modificaciones y ampliación profundas de los poderes del juez administrativo, su

valoración de la licitud del acto sigue orientada por su presunción de juridicidad hacia un juzgamiento binario: licitud / ilicitud, donde las órdenes alternas y complementarias son limitadas. El contencioso administrativo sigue determinado por el cuestionamiento del acto definitivo, con exclusión del juzgamiento directo de las actuaciones de trámite, valoradas a partir de su regularidad en la decisión final juzgada. Esta condición esencial limita sobremedida la amplitud de las medidas cautelares ensanchadas por la concepción contemporánea, en razón de su dependencia de la pretensión de anulación del acto definitivo. Pero, además, ello pone de presente que el contencioso mismo se adapta mal, e incluso es incompatible, con el juzgamiento oportuno del proceso de formación de la decisión administrativa.

La caracterización concreta de la eficacia y oportunidad del control especial de la contratación indica así la necesidad de una concepción diversa al contencioso judicial tradicional. La condición esencial de urgencia del control especial revela una orientación distinta de la que inspira las medidas cautelares, por cuanto no trata de preservar la efectividad de la sentencia que define la licitud de la actuación definitiva, sino el control inmediato de la regularidad del procedimiento, para evitar llegar a la actuación ilícita. En esta orientación particular del recurso especial se ilustra en la preocupación del derecho y jurisprudencia comunitarios por evitar, de manera oportuna, llegar a la formalización y suscripción del contrato que concreta el proceso de selección del contratista. La importancia del logro de este objetivo se aprecia en la valoración de la Corte europea sobre los instrumentos concebidos por los países y su reproche llevado hasta las sentencias condenatorias por transposiciones insuficientes de las directivas comunitarias. Del mismo modo, la orientación, finalidad y exigencias de eficacia del recurso, permiten apreciar los aspectos inconsistentes de las regulaciones latinoamericanas que impiden concretar el objetivo preventivo del recurso especial.

Esta orientación general se concreta con la identificación de las condiciones esenciales y determinantes del carácter eficaz y oportuno del recurso especial, a partir de las experiencias normativas y de implementación en los diversos países, lo que permite identificar las buenas prácticas y los errores a evitar en una regulación del tema por el derecho colombiano. Las condiciones sustanciales del recurso exigen también una arquitectura institucional que permita su implementación. La rapidez, pertinencia y oportunidad del recurso se desvanecen si no se desarrolla en un contexto de imparcialidad. Con naturalidad, la inclinación espontánea se dirige a confiar al juez administrativo el recurso especial. Pero las dificultades y limitaciones prácticas, con una jurisdicción atiborrada de competencias diversas y agobiada por la congestión creciente, orienta la concepción de una autoridad administrativa independiente. Una vez más, la experiencia internacional, en particular la europea, es ilustrativa de las condiciones básicas para lograr una autoridad administrativa de naturaleza cuasi-jurisdiccional, en particular por su autonomía, que permita afirmar su carácter independiente e imparcial.

El reto complejo de deslindar la autoridad de la influencia gubernamental se anuncia complejo, en la arquitectura institucional de la Constitución de 1991, que preservó una fuerte concepción piramidal con el Presidente de la República como “suprema autoridad administrativa” (art. 189). La admisión de *órganos autónomos e independientes* a las tres clásicas ramas del poder público (legislativa, ejecutiva y judicial) (art. 113), incita a concebir su necesario origen constitucional, como parece indicarlo la jurisprudencia constitucional, aunque no de manera enfática. No obstante, un tribunal administrativo o autoridad independiente especial de contratación no exigiría el grado de *autonomía e independencia* con que se han concebido los organismos creados. Con la perspectiva del logro de sus objetivos, parece suficiente lograr que la *suprema autoridad administrativa* del Presidente de la República no comporte *tutela administrativa* en el funcionamiento del organismo que se conciba. La experiencia comparada indica su viabilidad constitucional. Del mismo modo, diversas autoridades que se han creado en Colombia con la impronta de *autonomía*, pese a su integración al interior de la estructura de la Administración, en particular las comisiones de regulación de servicios públicos y, entre ellas la evolución que ha tenido la comisión de telecomunicaciones, permiten anticipar que, por una parte el Legislador tiene amplia discrecionalidad para la creación de organismos nacionales y, por otra parte, que son determinantes para la concepción las lecciones aprendidas, nacionales y foráneas, sobre la composición del organismo y designación de sus miembros sin injerencia del Gobierno Nacional, su estabilidad y estatuto profesional, las maneras de

asegurar sus competencias técnicas especializadas, así como las condiciones administrativas y presupuestales que propendan por un funcionamiento realmente autónomo.

