

El recurso en materia de contratación ante tribunales especializados en España y América Latina

Juan Carlos Morón Urbina

Tesis doctoral UDC / 2020

Directores: Jaime Rodríguez-Arana y Juan José Pernas García

Tutor: Juan José Pernas García

Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano



DEDICATORIA

Como principio y fin, a Dios y su misericordia.

A la memoria de D. José Luis Meilán Gil (1933-2018), maestro administrativista, forjador de generaciones y promotor de innumerables reflexiones en los doctorandos de La Coruña, uno de cuyos ejemplos es esta modesta tesis.

A mis padres, Consuelo y Carlos, ejemplos de vida.

A mi esposa, Farah, y a nuestras hijas, Farah y Fátima, proyección de nuestras vidas.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradecer al director de esta tesis, profesor Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, por guiar la senda de esta investigación, animarme en los momentos difíciles y estar presente siempre aun a la distancia.

A todos los profesores del Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano, quienes me apoyaron en este camino de la investigación doctoral que cierra un ciclo en mi formación académica y abre otros nuevos.

A mi familia, por impulsarme a dedicarle el tiempo necesario a la presente investigación, sabedores que era una aspiración personal, y que espero sirva de ejemplo para mis hijas.

RESUMEN

La presente tesis aporta a la investigación del recurso de apelación en materia de contratación pública, partiendo de la idea central que ha alcanzado una madurez suficiente para ser considerada una institución necesaria en los ordenamientos nacionales, conforme lo ha propuesto, recomendado y, en su caso, lo viene exigiendo el Derecho internacional de las contrataciones públicas.

En esta institución convergen dos aspiraciones diferentes: la búsqueda de apertura de los mercados locales a la competencia igualitaria de proveedores de otros países (expresado en las convenciones y documentos de integración comercial) y, de otro lado, la procura de mejorar la transparencia y la probidad en las compras públicas (expresado en los tratados internacionales sobre anticorrupción). La presente tesis parte de este núcleo central y promotor del recurso de apelación en materia de contratación para apreciar y valorar cómo es que el Derecho internacional ha influenciado en los últimos años en los ordenamientos hispanoamericanos para crear recursos de apelación y tribunales administrativos y judiciales especializados.

A través de las investigaciones hemos podido constatar cómo en España y en América, por caminos distintos, se ha coincidido en la necesidad histórica de incluir, y luego de hacer más eficiente, el recurso en materia de contratación. La evolución separada –casi podríamos decir a espaldas uno de la otra en esta materia– ha impedido reconocer problemas comunes, regulaciones en unos casos cercanas y en otros diametralmente opuestas, pero que merecen ser comparadas ya que pueden enriquecer recíprocamente las experiencias de ambos lados.

A lo largo del trabajo precisamente hemos puesto frente a frente las exigencias del Derecho internacional de las contrataciones públicas para esta institución con las realidades normativas de los países de Hispanoamérica sobre cómo se estructuran los órganos de recurso de apelación, las características comunes del sistema para su mejor eficacia, las experiencias de legitimidad existentes, y los poderes restitutivos y compensatorios de los órganos de los recursos.

RESUMO

Esta tese contribúe á investigación do recurso en materia de contratación pública baseándose na idea central de que alcanzou a madurez suficiente para ser considerada unha institución necesaria na normativa nacional, como se propón, recomendou e, no seu caso, está a ser esixido pola lei internacional dos contratos públicos.

Converxen nesta institución dúas aspiracións diferentes: a busca de apertura de mercados locais á igualdade de competencia de provedores doutros países (expresada en convencións e documentos de integración comercial) e, por outra banda, o intento de mellorar a transparencia e probidade na contratación pública (expresada en tratados internacionais contra a corrupción). A presente tese parte deste núcleo central e promotor do recurso de apelación en materia de contratación para apreciar e valorar a influencia do dereito internacional nos últimos anos nas ordenanzas latinoamericanas para crear recursos de apelación e tribunais administrativos e xudiciais especializados.

A través das investigacións podemos comprobar como en España e en América, por diferentes camiños, acordouse a necesidade histórica, incluír e, despois de facer máis eficiente, o recurso en materia de contratación. A evolución separada - case poderíamos dicir entre nós nesta materia - impediu recoñecer problemas comúns, regulacións nalgúns casos próximos e noutros, diametralmente opostos, pero que merecen ser comparadas xa que poden enriquecer as experiencias de ambas partes.

Ao longo do traballo precisamente afrontamos os requisitos do dereito internacional de contratación pública desta institución coas realidades normativas dos países latinoamericanos

sobre como se estructuran os órganos de apelación, as características comúns do sistema para os seus unha mellor eficacia, as experiencias de lexitimidade existentes e os poderes restauradores e compensatorios dos órganos de recursos.

ABSTRACT

This Thesis contributes to the investigation of the appeal in public procurement material based on the central idea that it has reached sufficient maturity to be considered a necessary institution in national regulations, as proposed, recommended and, where appropriate, it is being demanded by the international law of public contracts.

Two different aspirations converge in this institution: the search for opening of local markets to the equal competition of suppliers from other countries (expressed in conventions and trade integration documents) and, on the other hand, the attempt to improve transparency and probity in public procurement (expressed in international anti-corruption treaties). The present thesis starts from this central nucleus and promoter of the appeal resource in contracting matters to appreciate and assess how international law has influenced in recent years in Latin American ordinances to create appeals and specialized administrative and judicial courts.

Through the investigations we have been able to verify how in Spain and in America, by different paths, the historical need has been agreed, to include and, after making more efficient, the resource in terms of contracting. The separate evolution - we could almost say with one another in this matter - has prevented recognizing common problems, regulations in some close cases and in others, diametrically opposed, but that deserve to be compared as they can enrich the experiences of both sides.

Throughout the work we have precisely faced the requirements of international public procurement law for this institution with the normative realities of the Latin American countries on how the appeal bodies are structured, the common characteristics of the system

for their better effectiveness, the existing legitimacy experiences, and the restorative and compensatory powers of the resource bodies.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	21
CAPÍTULO I	
LA REVISIÓN DE ADJUDICACIONES COMO ESTÁNDAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS CONTRATACIONES	
1. El Derecho Administrativo global o transnacional a partir de los derechos administrativos nacionales.....	26
2. Las organizaciones internacionales productoras del Derecho Administrativo global.....	28
3. Las formas externas de actuación del Derecho Administrativo global: tratados internacionales, normativa derivada de organismos internacionales y <i>softlaw</i>	32
4. La influencia sobre la actividad y la organización administrativa.....	35
5. La conformación del Derecho internacional de las contrataciones administrativas.....	38
5.1. El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio.....	41
5.2. Las directivas y normativa emanada de los organismos multilaterales como el Banco Mundial, el PNUD, entre otros.....	43
5.3. Los acuerdos bilaterales o plurilaterales de integración, de libre comercio y de protección de inversiones.....	43
5.4. Los tratados anticorrupción.....	44
5.5. Los instrumentos de <i>softlaw</i> en materia de contrataciones.....	46
6. Los tratados de libre comercio como fuente desde el Derecho internacional de las contrataciones: el caso peruano.....	47
6.1. Aspectos generales de los tratados de libre comercio.....	47
6.2. Visión panorámica de los tratados de libre comercio en el Perú con capítulo dedicado a compras públicas.....	48
6.3. La normalización de las compras públicas del Perú a partir de los tratados de libre comercio vigentes.....	51

6.3.1. El principio de trato no menos favorable que el nacional (trato nacional) al proveedor de otros países.....	52
6.3.2. Principio de transparencia en la contratación pública.....	55
6.3.3. Reglas particulares de procesos de selección: condiciones de participación, especificaciones técnicas, pliegos de condiciones.....	57
6.3.4. Procedencia de la contratación directa como excepción.....	58
6.3.5. Tratamiento de la información de los postores (transparencia, acceso a terceros y confidencialidad).....	60
6.3.6. Principio de probidad y políticas anticorrupción.....	60
7. La relevancia de los recursos contra las adjudicaciones ilegales en el Derecho internacional de las contrataciones.....	61
7.1. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	63
7.1.1. Los instrumentos de control interno en las contrataciones administrativas y el recurso de apelación en particular.....	64
7.1.1.1. Los diversos elementos del control administrativo sobre las compras públicas.....	67
7.1.1.2. Las variedades del control sobre la gestión contractual en el Perú.....	69
a) Por el agente de control.....	69
b) Por el criterio del control.....	69
c) Por su activación.....	73
d) Por la oportunidad o momento del control.....	74
7.1.1.3. Los controles interno y externo en las compras públicas y sus relaciones con los controles posterior y preventivo.....	75
a) El control interno sobre las contrataciones públicas.....	75
b) El control externo sobre las contrataciones públicas.....	77
c) El control concurrente en los procesos de selección.....	78
7.1.2. Las prácticas corruptas en contrataciones que ameritarían ser controladas preventivamente mediante el recurso.....	79
7.1.3. Las condiciones que debe poseer el recurso para satisfacer exigencia de eficacia según la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.....	83

7.2. El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio.....	84
7.3. En la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública (2011) y las bases para la eficacia del sistema de recursos.....	87
7.4. Las Directivas de la Unión Europea sobre los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos.....	92
7.4.1. La Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989.....	93
7.4.1.1. Legitimidad amplia para interponerlo.....	95
7.4.1.2. Competencias suficientes de las autoridades que participan en el sistema de recursos.....	95
7.4.1.3. Capacidad para dictar medidas cautelares de suspensión de los procedimientos de adjudicación.....	97
7.4.1.4. Independencia de la autoridad competente.....	97
7.4.1.5. Debido procedimiento contradictorio antes de emitir la decisión.....	99
7.4.2. La Directiva 92/13/CEE de 25 de febrero de 1992 del Consejo de las Comunidades Europeas.....	99
7.4.3. La Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.....	101
7.4.3.1. El plazo de espera o suspensivo de la adjudicación (<i>standstill</i>).....	102
7.4.3.2. La ineficacia del contrato adjudicado ilegalmente.....	105
7.4.3.3. Otras medidas de tutela restitutiva contempladas en la Directiva en caso de mantenimiento del contrato ilegalmente adjudicado.....	107
7.4.4. Los tratados de libre comercio como fuente del sistema revisión de adjudicaciones. El caso peruano.....	107

CAPÍTULO II

LOS MODELOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE ACTOS PRECONTRACTUALES EN HISPANOAMÉRICA

1.	La ausencia de un modelo único de control administrativo en el Derecho internacional de las contrataciones.....	112
2.	La autonomía y la imparcialidad como factores indispensables en la autoridad que conoce de los recursos contractuales.....	118
2.1.	¿Qué comprende las exigencias de autonomía e imparcialidad en esta materia?.....	118
2.2.	La tendencia a la automatización de funciones especializadas en la organización administrativa contemporánea.....	119
2.3.	Las técnicas organizativas posibles para alcanzar la autonomía de la función de control de los actos precontractuales.....	125
3.	Panorama general en Hispanoamérica de los sistemas de recursos contra los actos formativos del contrato: entre la solución judicialista y la de órganos unipersonales o colegiados especializados.....	131
3.1.	El modelo judicialista de control de recursos en materia de contratación.....	131
3.2.	El modelo de control administrativo de recursos en materia de contratación.....	132
4.	El caso argentino: el sistema de recursos administrativos previo y posterior contencioso-administrativo.....	136
5.	El caso Costa Rica: los recursos de objeción y de apelación/revocatoria ante la Contraloría General de la República.....	138
6.	El caso chileno y la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública.....	146
7.	El caso de Panamá y el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.....	154
8.	El caso de Nicaragua y los recursos administrativos especiales ante la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República.....	158
9.	El caso paraguayo y las protestas ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.....	162
10.	El caso mexicano y la instancia de inconformidad.....	166

11. El caso uruguayo y los recursos ordinarios con particularidades en materia de contratación.....	172
12. El caso peruano y el tribunal administrativo de contrataciones más antiguo de la región.....	175
12.1. Las observaciones a las bases del proceso ante la entidad y el OSCE.....	177
12.2. El recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.....	183
12.2.1. Fase 1: de 1958 a 1961.....	183
12.2.2. Fase 2: de 1961 a 1981.....	184
12.2.3. Fase 3: de 1981 a 1997.....	186
12.2.3.1. El Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP: los recursos en materia de obras públicas.....	186
12.2.3.2. El Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales para el sector público.....	188
12.2.3.3. El Reglamento General de las Actividades de Consultoría.....	188
12.2.4. Fase 4: de 1997 a la actualidad.....	189
12.2.5. El modelo original de la Ley N° 26850 y su Reglamento.....	191
12.2.6. La Ley N° 28267 del 1 de julio del 2004 y el inicio del debilitamiento del sistema de recursos.....	193
12.2.7. La modificación vía reglamentaria por medio del Decreto Supremo N° 148-2006-EF de 22 de septiembre de 2006.....	194
12.2.8. La Ley N° 28911 y la centralización de los recursos en el Tribunal de Contrataciones del Estado.....	195
12.2.9. El Decreto Legislativo N° 1017 y el esquema actual de recursos a partir de la Ley de Contrataciones del Estado.....	196
12.2.10. En resumen: el modelo actual del recurso de apelación.....	197
12.3. Los otros instrumentos de control de los actos precontractuales.....	208
12.3.1. La denuncia por actos de corrupción en contrataciones ante el titular de la entidad.....	208
12.3.2. La denuncia ante OSCE.....	209

13.	La valoración de los modelos existentes desde la perspectiva del Derecho internacional de las contrataciones.....	210
13.1.	La autoridad competente para conocer los recursos en materia de contratación: ¿modelo jurisdiccional o administrativo?.....	211
13.1.1.	Los tribunales administrativos especializados en Perú y Panamá.....	211
13.1.2.	Las contralorías generales como autoridades de control de contrataciones: Costa Rica y Nicaragua.....	213
13.1.3.	Los organismos de control dependientes del Poder Ejecutivo.....	218
13.1.4.	La presencia del modelo jurisdiccional en la región.....	219
13.2.	¿Uno o varios recursos contra los actos formativos del contrato reputados ilegales?.....	221
13.3.	¿Los umbrales económicos para diferenciar competencias y recursos en materia de contratación?.....	223