La identificación de las condiciones básicas que propician un funcionamiento eficaz, oportuno y autónomo de los tribunales especiales de contratación pública, concretan el referente internacional para su creación en Colombia, donde la irregularidad en los procesos de contratación no solo sigue teniendo un peso enorme en los fenómenos de corrupción, sino que materializa un disfuncionamiento de esta actividad esencial de la Administración pública, con enorme costo institucional y económico.

## Referencias

- Aguilar Arguedas, Alfredo. "Consideraciones básicas de la jerarquía impropia que ostenta la Contraloría General de la República para el conocimiento de las impugnaciones en materia de contratación administrativa". *Revista de derecho de la hacienda pública*. Vol. II. 2014, San José. Pp. 25-35.  
<https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/02/revista-derecho-02.pdf>
- Benavides, José Luis. "Tribunales y recursos especiales de contratación pública" en Germán Lozano Villegas y Juan Carlos Covilla Martínez (ed). *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2019, pgs. 500-538.
- Benavides, José Luis y Álvarez, José Manuel "Government procurement in free trade agreements in the Americas", AUDIT, MATHIAS Y SCHILL, STEPHAN (dir). *Transnational Law of Public Contracts*. Bruselas, Bruylant, 2016, cap. 7, pgs. 175-206.
- Beramendi Galdós, Gustavo. "La impugnación en la contratación pública ¿Corsi e recorsi?". Lima. *Rev. Actualidad jurídica*, 2008 (agosto) No. 177, pp. 231-233.
- Bernal Blay, Miguel Ángel. "La independencia de los órganos de recurso especial de las Entidades Locales". Página Internet: *Observatorio de la contratación pública*. 16/09/2013. Consultado el 27/02/2023] <https://www.obcp.es/opiniones/la-independencia-de-los-organos-de-recurso-especial-de-las-entidades-locales>
- Brito Ruíz, Fernando. *Estructura del Estado Colombiano y de la Administración pública Nacional*. Bogotá. Legis, 2° ed, 2013.
- Concha Machuca, Ricardo. "Causal de nulidad y efecto anulatorio: separabilidad de los actos precontractuales. Análisis crítico a base de un estudio de grupo de casos a diez años de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública". *Revista Ius et Praxis*, AÑO 21, No. 2, 2015, pp. 553-566.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v21n2/art16.pdf>
- Concha Machuca, Ricardo. "Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportada en un procedimiento ilegal", *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no. 46, 2016, pp. 287-310.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v21n2/art16.pdf>
- Conseil d'État. Congreso: *Le juge administratif et la commande publique. Dossier thématique*. 2019. Página Internet. Consultado el 27/02/2023: <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-la-commande-publique>.
- Córdova Schaeffer, Jesús. El régimen de impugnaciones en los procesos de selección: Problemas básicos sobre su interposición / En: *Gestión Pública y Desarrollo*. Nº 61, Agosto. Lima: ECB, 2012. Consultado el 27/02/2023: [https://www.academia.edu/8172164/El\\_r%C3%A9gimen\\_de\\_impugnaciones\\_en\\_los\\_Procesos\\_de\\_Selecci%C3%B3n\\_Problemas\\_b%C3%A1sicos\\_sobre\\_su\\_interposici%C3%B3n](https://www.academia.edu/8172164/El_r%C3%A9gimen_de_impugnaciones_en_los_Procesos_de_Selecci%C3%B3n_Problemas_b%C3%A1sicos_sobre_su_interposici%C3%B3n)
- Díez, SILVIA. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012.
- Díez, SILVIA (et al). *Informe sobre la justicia administrativa 2016*. Tributos, contratos públicos, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales. Madrid. Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. Consejo General del Poder Judicial, 2016. Consultado el 27/02/2023: <https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2016/06/Informe-sobre-la-Justicia-Administrativa-2016.pdf>
- Díez, SILVIA (et al). *Informe sobre la justicia administrativa 2021*. Madrid. Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. Consejo General del Poder Judicial, 2021. Consultado el 27/03/2023: [https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2021/11/Informe\\_CIIA\\_2021\\_web\\_Final.pdf](https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2021/11/Informe_CIIA_2021_web_Final.pdf)