CAPÍTULO III

LAS CARACTERÍSTICAS JURIDICAS ESENCIALES DEL RECURSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

1.	El efecto útil como expresión del principio de eficacia del sistema de recursos.....	226
1.1.	La eficacia del diseño de los recursos según el Derecho internacional de las contrataciones.....	226
1.2.	El efecto suspensivo del recurso sobre el acto de contratación recurrido.....	230
1.2.1.	El problema del efecto suspensivo o no del recurso en materia de contratación.....	230
1.2.2.	El efecto suspensivo de los recursos en el Derecho internacional de la contratación pública.....	233
1.2.3.	El efecto suspensivo del recurso en los ordenamientos de España y de América.....	237
1.3.	La admisión del recurso extemporáneo por razones de corrupción o fraude.....	244
1.4.	La celeridad de la tramitación del recurso.....	246
1.5.	La eficacia en la ejecución de la decisión del órgano de control del recurso.....	248
2.	La tendencia expansiva del ámbito objetivo del recurso en materia de	

contratación.....	251
3. El tiempo suficiente para preparar y presentar la impugnación, y el necesario acceso al expediente de la licitación.....	254
3.1. El tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación y el necesario acceso al expediente de la licitación en el Acuerdo OMC.....	257
3.2. El tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación, y la información de oficio en el Acuerdo OMC.....	259
3.3. Aspectos generales del acceso a la información pública.....	264
3.4. ¿Qué información es accesible al ciudadano por medio de este derecho?.....	267
3.5. El acceso a la información durante los procesos de selección y cómo configurar su ejercicio.....	268
3.6. La legitimidad de quien solicita el acceso a la información.....	271
3.7. La oportunidad en que ese derecho se puede ejercer dentro del curso del proceso de selección.....	272
3.8. La información de las entidades objeto del pedido de acceso durante el proceso licitatorio: privada presentada voluntariamente al proceso y privada protegida por su naturaleza confidencial.....	276
3.9. La confidencialidad de la información de secreto comercial presentada por el postor en su oferta.....	278
3.10. El caso peruano: el tratamiento de la información confidencial suministrada por los postores a las entidades.....	285
3.11. La calificación de secreto de la información presentada y los supuestos que esto conlleva.....	287
4. El debido procedimiento y la participación de los interesados en el procedimiento del recurso en materia de contratación.....	291
4.1. Aspectos generales del debido procedimiento del recurso en el Derecho internacional de las contrataciones.....	291
4.2. Las garantías mínimas para asegurar el debido procedimiento en el recurso.....	293
4.2.1. El contradictorio: la exigencia que la entidad contratante responderá por escrito la impugnación.....	293

4.2.2. El derecho de los participantes a ser oídos antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación.....	294
4.2.3. Los participantes tendrán derecho a ser representados y estar asistidos.....	296
4.2.4. Los participantes tendrán acceso a todas las actuaciones.....	296
4.2.5. El órgano de revisión formulará sus decisiones o recomendaciones por escrito y a su debido tiempo, e incluirá una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación.....	296
5. La garantía de indemnidad (tutela judicial efectiva).....	297
5.1. La garantía de indemnidad para el recurrente en el Derecho internacional de la contratación pública.....	297
5.2. La exigencia de garantizar el recurso como expresión de la transgresión a la garantía de indemnidad.....	299
5.2.1. La temeridad y la mala fe procesal y el acceso al recurso de revisión administrativa.....	299
5.2.2. El equivocado modelo preventivo de tratamiento de los recursos temerarios o maliciosos adverso a la garantía de indemnidad.....	302
5.2.3. El modelo represivo contra recursos temerarios o de mala fe: la sanción administrativa (España, Uruguay, México y Perú).....	314
6. La gratuidad o mínima onerosidad del procedimiento del recurso.....	319
6.1. La gratuidad como principio en los procedimientos administrativos, particularmente del recurso.....	320
6.2. La gratuidad en el recurso en materia de contratación.....	321
7. La transparencia como regla y la confidencialidad como excepción en el procedimiento del recurso.....	324

CAPÍTULO IV

LA LEGITIMIDAD ACTIVA EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE ACTOS PRECONTRACTUALES

1. La legitimidad en los recursos en materia de contratación administrativa: ¿interés individual o supraindividual?.....	326
2. La legitimidad para recurrir actos precontractuales en el Derecho internacional de las contrataciones.....	331

3.	La legitimidad activa en los modelos de control de actos precontractuales en Hispanoamérica: Chile, Perú, Costa Rica, Panamá, Paraguay y México.....	337
3.1.	La legitimidad activa ante el Tribunal de Contratación Pública de Chile.....	337
3.2.	La legitimidad activa para plantear recursos de objeción y de apelación ante la Contraloría General de la República en Costa Rica.....	338
3.2.1.	La legitimidad activa para proponer recurso de objeción contra las bases de los procesos.....	339
3.2.2.	La legitimidad activa para proponer recurso de apelación contra la adjudicación del contrato.....	342
3.3.	La legitimidad activa en el caso del recurso especial en materia de contratación de España.....	343
3.3.1.	Aspectos generales de la legitimidad en el modelo español.....	343
3.3.2.	El concepto de interés legítimo como eje para la determinación de la legitimidad para presentar el recurso especial en materia de contratación.....	346
3.3.3.	Legitimidad del licitador concurrente.....	347
3.3.4.	Legitimidad del potencial licitador.....	348
3.3.5.	Legitimidad del licitador excluido.....	348
3.3.6.	Legitimidad de integrante de una unión temporal de empresas.....	350
3.3.7.	Legitimidad de sujetos que no participaron en la licitación.....	351
3.3.8.	Legitimidad <i>ex lege</i> : el concejal con votación adversa a los actos y acuerdos impugnados.....	354
3.4.	La legitimidad activa para promover el recurso de nulidad en Nicaragua.....	355
3.5.	La legitimidad activa para promover protestas en Paraguay.....	356
3.6.	La legitimidad activa para promover la inconformidad ante la Secretaría de la Función Pública en México.....	357
3.7.	La legitimidad activa para promover el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones de Panamá.....	359
3.8.	La legitimidad activa en las observaciones a las bases y en la apelación ante el Tribunal de Contrataciones peruano.....	359
3.9.	El caso colombiano: la acción popular de moralidad en materia de contratación.....	364

3.9.1. Las acciones populares en el Derecho Administrativo colombiano.....	364
3.9.2. La moralidad administrativa, derecho colectivo protector de la correcta contratación estatal.....	366
3.9.3. Las características jurídicas de la acción popular en particular.....	368
3.9.4. Una particularidad relevante pero dejada de lado: el incentivo económico en las acciones populares sobre moralidad administrativa.....	372
4. El sometimiento voluntario a los pliegos y a los actos previos a la adjudicación como límite a la legitimidad para recurrir actos del proceso de selección.....	374
4.1. La prohibición de ir contra los actos propios como sustento de la regla del sometimiento voluntario.....	375
4.2. Las condiciones que tendrían que converger para aplicar esta teoría.....	377
4.2.1. La posibilidad efectiva de recurrencia previa para el postor.....	377
4.2.2. El cuestionamiento no verse sobre la ilegalidad de una regla del proceso.....	379
4.2.3. Que la regla objeto de cuestionamiento permita una interpretación unívoca y que esta será conforme a derecho.....	379
4.2.4. La inexistencia de dolo por parte de la autoridad administrativa convocante que pretenda alcanzar la pervivencia de la regla indebida.....	380
5. La valoración de las opciones de legitimidad para activar el control administrativo en la formación del contrato.....	381

CAPÍTULO V

LOS PODERES DECISORIOS DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE ACTOS PRECONTRACTUALES ILEGALES

1. Relevancia de los poderes asignados al órgano de control sobre los actos precontractuales.....	385
2. Los poderes de restablecimiento de la legalidad transgredida y de resarcimiento del control administrativo sobre actos precontractuales en el Derecho internacional de las contrataciones.....	387
3. Poderes de restablecimiento de la legalidad transgredida por actuaciones indebidas o la tutela restitutiva del postor.....	393

3.1.	La declaración de ilegalidad de la actuación incurrida.....	393
3.2.	La invalidación de la actuación recurrida y el reenvío a la propia autoridad Contratante.....	395
3.2.1.	La competencia meramente revisora del órgano de control.....	395
3.2.2.	¿Puede declararse la nulidad a partir de vicios no invocados por el impugnante?.....	400
3.2.3.	¿Puede proseguir el proceso pese a la existencia de vicios, pero de trascendencia menor o no relevante?.....	402
3.3.	La retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la comisión del vicio..	405
3.4.	La imposición de obligaciones de hacer a la entidad convocante.....	406
3.5.	La sustitución del acto inválido por la decisión conforme a derecho y la declaración de situación jurídica en favor de los postores.....	407
3.6.	La nulidad total del procedimiento de selección.....	409
3.7.	La ineficacia y liquidación del contrato adjudicado indebidamente.....	409
3.8.	Los efectos indirectos negativos sobre la gestión administrativa del poder invalidante.....	411
3.8.1.	Los efectos negativos de la competencia invalidatoria sobre el proceso de selección.....	412
3.8.2.	Los efectos negativos del ejercicio de la competencia invalidante sobre un contrato en ejecución.....	414
3.9.	Las sanciones alternativas a la ineficacia del contrato antecedido de un procedimiento viciado: multas y reducción del plazo del contrato vigente.....	418
4.	El poder resarcitorio por los actos ilegales precontractuales o la tutela resarcitoria en favor de los postores afectados.....	419
4.1.	La competencia resarcitoria en el derecho internacional de las contrataciones.....	420
4.2.	Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado por su accionar ilegal en los procesos de selección.....	426
4.2.1.	La acción o hecho dañoso.....	426
4.2.2.	Los daños producidos: los costos de participación y la pérdida de oportunidad.....	427
4.2.3.	La relación de causalidad entre la acción y el daño: debilitada porque se exige solo posibilidad real de haber sido adjudicatario.....	428

4.3.	La pérdida de chance como daño al postor afectado.....	429
4.3.1.	Aspectos generales de la doctrina de la pérdida de oportunidad o de chance.....	431
4.3.2.	La pérdida de oportunidad del postor en materia de contratación pública.....	432
4.4.	Aplicaciones de la pérdida de chance en protección de los postores en el Derecho comparado de las contrataciones.....	434
4.4.1.	La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones español.....	435
4.4.2.	La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones chileno.....	438
4.4.3.	La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones colombiano.....	441
	CONCLUSIONES.....	447
	BIBLIOGRAFÍA FUNDAMENTAL.....	465

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como centro de investigación el “recurso de apelación en materia de contratación pública”, al cual consideramos una institución consolidada en el Derecho internacional de la contratación pública y en proceso de perfeccionamiento en diversos ordenamientos nacionales de Hispanoamérica.

La elección del tema tuvo su origen en varias constataciones relevantes. La primera constatación fue que diversos componentes del Derecho internacional de las contrataciones proponen al recurso como un elemento fundamental para alcanzar la transparencia y la competencia en las compras públicas. En efecto, durante los últimos años este instituto ha sido recomendado globalmente de manera convergente por el Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la Organización Mundial de Comercio, los Acuerdos de integración económica y comercial, dirigidos a crear mercados comunes y acuerdos de libre comercio (comúnmente llamados tratados de libre comercio), las directivas de la Unión Europea, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción así como, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y su Guía para la incorporación al derecho interno. Desde esa perspectiva podemos afirmar que el recurso en materia de contratación es un producto impulsado por la globalización jurídica.

La segunda constatación empírica fue que esta institución presenta orígenes, evoluciones y regulaciones paralelas tanto en América como en España. Tan es así que no ha sido posible ubicar en España algún estudio comparado o siquiera referencia sobre los tribunales de contratación americanos pese a que, por influencia del Derecho anglosajón, existen tribunales especializados en recursos contractuales en Perú desde 1961, en Chile desde 2003 y en Panamá desde 2006, cuando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales fue creado por la Ley 34/2010. A su vez, en América no es muy distinta la realidad, pues cada tribunal ha seguido su evolución –y en algunos casos, su involución– de manera inconexa, aislada y, menos aún, valorando la interesante experiencia española.

A lo largo de la presente investigación cada tema partirá de los fundamentos que el Derecho internacional de las contrataciones propone como recomendable o exigible, según el caso, luego ingresaremos a analizar los diversos caminos que han tomado los ordenamientos hispanoamericanos al respecto, valorando aquello que consideramos más adecuado para fortalecer la eficacia del instituto. En este punto hemos seleccionado como emblemáticos:

- El caso Costa Rica: los recursos de objeción y de apelación/revocatoria ante la Contraloría General de la República.
- El caso chileno y la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública.
- El caso de Panamá y el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.
- El caso de Nicaragua y los recursos administrativos especiales ante la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República.
- El caso paraguayo y las protestas ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.
- El caso mexicano y la instancia de inconformidad.
- El caso peruano y las observaciones y apelaciones ante el tribunal administrativo especializado.

También acudiremos a los ordenamientos argentino, uruguayo y brasileño cuando sea necesario, pues pese a que no han incorporado aún un recurso específico en materia de contrataciones –en los términos recomendados por el Derecho internacional– poseen algunas particularidades jurisprudenciales o normativas que hemos considerado necesario asumir.

Para abordar el análisis, la presente tesis ha sido estructurada en cinco capítulos:

- La revisión de adjudicaciones como estándar en el Derecho internacional de las contrataciones

- Los modelos de control administrativo sobre actos precontractuales en Hispanoamérica
- Las características jurídicas esenciales del recurso administrativo en materia de contratación
- La legitimidad activa en el control administrativo de actos precontractuales
- Los poderes decisorios de los órganos de control administrativo sobre actos precontractuales ilegales

El capítulo primero está dedicado a explicar cómo el Derecho internacional de las contrataciones ha incluido el recurso en materia de contratación como un estándar común recomendable a ser incluido por los Estados en sus ordenamientos y los principales elementos para que pueda cumplir con los propósitos para los cuales se plantea. Ha sido, precisamente, el Derecho internacional de las contrataciones el que ha sido influenciado sostenidamente sobre los ordenamientos de Europa –a partir de las directivas comunitarias– y de América –fundamentalmente, a través de los tratados de integración económica– para que prevean instrumentos eficaces, transparentes, no discriminatorios en manos de los proveedores para provocar la revisión –en sede judicial y administrativa– de las actuaciones precontractuales que considere ilegales y les afecten.

El capítulo segundo aborda el aspecto organizacional de quien está a cargo de conocer el recurso. Como sabemos, el Derecho internacional de las contrataciones no plantea un modelo específico, pues deja a criterio de cada Estado optar entre atribuir la competencia para conocer el recurso a un órgano de naturaleza jurisdiccional o a un organismo administrativo, siempre que, en este último caso, sus resoluciones puedan ser objeto de recurso ante las autoridades jurisdiccionales, motiven sus decisiones por escrito y cuenten con independencia.

El capítulo tercero lo hemos reservado para analizar lo que consideramos los aspectos jurídicos (valores, principios y reglas) más relevantes del recurso en materia de contrataciones y que hemos identificado como: i) el efecto útil del recurso como

expresión del principio de eficacia y sus principales manifestaciones; ii) la tendencia expansiva del ámbito objetivo del recurso en materia de contratación; iii) el acceso al expediente de contratación y el tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación; iv) el debido procedimiento de los partícipes en el procedimiento del recurso; v) la garantía de indemnidad para el impugnante; vi) la gratuidad o mínima onerosidad del procedimiento del recurso; vii) la transparencia del procedimiento como principio y el respeto a la confidencialidad como excepción del procedimiento del recurso.

El capítulo cuarto está dedicado a lo que considero el aspecto que más afecta el desarrollo del recurso en materia de contratación en América Latina. Todos nuestros países han optado por una exigencia de legitimidad individual a ultranza, lo cual no es ni lo adecuado ni la tendencia del Derecho internacional de las contrataciones. Por eso, hemos revisado en cada país la legitimidad que exigen al recurso correlacionado con su eficacia, tratando de oponer una visión individualista o supraindividual del fenómeno de la contratación pública. También hemos explorado algunos casos aislados de legitimidad popular en materia de contratación para valorar su real utilidad y funcionalidad.

Finalmente, el capítulo cinco trata las facultades o poderes con los que debe contar el organismo a cargo de conocer del recurso en esta materia cuando identifique una actuación ilegal. Analizamos las facultades dirigidas al restablecimiento de la legalidad transgredida sobre los actos formativos del contrato (tutela primaria o restitutoria) o, en su caso, sobre el contrato mismo y los poderes resarcitorios en favor de los postores afectados por las actuaciones ilegales (tutela secundaria o resarcitoria). Haremos especial desarrollo de los casos de poderes resarcitorios en favor de los postores perjudicados por los actos precontractuales ilegales (tutela resarcitoria) que existen en América Latina.

A lo largo del presente trabajo nos hemos propuesto no solo exponer los ordenamientos nacionales, sino valorarlos y ponderarlos, por lo que podríamos intentar proponer

algunas líneas de interés que podría tener la experiencia del recurso en materia de contratación español en América y viceversa.

En nuestra opinión, entre los aspectos que las experiencias americanas pueden aportar al recurso en materia de contratación español podemos mencionar los siguientes: los diseños seguidos para alcanzar la unidad –y no dispersión– de diversos órganos de recursos; el poder de los tribunales, incluso para dictar –con motivo del recurso– actos sustitutivos de la entidad contratante; las reglas para darle celeridad al procedimiento del recurso (p. ej., oralidad, preclusión); diferencia entre las impugnaciones a las reglas del proceso y la impugnación a la buena pro; las experiencias en la aplicación de la pérdida de chance e indemnizaciones a los postores afectados; algunas técnicas para reforzar su autonomía (p. ej., Chile o Costa Rica); así como las experiencias sobre la acción popular en materia de apelación de contrataciones públicas.

También, por qué no decir, puede servir de reflexión para España las malas experiencias y tendencias seguidas en América tales como la de limitar la eficacia del recurso; los diversos tipos de condicionamientos al recurso con tasas, costos y garantías; la resistencia a permitir el efecto suspensivo al recurso; y las reglas para las sucesivas reformas a la normativa del recurso.

Por su parte, creemos altamente rescatables la experiencia española sobre la vocación expansiva de su ámbito, inclusive para actos de ejecución contractual y fenómenos no contractuales; la interpretación creativa para ampliar la legitimidad pese a partir del mismo concepto de “interés legítimo”; la sujeción al principio de gratuidad; su énfasis en el control de la contratación y no solo en el interés de los postores; la influencia sobre las instituciones de la doctrina que sientan los tribunales de contratación; la vinculación entre el plazo para interponer el recurso y el acceso a la información; el liderazgo institucional de los tribunales; el desarrollo del efecto útil del recurso como expresión del principio de eficacia y sus principales manifestaciones; el debido procedimiento de los partícipes en el procedimiento del recurso; la garantía de indemnidad para el impugnante; entre otros.

Lima, 11 de enero de 2020

CAPÍTULO I

LA REVISIÓN DE ADJUDICACIONES COMO ESTÁNDAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS CONTRATACIONES

1. El Derecho Administrativo global o transnacional a partir de los derechos administrativos nacionales

Hace bastante tiempo ya que el Derecho Administrativo ha dejado de ser considerado únicamente una manifestación del Derecho interno, producto de la soberanía y su acción circunscrita al ámbito territorial de cada Estado.¹ También hace algún tiempo que cada Estado ha dejado de ser la única fuente de generación de Derecho Administrativo y, a la vez, sus organismos internos (poderes Legislativo, Judicial, Ejecutivo y demás organismos) ya no tienen el monopolio para ser la última instancia y decidir respecto de todos los asuntos administrativos y las controversias que ellas generen. Como bien afirma Meilán, “la realidad actual muestra que existen relaciones que se establecen en el ámbito mundial y que han de desarrollarse bajo el imperio del Derecho. Existe un Derecho Administrativo global, del que ha de tomarse conciencia más decidida y cuyo desarrollo debe estimularse”.²

Es común reconocer el inadvertido surgimiento de un Derecho Administrativo global, transnacional³ o internacional⁴ que se caracteriza por la influencia, por la

¹ Por ejemplo, Marienhoff afirmaba contundentemente que el Derecho Administrativo era un Derecho Administrativo interno. Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. act., t. 1 (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011), 123.

² José Meilán Gil, *Derecho Administrativo revisado* (Santiago de Compostela: Andariva Editora, 2016), 313.

³ La denominación “Derecho Administrativo transnacional” es planteada por el profesor Rodríguez. Libardo Rodríguez Rodríguez, “El Derecho Administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del Derecho Administrativo”, *Derecho Administrativo, en Homenaje a Jorge Fernández Ruiz* (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013), 453 y ss.

⁴ La denominación “Derecho Administrativo global” ha sido acuñada por los estudiosos de la New York University School of Law y de su Institute for International Law and Justice. Por su parte, la terminología “Derecho Administrativo internacional” es preferida por la doctrina alemana como, por ejemplo, el profesor E. Schmidt-Assmann.

incorporación y, por qué no decirlo, por la sujeción de la regulación interna e, incluso, en algunos casos, de las decisiones y pareceres de las propias autoridades nacionales a las reglas, principios y decisiones administrativas provenientes del Derecho internacional (ejemplo de ello es la irradiación progresiva de valores y principios administrativos llegados desde el exterior: transparencia, participación, derechos humanos, razonabilidad, legalidad, buena administración, etc.). Ese proceso también conduce a que se desplacen al exterior de cada Estado, desde el nivel interno, algunas decisiones materialmente administrativas, que antes se agotaban localmente, hasta tribunales administrativos supranacionales o cortes arbitrales, incluso privadas, pese a que estas instancias no quedan sujetas a ningún control jurídico de los países ni poseen legitimidad democrática directa, como sí las administraciones nacionales.

Ese proceso va gradualmente a formar reglas comunes en determinadas áreas de la acción administrativa que por su naturaleza exceden los ámbitos locales (p. ej., medio ambiente, deporte, migración, derechos laborales, energía, telecomunicaciones, etc.), tendientes a formar un estándar jurídico esencial para un gran número de países con tendencia globalizadora.

Ello es producto de lo que se conoce como globalización jurídica, internacionalización del Derecho o la expresión en el mundo jurídico de la globalización, fenómeno que ha sido impulsado por la globalización en su vertiente económica,⁵ proceso que ha tenido por objeto expandir la libertad, en sus diversas manifestaciones, en favor de la circulación de las personas, los bienes y los servicios, promover la inversión de capital por los Estados y la consiguiente reducción de las atribuciones y autonomías de los Estados para la conformación de las políticas públicas en favor de diversos sujetos de derecho globales.

⁵ La globalización puede ser definida como “aquel proceso que surge espontáneamente en el mercado y que actúa desarrollando una progresiva división internacional del trabajo, eliminando restricciones a las libertades individuales, reduciendo costos de transportes y de comunicaciones e integrando progresivamente a los individuos que componen la gran sociedad”. Adrián Ravier, *La globalización como orden espontáneo* (Madrid: Biblioteca Austriaca Unión Editorial, 2012), 76.

En este último extremo se tiene razón cuando se afirma que este fenómeno ha conducido a que en forma pragmática los Estados hayan “renunciado voluntariamente a sus potestades normativa y jurisdiccional y cederlas para su ejercicio por parte de organismos internacionales, carentes de legitimidad democrática y de órganos judiciales supranacionales, o aun de los propios jueces nacionales, quienes para resolver los conflictos no deben aplicar el derecho nacional, sino las reglas definidas mediante los tratados”.⁶

Proceso que, indudablemente, posee influencia –de manera general– en la ciencia del Derecho como, por ejemplo, en la expansión de las figuras del Derecho anglosajón sobre las tradicionales del europeo continental, la apuesta por la “justicia sin Estado” que representa las variadas formas de arbitraje nacional e internacional que se prodigan, la limitación al intervencionismo estatal, la huida de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo en favor de figuras de Derecho privado o Mercantil, entre otras.⁷

2. Las organizaciones internacionales productoras del Derecho Administrativo global

Uno de los clásicos estudios sobre este fenómeno⁸ nos plantea su análisis a partir de identificar los diferentes tipos de administración global que han surgido en los últimos años. El espacio global ha desarrollado –según la tesis predominante– cinco formas de organización administrativa globalizada o transnacionales que constituyen centros de producción de fuentes jurídicas que influyen o se incorporan como reglas jurídicas administrativas a los derechos nacionales y están destinadas, por ello, a ser aplicadas

⁶ Manuel Restrepo Medina, “La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho”, *Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, vol. 5 Separata especial (2007), 6.

⁷ Ravier, *La globalización como orden espontáneo*, 76.

⁸ Benedict Kinsbury, Nico Krisch y Richard Stewart, “El surgimiento del Derecho Administrativo global”, *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes*, n. 24 (Facultad de Derecho, marzo de 2010).
https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=12%3ARevista_24&lang=es

por las autoridades nacionales, superando el clásico monopolio estatal en la generación del Derecho Administrativo.

La más conocida y tradicional es la de las **organizaciones internacionales formales creadas por los propios Estados** mediante decisiones soberanas. Así, las Naciones Unidas y sus diversos organismos,⁹ además de contar con su propia organización administrativa que no es “interna” a ninguno de los países contratantes, y que tampoco integra estrictamente el Derecho internacional público, desarrolla y ejerce “[...] los principios de competencia, jerarquía, deber de obediencia de sus agentes, estabilidad de sus empleos, derechos y deberes del cargo, carrera administrativa, sistemas de retiro, requisitos de validez y competencia de los actos, límites a la discrecionalidad administrativa (sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, proporcionalidad, buena fe, etc.) y otras formas del debido proceso adjetivo y sustantivo, control administrativo y jurisdiccional, etc., son todos los propios del Derecho Administrativo y no los del Derecho internacional”.¹⁰

Dentro de este ámbito podemos separar lo que se ha venido en llamar el “Derecho Administrativo internacional”, que sería el ordenamiento jurídico propio de los organismos internacionales abocado a analizar sus procesos internos, el régimen de su función pública internacional, sus actos y procedimientos administrativos internos de los organismos.¹¹

⁹ Por ejemplo, la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura), el FIDA (Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola), el FMI (Fondo Monetario Internacional), la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional), el OIEA (Organismo Internacional de Energía Atómica), la OIT (Organización Internacional del Trabajo), la OMI (Organización Marítima Internacional), la OMM (Organización Meteorológica Mundial), la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), la OMS (Organización Mundial de la Salud), la OMT (Organización Mundial del Turismo), la ONUDI (Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial), la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) y la UPU (Unión Postal Universal).

¹⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1 Parte General (Lima: Fundación de Derecho Administrativo, ARA Editores, 2003), V-10.

¹¹ Por ejemplo, la Comunidad Andina aprobó mediante Decisión Nº 425 el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que rige los procedimientos para la expedición de resoluciones y el ejercicio de los demás actos administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como los procedimientos para la revisión de dichos actos por parte de la propia Secretaría General.

Pero en la fase que más nos importa, estas organizaciones aprueban normas aplicables a cada Estado (como sucede con la OIT, la OACI, la OMI, la OMPI, la UIT) que deben ser cumplidas y desarrolladas, y, en otros casos, emiten recomendaciones o sugerencias que influyen decididamente en las políticas sectoriales de los Estados (p. ej., el Fondo Monetario, la OMS, etc.). Es el mismo caso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y de la Organización Mundial de Comercio (OMC) –que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países y que los Estados deben acatar–, entre otros.