- ESCANILLA EDUARDO. S. “El Tribunal de contratación pública en Chile. Un análisis crítico propositivo”, *Derecho público iberoamericano*. No. 2, abril 2013, pp. 103-149. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5638997.pdf>
- García-Valdecasas, Juan José. “Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”. DA. Revista documentación administrativa [En línea]. 2010, Nº 288, septiembre-diciembre de 2010. 19- 41. Consultado el 27/02/2023: <https://1library.co/document/z1djo8ez-el-tribunal-administrativo-central-de-recursos-contractuales.html>.
- Gimeno Feliu José María, *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)*, número monográfico especial (2016), Página Internet: *Observatorio de los contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Karen Solís, Licda. “Efecto del recurso de impugnación, introducido en la Ley 61”. *Revista del Tribunal: Contratación pública al día*, No. 1. Panamá, agosto 2018, pp. 22-23.
- Hernández Gonzáles, Francisco L. “Sobre la controvertida naturaleza jurisdiccional de los tribunales administrativos de recursos contractuales”, en LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO. coord.. *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 374-384. <https://contratodeobras.com/images/Sobre-el-car%C3%A1cter-jurisdiccional-de-los-TARC-Hernandez.pdf>
- L'Apasp, “Commande publique - Manquement partiel de la France à la transposition des procédures de recours offerts aux entreprises”, *Revue Collectivités et EPL*, Banque des Territoires. 16/06/2019. Consultado el 27/02/2023, 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>.
- López Amaris, Efraín Armando. *Régimen jurídico de la unidad administrativa especial dentro de la organización del Estado y su incidencia en el regulador de las comunicaciones*. Tesis de maestría en Derecho del Estado con énfasis en regulación y gestión de las telecomunicaciones. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2021. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/12f7027e-0bdb-4739-ad51-3355876def87/content>
- Marabel, Jacinto J. El carácter jurisdiccional de los tribunales de resolución de conflictos contractuales conforme a la jurisprudencia comunitaria. *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017, pp. 529-549. <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/21172/17469>
- Martínez Zamora, Marco Antonio. “El régimen de impugnaciones en la nueva Ley de Contrataciones. Reflexiones en torno a las variantes sobre la forma de disputar un proceso de selección a propósito del Decreto Legislativo No 1017”. Lima. *Rev. Actualidad Jurídica*, 2008, t. 176, julio, pp. 257-262.
- Moraga, Claudio. *Contratación administrativa*. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile, 2010.
- Morón Urbina, Juan Carlos. *El recurso ante tribunales especiales en materia de contratación pública. Instrumento participativo para preservar la integridad en las compras públicas*. Valencia. Tirant lo blanch, 2022.
- Morón Urbina, Juan Carlos. “La inconstitucionalidad del régimen de impugnaciones en la Ley de Contrataciones del Estado”. Lima. *Rev. Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica*, 2009, t. 182, enero, pp. 19-21.
- Redacción. *Diario Jurídico.com*. El recurso especial en materia de contratación: adendas y modificaciones a través de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (Página Internet del 01/03/2018. Consultado el 27/02/2023: <https://www.diariojuridico.com/recurso-especial-materia-contratacion-ley-contratos-sector-publico/>)
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Pamplona. Aranzadi, 2015.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. “El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales”. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Núm. 32. 2015, pp. 41-78. <https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.32.Juan-Alfonso-Santamaria-Pastor.pdf/4f2af410-3902-ce7d-cbdd-6acc1d632756>
- Valcárcel Fernández, Patricia. “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 de la Asociación Española de Profesores de Derecho*

Administrativo. Página Internet (05/02/2016). Consultado el 27/02/2023: <https://contratodeobras.com/images/Análisis-de-ls-rasgo-y-peculiariddes-Valcarcel.pdf>

Vergara Blanco Alejandro. "Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento", *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. No. 46. Valparaíso, julio 2016, pp. 347-378.

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512016000100011](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000100011)

Zárate Pérez, Anibal. *L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative Colombie, France, États Unis*. Tesis doctoral. París: Universidad Panthéon-Assas, 2011. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/b089816f-5d9b-456d-abfa-e83daecfe19/content>