Una segunda forma de regulación administrativa globalizada es por medio de las **redes transnacionales de acuerdo entre organismos administrativos nacionales**, que sin asumir la organización formal de un tratado ni un organismo internacional pleno emiten recomendaciones de buenas prácticas en cada una de sus especialidades, coordinando actividades y normas. Es el caso de la asociación de Bancos Centrales de Reserva del mundo en el denominado Banco de Pagos Internacionales, con sede en Basilea (Suiza) y que creó, entre otros, el Comité de Basilea o Comité de Supervisión Bancaria de Basilea que ha emitido recomendaciones sobre blanqueo de capitales y buenas prácticas en la supervisión bancaria. También tenemos, en esta misma línea, la Asociación Internacional de Ombudsmen, la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones (AIOS), entre otras, que emiten acuerdos y recomendaciones técnicas para el desarrollo de sus actividades en cada país. También podemos ubicar aquí al Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, (CLAD), que es un organismo público internacional de carácter intergubernamental (organización internacional) con la misión de promover el análisis y el intercambio de experiencias y conocimientos en torno a la reforma del Estado y la modernización de la Administración Pública.¹²

¹² Algunos de los documentos de recomendaciones planteadas por esta organización son:

- La Carta Iberoamericana de la Función Pública. Bolivia, 2003.
- El Código Iberoamericano de Buen Gobierno. Uruguay, 2006.
- La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. Chile, 2007.

La tercera forma de regulación administrativa global la tenemos en la denominada **administración distribuida** en las que algunos organismos administrativos nacionales actúan y toman decisiones sobre temas de otros Estados.

El cuarto tipo de regulación administrativa es la **administración híbrida privada intergubernamental**, en los que organismos combinan actores privados y gubernamentales, pero crean regulación que los países aceptan y aplican.

Finalmente, el quinto espacio de acción administrativa global lo ocupan los **organismos privados que crean regulación o desarrollan actividades que influyen en los Estados** a tomar determinadas decisiones o las aplican en sus actividades administrativas internas. Es el caso de la ISO Internacional (Organization for Standardization u Organización Internacional de Normalización) que es el organismo internacional de carácter no gubernamental que fija estándares que las entidades públicas aplican y exigen a las empresas privadas. También el de la Asociación Americana de Oficiales de Carreteras Estatales y Transportes (AASHTO), un órgano particular que establece normas, especificaciones, pruebas de protocolos y guías usadas en el diseño y construcción de autopistas, transporte aéreo, ferrocarril, agua y transporte público, que son utilizadas en las actividades de la construcción de infraestructura. Y también las normas profesionales de auditoría y contabilidad, que son aprobadas por organismos privados, pero son aplicadas por los Estados en el desarrollo de sus acciones administrativas de contabilidad y auditoría. Finalmente, las empresas clasificadoras de riesgo-país y organismos no gubernamentales como Transparencia Internacional, que realizan recomendaciones, evalúan los niveles de transparencia de los países e inducen la adopción de políticas públicas.

-
- La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública. El Salvador, 2008.
 - La Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Portugal, 2009.
 - La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Panamá, 2013.

Como se puede apreciar de la revisión de estos sujetos productores de reglas, siguiendo la posición planteada por Rodríguez,¹³ podemos encontrar algunos matices. Empezamos con los casos en que son los propios Estados los generan voluntariamente nuevas reglas de Derecho Administrativo global por medio de los tratados bilaterales o multilaterales que aprueban (p. ej., tratados de libre comercio o convenios sobre desarme mundial), pero también hay Derecho Administrativo global proveniente de los organismos internacionales ya creados y sin necesidad de adhesión específica de cada Estado (p. ej., OACI, OIT, etc.), y cercanamente tenemos los casos de las organizaciones comunitarias productoras de reglas jurídico-administrativas (p. ej., Comunidad Andina de Naciones), hasta los casos de órganos de producción normativa global que existen independientemente de tratados internacionales formalmente generados, como las redes internacionales de organismos públicos (p. ej., INTOSAI, formado por las contralorías y tribunales de cuentas de diversos países), los organismos mixtos en los que participan autoridades nacionales y privados. Y, finalmente, encontramos también como generadores de reglas materialmente de Derecho Administrativo algunos organismos netamente privados, pero de alcance internacional. En esa medida “el Derecho Administrativo está dejando de ser una creación del Estado y [...] empezar a serlo por las corporaciones transnacionales o por los organismos internacionales”.¹⁴

3. Las formas externas de actuación del Derecho Administrativo global: tratados internacionales, normativa derivada de organismos internacionales y *softlaw*

Respecto a su relación con el sistema tradicional de fuentes del Derecho, estas organizaciones actúan de diversas maneras.

Un primer caso son las normas pactadas que los propios Estados negocian, aceptan y se obligan a cumplir, que conocemos bajo el nombre de tratados, que aprueba el Congreso y ratifica el Presidente de la República; y los tratados ejecutivos, que son aprobados

¹³ Rodríguez Rodríguez, “El Derecho Administrativo transnacional o global”, 453 y ss.

¹⁴ Restrepo Medina, “La respuesta del Derecho Administrativo”, 6.

directamente por este último.¹⁵ Sin ser exhaustivos en el tema, para no introducirnos a la problemática de los tratados internacionales como fuente del Derecho Administrativo y de la interrelación entre el Derecho supranacional con el interno,¹⁶ podemos advertir que algunos tratados llevan aparejados una jurisdicción supranacional como sucede con el Pacto de San José de Costa Rica, con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina) que tiene al Tribunal Andino de Justicia, entre otros. En estos casos, además de la vigencia de los propios tratados, estos órganos de jurisdicción supranacional adoptan resoluciones al resolver controversias que también terminan vinculando a los Estados miembros señalándoles criterios e interpretaciones que son fuentes de derecho para el Derecho Administrativo.¹⁷⁻¹⁸

¹⁵ “Artículo 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Tratados Ejecutivos

Artículo 57.- El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a estos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso”.

¹⁶ Nuestra LPAG ha reconocido expresamente a los tratados como fuente directa del Derecho Administrativo peruano:

“Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.
2. Son fuentes del procedimiento administrativo:
 - 2.1. Las disposiciones constitucionales.

2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional”.

¹⁷ Juan Machado Arias, “El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina* (México D. F.: Fundación Konrad Adenauer, 2009), 123 y ss. En este trabajo da cuenta de las principales sentencias de la Corte mediante las cuales se ha hecho extensivas a los procedimientos administrativos de los Estado parte las principales garantías de la Convención, tales como debido procedimiento y sus principales manifestaciones (garantías debidas, plazo razonable, derecho a ser oído, derecho a revisión por un juez imparcial, etc.).

¹⁸ Aberastury y Gottschau dan cuenta que la infiltración que se ha operado en el Derecho Administrativo por parte del Derecho internacional público –en referencia a los tratados de derechos humanos– es precisamente en el Derecho procedimental administrativo, pues se considera que es esta materia donde puede cuidarse en mayor grado el derecho a la tutela judicial efectiva. Pedro Aberastury y Patricia Gottschau, “Interrelación del Derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional”, *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa* (Buenos Aires: Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, 2012), 80.

En otros casos son los organismos internacionales creados por los Estados los que generan la normativa que los Estados parte aplican mediante sus autoridades administrativas. De este modo, estas decisiones, que se producen desde el exterior de los Estados, quedan incorporadas a su esquema de fuentes nacionales y deben ser aplicadas y acatadas por las autoridades locales. Por ejemplo, la Decisión 608 denominada “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, que fue aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina, al igual que las normas sobre salvaguardias (Decisión 452), las normas para prácticas desleales sobre derechos *antidumping* y subsidios y derechos compensatorios (Decisiones 456 y 457), para el comercio intracomunitario, y para importaciones de terceros países (Decisión 283) que deben ser aplicadas por las autoridades administrativas nacionales como el Indecopi.

En los dos casos mencionados, los fenómenos de origen internacional participan de las características de ser fuentes de derecho:¹⁹ se incorporan directamente –en la mayoría de los casos– al Derecho interno, siendo aplicable a todo supuesto de hecho previsto en la normativa, cuentan con un efecto derogatorio respecto a cualquier legislación interna que fuere contraria y preexistente al ser incompatible con la norma supranacional, y es obligatoria que esta normativa sea aplicada por las autoridades administrativas (por tener un sustrato administrativo) y jurisdiccionales (cuando lo revisen en vía del proceso contencioso-administrativo).

En otros casos, algunas de las organizaciones internacionales productoras del Derecho Administrativo global que hemos identificado antes producen recomendaciones, resoluciones, leyes modelo, guías, códigos o estándares de conducta que si bien no resultan vinculantes jurídicamente de manera directa para los Estados, por su autoridad técnica suelen ser base para la futura normativa local, para el diseño de políticas públicas o son incorporadas mediante actos específicos de cada Estado como normas aplicables. Es el caso de los acuerdos internacionales de los congresos de las entidades

¹⁹ Seguimos aquí las características señaladas por Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, VI-18.

fiscalizadoras superiores, los acuerdos profesionales de los contadores sobre las normas internacionales de auditoría y de contabilidad, y las leyes modelo interamericanas sobre acceso a la información, de declaración de intereses, ingresos activos y pasivos de quienes desempeñan funciones públicas y para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos preparadas por la Organización de Estados Americanos.²⁰

Estos estándares conforman lo que se ha venido en denominar el *softlaw*,²¹ un derecho flexible o blando, o simplemente prederecho, caracterizado por reflejar la tendencia actual en determinados temas y poseer una indudable fuerza promotora hacia cambios normativos para conformar paulatinamente verdaderas políticas públicas globales en varios sectores.²²

4. La influencia sobre la actividad y la organización administrativa

Ahora bien, el análisis de la influencia de la fuente internacional en el derecho administrativo interno debe ser realizado desde dos perspectivas distintas:²³ la actividad y la organización administrativa.

Desde la perspectiva de la actividad administrativa se constata “la reducción de la autonomía del Estado para producir sus propias políticas públicas”,²⁴ sea determinando su contenido mediante tendencias u objetos prioritarios o estableciéndole límites máximos o mínimos a la discrecionalidad. Es, por ejemplo, lo que sucede con la política arancelaria, la política económica, las políticas de comercio o protección de industrias, de salud, de aviación civil, de propiedad intelectual, entre otras. En estos casos, las

²⁰ Ver http://www.oas.org/juridico/spanish/leyes_modelo.htm.

²¹ Daniel Sarmiento, *El softlaw administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración* (Madrid: Civitas, 2008).

²² Pablo Fernández Lamela, “Globalización y Derecho público: introducción al Derecho Administrativo internacional”. En David Cienfuegos Salgado y Miguel López Olvera, eds. *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz - Derecho Administrativo* (México D. F.: UNAM, 2005), 45-63.

²³ Seguimos aquí el planteamiento de Javier Rincón Salcedo, “Globalización y Derecho Administrativo”, *Sugestiones Juricae*, n. 29 (enero 2014).

²⁴ *Ibíd.*, 14.

autoridades de gobierno no solo deben cumplir con sus marcos constitucionales y legales y programas de gobierno, sino también con las regulaciones supranacionales que se determinan desde el espacio global antes señalado. Esta globalización de la acción administrativa también implica, en algunos casos, el desplazamiento de las autoridades administrativas nacionales en las actividades administrativas por autoridades transnacionales.

Por su lado, desde la organización administrativa, la influencia externa demanda a los Estados el seguimiento de determinadas reformas,²⁵ de adoptar determinados modelos institucionales o acometer, bajo características globales, sus procesos tradicionalmente internos de gestión de recursos (p. ej., presupuesto, compras estatales, recursos humanos) e, incluso, hasta la creación y mantenimiento, dentro de su organización, de algunos organismos estatales.²⁶ Es la influencia que se produce, por ejemplo, para crear unidades de inteligencia financiera, defensorías del pueblo, organismos de recaudación con autonomía, entre otros.²⁷

²⁵ Por ejemplo, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), que es un instrumento de carácter intergubernamental establecido en el marco de la OEA para apoyar a los Estados que son parte de esta en la implementación de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada en Caracas en marzo de 1996), mediante un proceso de evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, en donde se formulan recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o requieran mayores avances. Ver http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_intro_sp.htm.

²⁶ Por ejemplo, el Proyecto Especial Binacional Puyango Tumbes (PEBPT) fue creado en el marco del Convenio suscrito entre el Perú y Ecuador en Washington el 27 de septiembre de 1971 para el aprovechamiento de las cuencas hidrográficas binacionales de los ríos Puyango-Tumbes y Catamayo-Chira. De igual manera, el Proyecto Especial Lago Titicaca (PELT) ha sido creado el 27 de octubre de 1987 por Decreto Supremo Nº 023-87-MIPRE, en virtud del intercambio de notas diplomáticas del 15 de julio de 1987; suscrito por las Cancillerías de las Repúblicas del Perú y de Bolivia para ejecutar las acciones derivadas de los convenios firmados entre Perú y Bolivia en 1955 y 1957, y cuyas acciones se realizan en la zona de frontera peruano-boliviana, en la zona de influencia del Lago Titicaca.

²⁷ Un ejemplo paradigmático es el caso de la creación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), que se originó cuando las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala firmaron el Acuerdo relativo a la creación de la CICIG, el 12 de diciembre de 2006. Dicho órgano independiente de carácter internacional, según lo establecido en el Acuerdo, está compuesto de tres objetivos principales:

- Primero, la CICIG deberá investigar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad que cometen delitos que afectan a los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos de Guatemala, e identificar las estructuras de estos grupos ilegales (incluyendo sus vínculos con funcionarios del Estado), actividades, modalidades de operación y fuentes de financiación.

La perspectiva de la influencia en el diseño de la organización interna de los Estados también involucra el reconocimiento de determinadas instancias externas (administraciones internacionales, tribunales internacionales en materia administrativa o, incluso, cortes arbitrales privadas) para enjuiciar las acciones u omisiones de las administraciones públicas domésticas, interpretar de manera definitiva las fuentes de derecho aplicables a la acción gubernativa, sustituyendo el histórico proceso contencioso-administrativo, que era el instrumento único mediante el cual se podía enjuiciar la acción administrativa.²⁸ Es lo que sucede con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Andino de Justicia, los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionista Extranjero y Estado (CIADI), entre otros. Esta injerencia en la organización administrativa implica “la revisión de casi todos los procesos al interior de las organizaciones del Estado manifestándose, de manera particularmente importante, a través de dos campos en los cuales se consideraba que el Estado tenía el poder absoluto para dictar las directrices de su funcionamiento”,²⁹ tales son: las contrataciones públicas y los procesos de descentralización.

Esta descripción del proceso de globalización jurídica no estaría completa si omitimos reflejar la constatación que planteó Auby³⁰ sobre los tres estadios por los que sigue en su evolución. Primero, hemos sido testigos de la aparición sistemática y desordenada de

-
- Segundo, la CICIG deberá colaborar con el Estado en la desarticulación de los aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad y promover la investigación, persecución penal y sanción de los delitos cometidos por sus integrantes.
 - Tercero, la CICIG hará recomendaciones al Estado de Guatemala para la adopción de políticas públicas destinadas a erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin.

²⁸ Por ejemplo, cuando el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) laudó el proceso arbitral entre el Sr. Tuza Yap Shum y la República del Perú (caso Nº ARB/07/6), los árbitros tuvieron que determinar, entre otros aspectos, interpretando la normativa peruana, si califican las medidas cautelares previas como una expropiación de la inversión, si exime de responsabilidad al Estado el emplear el interés público para ejercer la potestad tributaria, si la conducta de la Sunat fue arbitraria conforme a los límites del principio de razonabilidad, para lo cual tuvieron que interpretar diversas disposiciones del Código Tributario, de la Ley de Procedimiento Administrativo General, entre otras.

²⁹ Rincón Salcedo, “Globalización y Derecho Administrativo”, 16.

³⁰ Jean-Bernad Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, citado por Emilio Guichot, “Globalización jurídica y Derecho público”. *Revista de Administración Pública*, n. 187 (enero-abril 2012), 309.

una multiplicidad de productores de reglas que conforman el objeto propio del Derecho Administrativo desde el escenario global, originando fragmentación en una rama del Derecho, dado que se supera el papel, hasta ese entonces, monopólico de cada Estado en la producción de las normas.

Luego, la segunda etapa prosiguió con el desarrollo de los mecanismos para alcanzar la acogida efectiva en los derechos nacionales de esas fuentes jurídicas externas, de modo que resultan siendo aplicadas por las autoridades nacionales, para lo cual se plantea el reto de la compatibilización de los diversos ordenamientos. Para ello se tiene que dilucidar la posición de estas normas globales dentro del sistema de fuentes doméstica, pudiendo derogar normativa estatal o condicionar la validez de la que sea dictada en franca contradicción.

Pero, finalmente, la evolución de esta globalización jurídica sigue con la tendencia a la armonización de subramas o especialidades del Derecho Administrativo para alcanzar, por sectores, principios y reglas jurídicas comunes, generando un cuerpo jurídico uniforme –aunque sin cubrir toda la materia– para la disciplina jurídica determinada. Así se llega a conformar un conjunto de reglas comunes para algunas subramas de Derecho (p. ej., tributación, contrataciones, salud) que uniformizan ese sector del Derecho Administrativo.

En esa tendencia se tiende a uniformizar principios locales (en un proceso de ascensión de algunos principios y reglas ya existentes en los derechos locales) y, por otro lado, se tiende a incorporar desde el exterior otros principios hasta ese momento ajenos al Derecho doméstico, en una labor de inclusión de nuevas reglas.

5. La conformación del Derecho internacional de las contrataciones administrativas

Con todo acierto se ha expresado que “uno de los ámbitos que mejor refleja en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este Derecho

Administrativo global es, sin duda alguna, el de la contratación pública”³¹ y, en ese mismo orden de ideas, que la contratación pública “es un sector paradigmático en la consolidación del Derecho Administrativo global”.³²

Aquí, es donde se puede hablar ya en propiedad del desarrollo de un Derecho Administrativo común de las contrataciones, entendido como la convergencia de las principales reglas y valores que se entienden recibidos y admitidos por todos para el desarrollo de la comunidad internacional.

No cabe duda de que “del análisis de las normas, acuerdos y negociaciones internacionales en materia de contratos públicos se desprende, por un lado, la incuestionable tendencia hacia la formación de un derecho común de la contratación pública y, por otro lado, que ese derecho está basado en unos cada vez más principios generales”.³³

Estas reglas comunes y convergentes en el derecho global de la contratación pública son:

- El proceso selección como regla y la compra directa como excepción.
- La igualdad de trato y no discriminación.
- La publicidad y la concurrencia.
- La transparencia.
- La recurribilidad de las decisiones adversas.
- La compatibilidad de la actividad de contratación con el medio ambiente y con los derechos humanos, entre otros.

³¹ José Moreno Molina, *Derecho global de la contratación pública* (México D. F.: Ubijus, 2011), 1. También del mismo autor, “El proceso de formación de un Derecho global de la contratación pública”, *Dixi*, n. 15, vol. 14 (enero-junio 2012).

³² José Moreno Molina, *Derecho global de la contratación pública*, 1.

³³ *Ibíd.*, 85.

No le falta razón a quienes afirman que “en el ámbito de la contratación pública es donde, a mi juicio, el desarrollo del Derecho Administrativo global ofrece más solvencia, precisamente a causa de haberse diseñado sobre los cimientos de los principios tradicionales de la contratación pública, que son prácticamente comunes en casi todos los ordenamientos del planeta inspirados en el derecho de matriz romano-germánico”.³⁴

Ahora bien, no puede perderse de vista que esta generación del Derecho internacional de la contratación pública, con principios y reglas de las cuales participan los Estados, se funda también en la visión económica de la demanda de los Estados en sus adquisiciones públicas en función del comercio internacional, de la expansión de las empresas proveedoras de bienes y servicios demandadas por el Estado, de la visión de los Estados como consumidores de bienes y servicios, y de una mayor liberalización del tráfico de mercancías, esto es, la internacionalización de los mercados públicos.³⁵⁻³⁶

Así, concordamos con Aguilar Valdez cuando afirma que “la globalización del comercio internacional ha venido, precisamente, a desafiar esa situación, provocando [...] una reforma global o revolución en el área de las contrataciones públicas, integrando el ámbito de regulación de estas en el comercio internacional”.³⁷

Compartiendo el esquema planteado por el profesor Aguilar Valdez,³⁸ podemos afirmar que las fuentes principales donde encontraremos el Derecho global de las contrataciones públicas son:

³⁴ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz *et al*, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas* (San José de Costa Rica: Guayacán, Konrad Adenauer, 2011), 20.

³⁵ Alfie Ulloa, *El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico* (Santiago de Chile: Cepal, 2006).

³⁶ Como se puede apreciar, uno de los efectos directos de la globalización es el cese de los mecanismos de contratación, para además de satisfacer las necesidades de bienes, servicios y obras, ejercer políticas de protección industrial o reserva de mercados.

³⁷ Óscar Aguilar Valdez, “Sobre las fuentes y principios del Derecho global de las contrataciones públicas”. *Revista Derecho*, n. 75 (enero-marzo 2011), 12.

³⁸ *Ibíd.*, 15.

- i) El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la Organización Mundial de Comercio.
- ii) Las directivas y demás normativa emanada de los organismos multilaterales como el Banco Mundial, el PNUD, entre otras.
- iii) Los acuerdos de integración económica y comercial dirigidos a crear mercados comunes, a establecer acuerdos de libre comercio (comúnmente llamados tratados de libre comercio) y los tratados de promoción y protección de inversiones. Así como la normativa derivada, como las directivas de la Unión Europea.
- iv) Los tratados anticorrupción que incorporan los principios de publicidad, equidad y eficiencia en las contrataciones y prevención de conflictos de intereses.
- v) Los instrumentos de *softlaw* como las leyes modelo de la CNUDMI y los modelos de contratos FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores). A continuación, veamos cada de una de ellas brevemente.

5.1. El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio³⁹

El ACP es un acuerdo plurilateral negociado en el marco de la OMC, que actualmente comprende solo 45 miembros de la organización, sin que haya tenido relevancia entre los países en desarrollo. Su objetivo declarado expresamente es propiciar la apertura mutua de los mercados de contratación pública entre sus partes y crear un marco multilateral uniforme para la contratación pública, o lo que se ha llamado la “internacionalización del mercado público” con miras a conseguir una mayor liberalización y expansión del comercio internacional, y a mejorar el marco en que este se desarrolla. El alcance objetivo del acuerdo son los contratos de bienes, servicios (incluido los de construcción) o cualquier combinación de estos cuyo valor se encuentre dentro de los umbrales determinados en el convenio. No comprende los contratos, la adquisición de tierras, de inmuebles, acuerdos de cooperación, de empleo público.

³⁹ El Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (OMC) (revisado 2012), ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.

Por el acuerdo, las partes se obligan a garantizar condiciones de competencia abierta, equitativa y transparente en la esfera de la contratación pública. Como tratado internacional vinculante, el ACP está administrado por el Comité de Contratación Pública, integrado por representantes de todas las partes, con mecanismos para hacer cumplir el acuerdo: el mecanismo de recurso interno a nivel nacional y el mecanismo de solución de diferencias de la OMC a nivel internacional.

La versión más reciente de este acuerdo es la revisada de 2012,⁴⁰ y aunque no es obligatoria para el Perú nos sirve como referente de buenas prácticas para la liberación de las compras públicas.

Este acuerdo es reconocido⁴¹ por haber constituido el primer esfuerzo internacional por incorporar el mercado de las compras públicas al comercio internacional, por haber establecido un marco jurídico de derechos y reglas de clase internacional (trato nacional,

⁴⁰ Anexo al Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, adoptado el 30 de marzo de 2012. Comprende 22 artículos dedicados a los siguientes temas:

Artículo I Definiciones

Artículo II Ámbito de aplicación

Artículo III Seguridad y excepciones generales

Artículo IV Principios generales

Artículo V Países en desarrollo

Artículo VI Información sobre el sistema de contratación

Artículo VII Anuncios

Artículo VIII Condiciones de participación

Artículo IX Calificación de los proveedores

Artículo X Especificaciones técnicas y pliego de condiciones

Artículo XI Plazos

Artículo XII Negociación

Artículo XIII Licitación restringida

Artículo XIV Subastas electrónicas

Artículo XV Tramitación de las ofertas y adjudicación de los contratos

Artículo XVI Transparencia de la información sobre la contratación

Artículo XVII Divulgación de información

Artículo XVIII Procedimientos internos de revisión

Artículo XIX Modificaciones y rectificaciones del ámbito de aplicación

Artículo XX Consultas y solución de diferencias

Artículo XXI Instituciones

Artículo XXII Disposiciones

⁴¹ Juan Araya Allende, *Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados*. Serie Comercio Internacional, n. 67 (Santiago de Chile: División de Comercio Internacional e Integración - CEPAL, 2006), 17 y ss.

transparencia, suprimir discriminaciones para proveedores extranjeros, debido proceso, recurribilidad de decisiones de adjudicación, etc.), y la delimitación de los márgenes de actuación de los países para adoptar políticas proteccionistas como reservas de mercado, bonificaciones a las proveedores locales, preferencia a uso de insumos nacionales, aspectos que luego serán incorporados con algunos matices a los tratados bilaterales.

5.2. Las directivas y normativa emanada de los organismos multilaterales como el Banco Mundial, el PNUD, entre otros

Estas directivas y normas aplican cuando se trata de contratos con financiamiento de estos organismos, o cada Estado les encarga realizar los procesos de selección y/o la ejecución de los contratos bajo su propio régimen. En este caso, estas reglas son aplicadas preferentemente y con exclusión de las normas nacionales para la selección de proveedores.⁴²

5.3. Los acuerdos bilaterales o plurilaterales de integración, de libre comercio y de protección de inversiones

Nos referimos a los acuerdos de integración económica y comercial, dirigidos a crear mercados comunes, como la Comunidad Andina,⁴³ a establecer acuerdos de libre comercio (tratados de libre comercio) y tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones (BIT)⁴⁴ o, incluso, los multilaterales, como el Convenio sobre Arreglo de

⁴² A esto se refiere la Ley N° 30225, artículo 4) literal f), cuando indica que no aplica la ley peruana a “Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones”.

⁴³ Por ejemplo, la Decisión 292 sobre el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas obliga a los Estados miembros a dar tratamiento de nacional a estas empresas en las compras estatales. Así, la norma mencionada establece: “Artículo 9.- Las empresas multinacionales andinas y sus sucursales gozarán de un tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, en materia de preferencias, para las adquisiciones de bienes o servicios del sector público”.

⁴⁴ Son los acuerdos por los cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a promover dentro de su territorio las inversiones de la otra parte y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones, les asegura un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los

Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado (Convenio CIADI) que es una institución del Grupo del Banco Mundial, diseñada para propiciar la solución de disputas entre Estados contratantes y nacionales de otros estados contratantes mediante un procedimiento de conciliación y arbitraje.

Respecto a los Tratados de Libre Comercio únicamente diremos por ahora, compartiendo el criterio del profesor Benavides, que “los contratos de libre comercio constituyen la puerta de entrada a nuestro país de la concepción internacional de la apertura y liberalización de los contratos públicos. La evolución de los acuerdos descritos ha ido imponiendo la noción estadounidense y ampliando el tratamiento de las compras públicas de la OMC”.⁴⁵

5.4. Los tratados anticorrupción

Nos referimos a la Convención Interamericana contra la Corrupción⁴⁶ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,⁴⁷ que hacen exigible en el Derecho peruano

nacionales o sociedades de la otra parte contratante, se obligan a no perjudicar y más bien a proteger en su territorio la administración, la utilización, el uso o el aprovechamiento de las inversiones de la otra parte contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.

⁴⁵ José Luis Benavides, “La internacionalización de los contratos públicos”. En *Contratos Públicos. Estudios* (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2014), 22.

⁴⁶ Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada con Resolución Legislativa N° 26757 del 24/03/1996, y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE del 21/03/1997:

“Artículo III. Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones.

[...]

5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

⁴⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 28357 del 06/10/2004:

“Artículo 9. Contratación pública y gestión de la Hacienda pública

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya

los principios de publicidad, equidad y eficiencia en las contrataciones, y la prevención de conflictos de intereses por parte de los funcionarios y servidores públicos.⁴⁸ Por su parte, el instrumento de Naciones Unidas hace exigible al Perú adoptar las medidas para que la contratación pública sea basada en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, y que sean eficaces, para prevenir la corrupción. Para ello se compromete a la difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; la formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; 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, entre otros.

aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

- a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
- b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
- c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
- d) 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 conforme al presente párrafo;
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación”.

5.5. Los instrumentos de *softlaw* en materia de contrataciones

Nos referimos, por ejemplo, a las leyes modelo de CNUDMI⁴⁹ (o Uncitral) sobre contratación pública y de asociación público-privada, así como a los modelos de contratos FIDIC (preparados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores), que contienen las condiciones contractuales usuales para trabajos de construcción de ingeniería civil; para trabajos eléctricos y mecánicos, incluida la instalación *in situ*, y para contratos de proyecto y obra, y llave en mano. Ambos instrumentos son referentes importantes a los cuales los contratos estatales suelen referir en vía supletoria, suplir vacíos de interpretación, generar nuevas normas y servir de apoyo a quienes resuelven controversias.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública fue elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (que tiene como objeto promover la armonización y unificación progresivas del Derecho Mercantil internacional) para contribuir al establecimiento de un marco jurídico armonizado y moderno para las operaciones de contratación pública que promueva la economía, la eficiencia y la competencia en la contratación sin perjuicio, de fomentar la integridad, la confianza, la equidad y la transparencia en el proceso de adjudicación.

En esta Ley Modelo –típico ejemplo de *softlaw*– encontramos capítulos referidos a: aspectos generales; los métodos de contratación y sus condiciones de empleo: convocatoria y anuncios de contratación; la licitación abierta; el procedimiento de licitación restringida, la solicitud de cotizaciones y las solicitudes de propuestas sin negociación; los métodos de contratación por licitación en dos etapas, diálogo competitivo y negociación competitiva; la subasta electrónica inversa; la contratación mediante un acuerdo marco; y **los mecanismos de revisión e impugnación contra actos**

⁴⁹ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011), la Guía para la incorporación al derecho interno (2012) y las Directrices para la promulgación de un reglamento de la contratación pública (2013), la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada aprobada por la CNUDMI el 29 de junio de 2000, y las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada aprobadas por la CNUDMI el 7 de julio de 2003.

indebidos en la contratación. Es un conjunto de regulación indicativa que congrega las mejores prácticas de contratación estatal respecto de bienes, servicios y obras, centrado en la formación del contrato.⁵⁰

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que ya existe la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) en las Américas⁵¹ que califica como lo que se ha venido en llamar una red transnacional de acuerdos entre organismos administrativos nacionales en materia de contratación estatal para la región. Esta red, una iniciativa constituida en 2004, constituye un mecanismo de cooperación técnica regional integrada por las instituciones gubernamentales, que, aunque no genera normativa o recomendaciones de tipo *softlaw*, para facilitar el intercambio de experiencias y buenas prácticas entre sus miembros brinda capacitación y promueve la coordinación y armonización regional en aspectos clave de los sistemas nacionales de compras públicas.

6. Los tratados de libre comercio como fuente desde el Derecho internacional de las contrataciones: el caso peruano

6.1. Aspectos generales de los tratados de libre comercio

Fracasada la extensión del Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la Organización Mundial de Comercio a los países en desarrollo, se abrió paso la estrategia de lograr la internacionalización de los mercados públicos a través de los compromisos bilaterales o plurilaterales, denominados tratados de libre comercio. Así se afirma con corrección “reconociendo la limitación de un acuerdo exclusivo de países industrializados y conscientes de las oportunidades de negocios que estaban fuera del ámbito liberalizador, EE. UU. y la Unión Europea han incluido compromisos sobre las compras públicas en todos sus acuerdos bilaterales. Aunque inspirados en las mismas disciplinas del acuerdo OMC (i. e. trato nacional, no discriminación y transparencia),

⁵⁰ Esta Ley Modelo ha sido incorporada como leyes de contrataciones públicas en Polonia, Albania, Estonia, Lituania, Eslovaquia, entre otros.

⁵¹ Ver <http://www.ricg.org/>.

estos demandan menor carga normativa y son parte de un paquete más atractivo (i. e. el acuerdo en general) para sus contrapartes, facilitando la negociación doméstica”.⁵²

Un tratado de libre comercio es un acuerdo comercial vinculante que suscriben dos o más países para acordar la concesión de preferencias arancelarias mutuas y la reducción de barreras no arancelarias al comercio de bienes y servicios. A fin de profundizar la integración económica de los países firmantes, un tratado de libre comercio incorpora además de los temas de acceso a nuevos mercados, según el caso, otros aspectos normativos relacionados al comercio, tales como propiedad intelectual, inversiones, políticas de competencia, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, asuntos laborales, disposiciones medioambientales y mecanismos de defensa comercial y de solución de controversias.⁵³

En materia de contrataciones públicas, los tratados de libre comercio, en estructura y contenido, son similares al Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas y recibieron gran influencia del primero suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México en 1992. Sin embargo, en su desarrollo y negociaciones paritarias se han incorporado variantes a partir de las adecuaciones necesarias que los países o grupos han considerado aconsejables según sus realidades y experiencias,⁵⁴ como veremos luego.

6.2. Visión panorámica de los tratados de libre comercio en el Perú con capítulo dedicado a compras públicas

El Perú tiene suscritos y en vigencia 18 acuerdos comerciales⁵⁵ con: Mercosur, Estados Unidos, Cuba, Canadá, Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico - APEC (Australia, Brunéi, Canadá, Indonesia, Japón, Corea del Sur, Malasia, Nueva Zelanda, Filipinas, Singapur, Tailandia, Estados Unidos, República Popular China, México, Papúa Nueva

⁵² Ulloa, *El mercado público y los acuerdos comerciales*, 22.

⁵³ Ver http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=%20%09articl%20%09e&id=48:lo-que-debemos-saber-de-los-tlc

⁵⁴ José Luis Benavides, “La contratación pública en los TLC de América”. En *Contratos Públicos. Estudios* (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2014), 67 y ss.

⁵⁵ Al 23 de abril del 2017.

Guinea, Chile, Perú, Rusia, Vietnam) Chile, México, Singapur, China, EFTA (Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, conformada por Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein), Japón, Tailandia, Corea del Sur, Costa Rica, Panamá, Unión Europea, Venezuela y Alianza del Pacífico (Chile, Colombia, México, Perú),⁵⁶ aunque no todos tienen un capítulo específico sobre contrataciones públicas. Únicamente poseen estos capítulos once acuerdos comerciales: con Estados Unidos, Panamá, Japón, República de Corea, Singapur, Canadá, Costa Rica, Unión Europea, Alianza del Pacífico, Honduras y EFTA. Ellos componen, en conjunto, una normalización común no disponible unilateralmente para el Estado peruano, en las que “la influencia internacional hacia la concepción global de los contratos de la administración es patente en los capítulos respectivos de los tratados, cuyo contenido refleja concepciones, estructuras redacciones y contenidos comunes, por encima de las particularidades de cada uno”.⁵⁷

Conforme lo explicamos antes, los tratados de libre comercio como fuente del derecho tienen como característica incorporarse directamente al Derecho interno, siendo aplicable a todo supuesto de hecho previsto en la normativa sin necesidad de alguna remisión de la ley interna o reconocimiento de su aplicabilidad a los casos concretos, cuentan con el efecto de desplazar cualquier legislación interna que fuere contraria y preexistente por ser incompatibles, y son preceptos obligatorios por lo que deben ser aplicados por las autoridades administrativas y jurisdiccionales.⁵⁸⁻⁵⁹

⁵⁶ Aún están por entrar en vigencia los Acuerdos con Guatemala, Honduras y la Asociación Transpacífico.

⁵⁷ Benavides, “La contratación pública en los TLC de América”, 72.

⁵⁸ Por ejemplo, en Sentencia A. P. N° 6859-2012-LIMA de 05/09/2013, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia al resolver la demanda de acción popular interpuesta por la Asociación de Industrias Farmacéuticas Nacionales (Adifan) contra el Comunicado emitido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) consideró el efecto derogatorio que tenía el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, en su Capítulo de Compras Públicas, contra las medidas compensatorias o restrictivas del comercio que habían sido dictadas al amparo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N° 26850.

⁵⁹ Entre los pocos trabajos al respecto están: Mario Arteaga Zegarra, “La contratación pública en el marco del TLC Perú-EE. UU.”, *Derecho & Sociedad*, n. 9 (2007) Semestral, 178-184; y Verónica Rojas Montes, “Acuerdos de promoción comercial y las contrataciones estatales. Especial referencia a los límites de los poderes públicos en el espacio jurídico global”, *Derecho PUCP* 66 (2011).

Un aspecto para tener en cuenta es que los acuerdos mencionados tampoco poseen un alcance o contenido idéntico cada uno, dado que han sido producto de la negociación y conveniencia de los Estados que los acordaron en cada caso. Por ello, para determinar claramente su ámbito de aplicación o cobertura en materia de compras públicas deben identificarse en cada caso:

- i) La definición del tipo de contratos a los cuales resulta aplicable o lo que los tratados llaman “contratación pública cubierta”. Siendo que en su mayoría cubren los contratos de aprovisionamiento de bienes, servicios o ambos; y, por el contrario, no es común incluir contratos de concesión de obras o servicios públicos (p. ej., el Acuerdo Comercial Perú-Unión Europea, artículo 172).
- ii) Las modalidades o contratos excluidos por motivaciones estratégicas o situaciones especiales. Es común que cada acuerdo exceptúe algunos contratos, no obstante que están dentro del alcance general como contratos de empleo público, actividades militares, deuda pública, contratos financiados mediante donaciones, préstamos o asistencia internacional, entre otros.
- iii) La enumeración de las entidades de cada Estado a las cuales el tratado aplica. De este modo es el propio tratado el que identifica los niveles de gobierno y entidades estatales a los cuales resultan exigibles los compromisos ahí establecidos. Por eso que, por ejemplo, algunos tratados solo comprenden al Poder Ejecutivo y no a los gobiernos subnacionales, como los municipios y regiones (p. ej., el Acuerdo con Estado Unidos) mientras que otros sí lo hacen (p. ej., el Acuerdo con Costa Rica y Panamá).
- iv) El valor económico de los contratos o “umbral”, generalmente expresado en dólares o en derechos especiales de giro (DEG) a partir de cuyo monto el convenio les resulta aplicable. Estos umbrales tampoco son únicos para todo el tratado, sino que varían según el tipo de contrato y nivel de gobierno, siendo que los montos por debajo de ese umbral quedan sujetos únicamente a la regulación nacional. A

efecto de la determinación de este valor económico, los acuerdos contienen reglas para evitar la elusión mediante fraccionamientos del contrato, deducción de conceptos del costo, empleo de métodos de valoración especial, desdoblamiento de necesidades en varios contratos, etc.

6.3. La normalización de las compras públicas del Perú a partir de los tratados de libre comercio vigentes

Dichos acuerdos han incorporado reglas vinculantes en materia de contratación estatal en los que Perú, respecto a cada uno de los otros Estados, se ha obligado recíprocamente a que su régimen de contratación cumpla con principios de no discriminación y trato nacional a los postores del otro país, restringiendo la posibilidad de adoptar medidas proteccionistas, transparencia, debido proceso a los postores, emplear la licitación como regla y la contratación directa como excepción, etc.

Ciertamente, estos principios y reglas han sido en su mayoría la consolidación de los valores preexistentes en nuestro ordenamiento, en ese proceso de convergencia de los valores básicos de la contratación estatal que implica el proceso de globalización⁶⁰ o, como manifiesta Benavides, son la “consagración de una serie de reglas que se han ido consolidando como valores universales de la contratación, aunque ellas se refieren exclusivamente a la fase de atribución de contratos, sin ocuparse de las etapas trascendentes, previas y posteriores a los procesos de selección de contratistas”.⁶¹ No le falta razón a Benavides cuando advierte que estos principios y reglas globalizadas están referidos al acceso a las compras públicas, esto es, a la integración del mercado público al comercio internacional, mas no a disciplina de principios sobre la ejecución contractual.

⁶⁰ Alex Seita, “Globalization and the Convergence of Values”, *30 Cornell International Law Journal* (1997), 429-491. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/seita.html>.

⁶¹ Benavides, “La contratación pública en los TLC de América”, 77.

Las principales reglas comunes en los tratados de libre comercio celebrados por el Perú son los que se mencionarán a continuación.

6.3.1. El principio de trato no menos favorable que el nacional (trato nacional) al proveedor de otros países⁶²

Por los tratados de libre comercio, el Estado peruano ha otorgado incondicionalmente a las mercancías y servicios de los otros países y a sus proveedores un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado a nuestras propias mercancías, servicios y proveedores. En consecuencia, los actos y regulación de las entidades estatales no pueden adoptar medidas proteccionistas o discriminadoras que consistan tratar a un proveedor no establecido localmente de manera menos favorable que a otro proveedor establecido localmente, debido a su grado de afiliación o propiedad extranjera.

El principio deviene en fundamental para la incorporación del mercado de compras públicas al comercio internacional y es emblemático del propósito de estos acuerdos de comercio exterior. Además, por su efecto, este principio contiene algo más que la igualdad común entre proveedores extranjeros y locales, por cuando –pese a la diferencia de poder económico existente entre la empresa local y la extranjera,– este principio implica tratarlos necesariamente bajo las mismas reglase implica la restricción de aplicar medidas diferenciadoras en favor de los proveedores locales mediante leyes, reglamentos, procedimiento, bases, prácticas establecidas, en cualquier parte del proceso de compras, como era en las políticas de fomento tradicional.

Una muy buena enumeración de las medidas que solían aplicarse por los Estados en desarrollo y que ahora son incompatibles con la asunción de este principio son los siguientes:⁶³

⁶² Mario Baca Romero, “Contratación pública y la aplicación del principio de trato nacional contenido en tratados o acuerdos internacionales”, *Jus Gestión Pública*, n. 3 (mayo-junio 2008), 143-156.

⁶³ Laura Rojas Sánchez, *Acceso a mercados en los acuerdos de compras del sector público*, p. 4. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35188743>

- Preferencias de precios a proveedores locales al momento de la evaluación de la oferta.
- Compre Nacional (prohibición de comprar bienes o servicios extranjeros) o provisiones que excluyen a proveedores extranjeros de determinados procesos de compras.
- Reserva de una porción de las compras de una entidad para proveedores nacionales, bienes y servicios nacionales (o de una región del país en particular), o grupo específicos de proveedores nacionales.
- Requisitos de desempeño: preferencia a proveedores que cumplan con exigencias de contenido local, licenciamiento de tecnología, contratación de personal, formación de consorcios con firmas locales, metas de exportación, *counter trade*, o cualquier exigencia similar.
- Exigencias diferentes a proveedores extranjeros al momento del registro, la precalificación, la solicitud de especificaciones técnicas, entre otras.
- Contratación directa de proveedores nacionales.
- Dificultad de acceder a los mecanismos de revisión e impugnación de los procesos de compras.

Uno de los ejemplos de los efectos jurídicos que los tratados de libre comercio, en particular el suscrito con Estados Unidos, producen en nuestro sistema jurídico fue la incompatibilidad y, por ende, efecto derogatorio que determinó la Corte Suprema⁶⁴ se había producido sobre nuestro régimen que planteaba la bonificación adicional a los proveedores nacionales. En este caso, la Corte Suprema expresó:

Décimo.- En ese sentido, tomando en consideración que el Tratado de Libre Comercio obliga a las partes contratantes (Perú-Estados Unidos de Norteamérica) asegurar que sus entidades cumplan con las disposiciones que aquel contiene, el Estado peruano adecuo sus normas y políticas de contratación pública, derogándose la Ley Nº 28650 y promulgándose el Decreto Legislativo Nº 1017, en cuyo Capítulo Nueve sobre “Contratación Pública” se establecen los principios que, en general deben seguir todas

⁶⁴ Sentencia A. P. Nº 6859-2012-LIMA de 05/09/2013, publicada el 02/12/2015.

las entidades estatales al momento de contratar, dentro de ellos se encuentran, el principio general de Trato Nacional y No Discriminación, conforme al cual cada parte contratante otorgará incondicionalmente a las mercancías y servicios de la otra parte y a los proveedores de tales mercancías y servicios de la otra parte, un trato no menos favorable que el trato otorgado por dicha Parte a sus propias mercancías, servicios y proveedores. [...]

Décimo quinto.- Este Supremo Tribunal aprecia que a diferencia de la anterior Ley de Contratación y Adquisiciones del Estado Nº 26850, el Decreto Legislativo Nº 1017, entre otros, se inspira en los principios de trato justo e igualitario y de equidad, lo cual se refleja claramente en su texto vigente, por consiguiente, proscribire bonificaciones o trato preferencial a favor de cualquiera de las partes, en especial a los bienes y servicios nacionales frente a los bienes, servicios y proveedores extranjeros. En consecuencia, cuando ordena en su disposición complementaria derogatoria, la derogatoria de la Ley Nº 26850 y demás normas que se opongan a sus disposiciones, está derogando la Ley Nº 27633 que otorgaba un veinte por ciento (20 %) adicional a las posturas de bienes y servicios elaborados o prestados en el territorio nacional.

Conforme a este criterio supremo, no podrá aplicarse dentro del territorio nacional medidas de fomento discriminadoras o proteccionistas en discriminación de la oferta extranjera. Como expusimos antes, esta regulación aplica dentro de los márgenes de la aplicación de los acuerdos comerciales, por ello es por lo que pueden subsistir en los casos de procesos de selección por debajo de estos umbrales.

En línea con este principio, Perú se ha obligado a no emplear condiciones compensatorias especiales asociadas –directa o indirectamente– a las compras públicas (*offsets*), es decir, aquellos compromisos de beneficios industriales, económicos y/o comerciales, exigidos por un país comprador como compensación por la compra de un bien o servicio que fomenten el desarrollo local, sea para la calificación y selección de proveedores, para la evaluación de las ofertas o en la adjudicación de los contratos, ya sea en la etapa anterior a la contratación pública cubierta o durante la misma. Así, no

podrán aplicarse dentro de las compras públicas, requisitos de inversión mínima, comercio compensatorio, compras de bienes y transferencia tecnológica.

6.3.2. Principio de transparencia en la contratación pública

Un segundo principio resaltable en los tratados es el de transparencia, en su versión de publicidad de las medidas para la contratación pública, por la que se deberá publicar oportunamente la siguiente información relevante sobre la contratación pública cubierta, y toda modificación o adición posterior, ya sea por medios electrónicos o impresos de amplia difusión y de fácil acceso para el público. La información relevante enumerada en los tratados es: leyes, reglamentos, procedimientos, sentencias judiciales y decisiones administrativas de aplicación general en materia de contrataciones.

También se hace exigible la publicación de los planes futuros de contrataciones, avisos de cada contratación pública cubierta, invitando a los proveedores interesados a presentar ofertas. Luego, la convocatoria que debe incluir el nombre y la dirección de la entidad contratante y cualquier otra información que sea necesaria para obtener toda la documentación relevante relacionada con la contratación pública; y, de ser el caso, el monto que deba pagarse por los documentos de contratación, una descripción de la contratación pública, incluyendo la naturaleza y, si se sabe, la cantidad de mercancías o servicios a ser contratados, y cualquier condición de participación, los periodos para la entrega de las mercancías o servicios a ser contratados o la duración del contrato, el método de contratación que se utilizará y si se realizará negociaciones, la dirección y plazos para la presentación de ofertas y, cuando sea apropiado, los plazos para la entrega de una solicitud para participar en una contratación pública, entre otros.

Por el mismo principio de transparencia, las entidades deben proporcionar: i) tiempo suficiente para presentar las solicitudes para participar en una contratación pública y preparar y presentar las ofertas, tomando en cuenta la naturaleza y complejidad de la contratación pública; ii) documentos de la contratación que incluyan toda la información necesaria para preparar y presentar ofertas adecuadas, incluyendo la naturaleza,

alcance y, si se sabe, la cantidad de mercancías o servicios a ser contratados y todo requisito que deba ser satisfecho, incluyendo las especificaciones técnicas, certificados de conformidad, planos, dibujos o manuales de instrucción, cualquier condición de participación, incluyendo toda garantía, información y documentos que deban presentar los proveedores, los criterios a ser considerados para la adjudicación del contrato y, salvo cuando el precio sea el factor determinante, la importancia relativa de tales criterios, etc.

En esa misma línea, en aplicación del principio de transparencia, cuando un proveedor solicita participar en una contratación pública cubierta, una entidad contratante deberá informar sin demora a dicho proveedor acerca de la decisión con respecto a su solicitud. Asimismo, la entidad deberá informar sin demora al proveedor, y a solicitud proporcionarle oportunamente una explicación debidamente motivada y por escrito acerca de las razones de la decisión para rechazar una solicitud de participación en una contratación pública o para dejar de reconocer a un proveedor como uno que cumple con las condiciones de participación.

Después de la adjudicación, la entidad contratante publicará en el medio oficialmente designado, ya sea por medios electrónicos o impresos, un aviso que incluya, como mínimo, la siguiente información sobre el contrato: el nombre y dirección de la entidad contratante, una descripción de las mercancías o servicios adquiridos, la fecha de la adjudicación, el nombre y dirección del proveedor al cual se adjudicó el contrato; el valor del contrato; y el método de contratación pública utilizado.

Por último, para fines de la rendición de cuentas, cada entidad contratante mantendrá informes y registros de los procedimientos de contratación pública relacionados con las contrataciones públicas cubiertas durante un plazo de por lo menos tres años después de la fecha de adjudicación de un contrato.

6.3.3. Reglas particulares de procesos de selección: condiciones de participación, especificaciones técnicas, pliegos de condiciones

En la línea de evitar prácticas discriminatorias y barreras irrazonables al comercio, los tratados tienen normas especiales respecto a las condiciones de participación y especificaciones exigibles y las bases de los procesos.

En cuanto a las condiciones de participación, la entidad deberá limitar tales condiciones a aquellas que sean esenciales para garantizar que un proveedor posee la capacidad legal, comercial, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación pública, valorar la capacidad comercial, técnica y financiera de un proveedor sobre la base de sus actividades globales de negocio, incluyendo sus actividades en el territorio de la parte del proveedor, así como sus actividades, de haberlas, en el territorio de la parte de la entidad contratante. A dicho efecto, no se puede imponer como condición de participación en una contratación pública que un proveedor hubiese sido adjudicado contratos por una entidad del Estado peruano o que el proveedor posea experiencia previa de trabajo en Perú.

Respecto a las mismas condiciones de participación, los tratados han incluido una enumeración de situaciones que permiten a la entidad contratante excluir a un proveedor de una contratación pública si se encuentra en bancarrota o ha presentado declaraciones falsas, deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de cualquier requisito sustantivo u obligación contractual, sentencias definitivas por delitos graves u otras infracciones. Incluso, algunos compromisos autorizan a excluir cualquier proveedor por “incumplimiento en el pago de impuesto”⁶⁵ y “falta de ética profesional o actos u omisiones que pongan en entredicho la integridad comercial del proveedor”.⁶⁶

⁶⁵ Tratado entre Perú y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, artículo 7.11. 2, f) y Acuerdo con Costa Rica (artículo 10.7., 3) f).

⁶⁶ Acuerdo con Costa Rica (artículo 10.7., 3) e).

Sobre las especificaciones técnicas, ninguna entidad puede preparar o aplicar ninguna ni exigirá algún procedimiento de evaluación de conformidad que tenga como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las partes. Por ello, al establecer cualquier especificación técnica para una mercancía o servicio a ser contratado, la entidad contratante deberá: precisar la especificación técnica, de ser apropiado, en términos de desempeño y requisitos funcionales más que en términos de características de diseño o descriptivas; y basar la especificación técnica en estándares internacionales, cuando existan y sean aplicables a la entidad contratante, salvo que la utilización de un estándar internacional no satisfaga los requerimientos del programa de la entidad o imponga una carga mayor que el empleo de un estándar nacional reconocido. No es posible establecer alguna especificación técnica que requiera o haga referencia a una determinada marca o nombre comercial, patente, derecho de autor, diseño o tipo, origen específico, productor o proveedor, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa o comprensible de describir los requisitos de la contratación pública y siempre que, en tales casos, se incluya también en los documentos de contratación expresiones tales como “o equivalente”.⁶⁷

No obstante, los tratados dejan establecidos que sí resulta posible que las entidades peruanas adopten o apliquen especificaciones técnicas para promover la conservación de los recursos naturales y el medio ambiente; o para exigir que un proveedor cumpla con las leyes generalmente aplicables relativas a principios y derechos fundamentales en el trabajo; o condiciones de trabajo aceptables con respecto a salario mínimo, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacionales en el territorio donde se produzca la mercancía o se preste el servicio.

6.3.4. Procedencia de la contratación directa como excepción

Todos los tratados consideran como pauta de principio que las entidades realicen procedimientos de licitación abierta para la selección de proveedores de contratos bajo

⁶⁷ Tratado de Libre Comercio con EE. UU., artículo 9.6: Información sobre contrataciones públicas futuras.

su cobertura. La licitación selectiva que invitará a un número delimitado de proveedores únicamente será la segunda alternativa de procedimiento.

En cuanto a las contrataciones directas, pueden ser empleadas siempre que no lo sean para impedir la competencia, proteger a los proveedores domésticos o discriminar en contra de los proveedores de la otra parte. Pero los tratados enumeran las causales taxativas para la procedencia de la contratación directa y estos son: i) procesos desiertos por ausencia de interesados o postores sin propuestas válidas; ii) cuando una mercancía o servicio únicamente pueda ser suministrado por un proveedor particular y no exista una alternativa razonable o mercancía o servicio sustituto; iii) entregas adicionales de mercancías o servicios por parte del proveedor original que tengan por objeto ser utilizados como repuestos, ampliaciones o continuidad del servicio del equipo existente, *software*, servicios o instalaciones; iv) cuando un cambio de proveedor obligaría a la entidad contratante a contratar mercancías o servicios que no cumplan con los requisitos de compatibilidad con el equipo, *software*, los servicios o las instalaciones existentes; v) para mercancías adquiridas en el mercado de productos básicos; vi) cuando una entidad contratante adquiere un prototipo o una primera mercancía o servicio que es desarrollado a solicitud expresa de dicha entidad, dentro de un contrato particular de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original; vii) en situaciones de emergencia y en la medida en que sea estrictamente necesario; viii) prestaciones adicionales de obra sin exceder el 50 % del monto del contrato inicial.

Otras causales admitidas que aparecen en algunos acuerdos comerciales son: “haberse identificado colusión entre postores en la presentación de ofertas”; y,⁶⁸ “compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que solo ocurran por muy breve plazo en el caso de enajenaciones extraordinarias como las derivadas de situaciones de liquidación, administración judicial o quiebra, pero no en caso de compras ordinarias a proveedores habituales”.⁶⁹

⁶⁸ Acuerdo Comercial Perú-Unión Europea artículo 185. A) iv).

⁶⁹ *Ibíd.*, artículo 185. G).

6.3.5. Tratamiento de la información de los postores (transparencia, acceso a terceros y confidencialidad)

En cuanto al tratamiento de la información de los postores, se debe tener presente que la entidad contratante recibirá y abrirá todas las ofertas bajo procedimientos que garanticen la igualdad e imparcialidad del proceso de contratación pública.

Para ello, la entidad contratante dará trato confidencial a las ofertas, al menos hasta la apertura de estas. En especial, la entidad contratante evitará proporcionar información a los proveedores que pudiera perjudicar la competencia justa entre proveedores.

6.3.6. Principio de probidad y políticas anticorrupción

Los tratados de Libre Comercio que ha celebrado Perú también se han preocupado de la integridad en las compras públicas, por lo que Perú se ha obligado a establecer o mantener procedimientos para declarar la inelegibilidad, indefinida o temporalmente, para participar en las contrataciones públicas de los proveedores que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación pública. Previa solicitud de la otra parte, la parte que reciba la solicitud identificará a los proveedores determinados como inelegibles bajo estos procedimientos y, cuando resulte apropiado, intercambiará información con respecto a estos proveedores o a la actividad fraudulenta o ilegal.

Del mismo modo, se prevé que las entidades no pueden solicitar ni aceptar, de manera que pueda tener por efecto impedir la competencia, asesoramiento que pudiera utilizarse para preparar o adoptar cualquier especificación técnica para una contratación pública específica proveniente de cualquier persona que pueda tener interés comercial en esa contratación pública.

7. La relevancia de los recursos contra las adjudicaciones ilegales en el Derecho internacional de las contrataciones

Una de las características del Derecho internacional de las contrataciones ha sido influenciar sostenidamente a los ordenamientos nacionales para que prevean instrumentos eficaces, transparentes y no discriminatorios para que los proveedores puedan provocar la revisión –en sede judicial y administrativa– de las actuaciones precontractuales de las entidades que considere ilegales y les afecten.

El recurso contra las adjudicaciones ilegales ha sido considerado como un estándar necesario en la regulación de los contratos administrativos partiendo de dos vertientes convergentes, pero con propósitos inicialmente distintos. En esa línea, se ha afirmado correctamente que: “Evidentemente, las reacciones de las empresas son el medio más seguro de cerciorarse de que los poderes adjudicadores recurren a prácticas de adjudicación de contratos abiertas y competitivas. Los contratistas son quienes mejor situados están para comprobar si se respetan las normas de contratación pública, y pueden indicar con rapidez las infracciones cometidas a los órganos de contratación. A veces, las infracciones se corrigen inmediatamente, en cuanto son señaladas a la entidad o poder adjudicador. En caso contrario, existen vías formales de recurso, entre las que se cuenta la acción judicial”.⁷⁰

Evidentemente, el conocimiento del tema que tienen los proveedores, la inmediatez con relación al momento de la comisión de la desviación y su interés económico en el proceso de selección hacen a los postores aparecer como el mecanismo oportuno que debe acogerse en los ordenamientos para contar con un instrumento preferente de control de la legalidad de la adjudicación.

⁷⁰ Comisión Europea, *Libro Verde. La contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro*. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del Señor MONTI, 16. https://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf

Por un lado, proviene de las normas de apertura comercial internacional que buscan crear un mercado público global al cual concurren libremente los agentes económicos internacionales sin discriminaciones. Aquí el instrumento del recurso tiene como propósito permitir a los propios agentes económicos controlar las acciones u omisiones de proteccionismo que se dan en los países, asegurando el cumplimiento de las normas supranacionales (comunitarias en el caso europeo y de los tratados de libre comercio en el caso americano), por lo cual su alcance se encuentra en principio limitado a las normas, contratos y reglas incluidas en el ámbito supranacional.

Por el otro lado, otra vertiente, proveniente de los instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción nos plantea la necesidad y conveniencia de contar con este instrumento dentro de una estructura de controles internos nacionales, para prevenir la corrupción, sin diferenciación de la norma transgredida, del origen del postor afectado, si el contrato está sujeto a regulación internacional o únicamente nacional. En este caso se trata de un instrumento acogido por su valor propio de prevenir actos corruptos protegiendo en cumplimiento del ordenamiento jurídico del contrato y, en principio, en valor de la integridad.

En ambos casos, la clave está en la incorporación de estos medios eficaces y oportunos para la impugnación de la decisión gubernamental en las compras públicas por los distintos intereses en juego. Como afirma Mairal, los recursos en materia de contratación pública plantean “un visible conflicto de intereses públicos y privados que torna difícil adelantar soluciones categóricas y universales. Incluso se observa el choque de dos intereses públicos en la mayoría de los casos: por una parte, la conveniencia de no demorar la ejecución del suministro, obra pública u otra prestación que satisfará necesidades colectivas; por la otra, el interés de respetar el principio de legalidad administrativa. A su vez, la contraposición de intereses privados opone el interés del adjudicatario, muchas veces no participe de la irregularidad administrativa, al de los demás oferentes que buscan la anulación de la adjudicación”.⁷¹

⁷¹ Héctor Mairal, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes* (Buenos Aires: Depalma, 1975), 45.

7.1. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Mediante la Resolución 58/4 de la Asamblea General de 31 de octubre de 2003, fue aprobada la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción con el propósito de promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos. En este documento se incluye expresamente la necesidad de contar con mecanismos de reclamos eficaces contra actos de formación contractual ilegal.

Artículo 9.- Contratación pública y gestión de la Hacienda pública

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

[...]

d) 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 conforme al presente párrafo;

[...]

Esta convención tuvo un impacto relevante para los esfuerzos posteriores en el Derecho internacional de las contrataciones públicas al asociar la idea del recurso administrativo como instrumento de control del cumplimiento de los principios de la contratación con la prevención de la corrupción. Un análisis del contenido de esta medida nos permite establecer cuatro elementos fundamentales:

- Compromiso de los Estados de adoptar sistemas apropiados de control y prevención de la corrupción, uno de los cuales es el sistema de apelación y recursos contra decisiones ilegales.
- Vincular directamente el recurso con el objetivo de prevenir la corrupción en los contratos del Estado.
- No desarrollar orgánica ni procedimentalmente el contenido específico del sistema de “recursos y soluciones legales”, dejando a cada país la responsabilidad de estructurar su diseño y alcance.
- Exigir que este sistema sea un “mecanismo eficaz de examen interno”, lo cual debe ser entendido, según la propia Naciones Unidas “especialmente en cuanto a celeridad, transparencia, publicidad, suspensión oportuna de los procedimientos de contratación o del contrato, según proceda”.⁷²

7.1.1. Los instrumentos de control interno en las contrataciones administrativas y el recurso de apelación en particular

El primer aspecto de la medida recomendada es adoptar un “mecanismo eficaz de examen interno”, el cual incluya “un sistema eficaz de apelación”, lo cual evidencia que la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción reconoce la necesidad de contar en cada país con una red de controles internos sobre los procesos de contratación pública para preservar su probidad, transparencia y legalidad.

En sentido organizacional, el término control implica diversos matices, instrumentos y sentidos, pero todos tienen una base común: hacer efectiva la limitación de poder y fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos.⁷³ Esa variedad de instrumentos de control pueden ser diferenciados según diversos criterios,⁷⁴ pero tienen como factor

⁷² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (Nueva York: Naciones Unidas, 2010), 38.

⁷³ Manuel Aragón, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995), 71.

⁷⁴ Por ejemplo, en una bastante amplia clasificación, Ivanega diferencia: control administrativo, legislativo y judicial; previo, preventivo y posterior; autocontrol y heterocontrol; integrado y no integrado; ejecutivo o por muestreo; descendente, ascendente u horizontal; global o parcial; especializado y genérico; autorizativo, sancionatorio, o crítico; administrativo, financiero, técnico,

común garantizar el buen uso del poder confiado. No obstante, el control público no constituye en ningún caso una finalidad por sí misma, sino un instrumento al servicio de la limitación del poder para que este se ejerza correctamente. Como se ha manifestado correctamente “El control no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro”.⁷⁵

Por ello, no puede obviarse que existe una relación de reciprocidad y de contradicción entre “administrar” y “controlar”. Controlar implica el rol contrario a administración, un volver a ver. Pero, simultáneamente, control público se presenta como una fase dentro de todos los ciclos administrativos ordinarios. Desde esta perspectiva, concretamente, podemos definir al control como la actividad de segundo grado o actividad-medio que importa la revisión y verificación de actuaciones administrativas –concluidas o en proceso– a cargo de la administración de gestión con el objetivo de promover la unidad de la acción administrativa.

de gestión o de personal; de procedimiento y de revisión; jerárquico y de tutela; decisorio y sugestivo; formal y material; interno y externo; intraorgánicos, interorgánicos y extraorgánicos; de oficio y a instancia de parte; legalidad y oportunidad; y provocados. Miriam Ivanega, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad* (Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 1998). También Barraza y Schafrik proponen diferenciar entre: control financiero, patrimonial, de costos (por su objeto); de mérito y de gestión (por su alcance); administrativo, legislativo y jurisdiccional (por el órgano que lo lleva a cabo); interno y externo (por la ubicación de los órganos); preventivo, simultáneo y posterior (por el momento en que se lleva a cabo); alternado, sistemático, periódico (por su continuidad); analítico y sintético (por su intensidad); directo e indirecto (por la vía escogida); positivo o negativo (por sus efectos); revisivo o escritural (por su forma). Javier Barraza y Fabiana Chafrik, *El control de la Administración Pública* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 69-70.

⁷⁵ Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), *La Declaración de Lima* (s/f), 5. http://es.issai.org/media/14482/issai_1s.pdf

De ahí que en toda gestión administrativa coexisten la administración de la gestión y la administración de control, debiendo mantenerse cada una en su rol distinto. El control no debe superponerse a la gestión dado que no es un fin en sí mismo, por lo que debe tener prevalencia en la gestión los fines de la administración.

Es innegable que el control es indispensable en la gestión para promover mejoras en la administración, asegurarse de la subordinación de la administración al sistema jurídico para que exista una actitud favorable al deber de rendir cuentas de las autoridades gubernamentales. En particular, en las compras estatales el control es indispensable ya que estamos ante la principal –por lo cuantitativo y cualitativo– forma de gasto público, donde confluyen una pluralidad de intereses contradictorios (de las áreas usuarias, agentes logísticos, proveedores, subcontratistas, máximos jerarcas) y existe una gran posición de discrecionalidad de la Administración (para fijar la oportunidad de la adquisición, los requisitos mínimos que se pedirán a los postores, las reglas del proceso y criterios para seleccionar la propuesta más conveniente, en la fijación del valor referencial, para decidir a quién invitar y a quién no, etc.).

Los controles en materia de compras públicas no pueden encontrarse presente en todos los contratos y adquisiciones, ni pueden tener la misma forma e intensidad. Debe concentrarse en las principales oportunidades de problemas de control como son las adquisiciones de monto alto, las adquisiciones en mercados limitados (p. ej., seguros), las adquisiciones de objeto complejo (p. ej., sistema informáticos), las adquisiciones sin pluralidad de oferentes (p. ej., exoneradas, compras complementarias), las contrataciones con oferta restringida (contratos de obra y supervisión), en caso de especificaciones técnicas genéricas o muy específicas (p. ej., estandarización), o en materias internacionalmente reconocidas como propensas a la corrupción (p. ej., adquisiciones reservadas por secreto militar). Estas acciones se encuentran abocadas hacia la identificación de los principales indicadores de debilidades de control interno como la concurrencia de intereses entre postores (vinculación económica o de poderes); los adjudicatarios o postores repetidos en varios periodos; los adjudicatarios como proveedores con objeto social ajeno al contrato o con objetos sociales indeterminados;

cuando se presentan diferencias entre el contrato suscrito y las ofertas y bases concursadas; el caso de contrataciones no planificadas; la reiteración de exoneraciones; los procesos declarados desiertos reiteradamente; cuando el precio de contrato es idéntico al del valor referencial del estudio del mercado o por encima de este; evidencia de que las ofertas supuestas presentadas por diversas empresas provienen de la misma fuente; contratos adjudicados a los mismos postores, pero con montos distorsionados con entidades similares; estudios de mercado efectuados con el ganador del proceso; cuando el inicio de prestación o la entrega de bien se ha producido antes de invitación, de la oferta o de la adjudicación; cuando se produce una demora injustificada de inicio de la ejecución del contrato; cuando se produce un calendario ajustado o breves plazos de entrega para compras grandes: la adjudicación de contratos importantes a proveedores recién constituidos o inscritos en el Registro de Proveedores o la Sunat.

7.1.1.1. Los diversos elementos del control administrativo sobre las compras públicas

En sede administrativa convive una pluralidad de instrumentos de control hacia la actividad de contratación del Estado, para cuya explicación nos detendremos en identificar los elementos que se encuentran en cualquiera de ellos.

El primero, es el **ente contralor**, lo cual pregunta por **quién controla**, por ejemplo, el Sistema Nacional de Control, liderado por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Interno, que presentan una fiscalización preponderantemente posterior.

Luego se encuentra el ente, sujeto u órgano sobre el cual recae el control y responde a la pregunta de **quién es controlado**, por lo general, funcionarios públicos que cumplen algún rol específico relevante, como la capacidad para evaluar propuestas de postores o el área usuaria de un bien, llamados a darle la conformidad a la adquisición.

A continuación, tenemos el **objeto de control**, que nos sirve para identificar la acción o decisión controlada, siendo que potencialmente lo son todas las actuaciones de los

sujetos a su ámbito, pero en el tema de contrataciones pueden ser las exoneraciones a procesos de selección o los proyectos de contratos. A efectos de la ejecución del control debemos identificar también el criterio del control, que es el estándar o estándares que serán empleado para medir la corrección del objeto de control que, por lo general, son la legalidad, el criterio económico, la eficiencia o eficacia y, la transparencia de cada una de las fases contractuales.

También podemos identificar el elemento **oportunidad del control**, esto es, responder a la pregunta ¿cuándo se controla?, a cuyo efecto se suele diferenciar los controles previos a la decisión, concurrentemente de la producción de la decisión y el control posterior.

La **técnica de control**, que nos refiere al procedimiento seguido para realizar el control. Podrían serlo, las autorizaciones o emisión de informes previos a la decisión y las auditorías o exámenes especiales que son instrumentos de control posterior.

El **juicio o estimación del control**, esto es, cómo se manifiesta el pronunciamiento resultado del proceso de control una vez practicado, que puede ser mediante órdenes, informes vinculantes, vetos a la decisión, informe con recomendaciones, etc.

Finalmente, tenemos la **consecuencia del control**, que nos sirve para identificar concretamente cuál es la forma de adquirir influencia sobre la gestión de la decisión de control, particularmente cuando esta es, descalificatoria. Por ejemplo, puede ser la anulación del contrato o la imputación de responsabilidades a los funcionarios o servidores.

7.1.1.2. Las variedades del control sobre la gestión contractual en el Perú

a) Por el agente de control

Desde la perspectiva del agente que desarrolla la actividad de control nos encontramos con el control por agentes administrativos como el Sistema Nacional de Control, el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE), el Ministerio de Economía y Finanzas a través del Sistema de Inversión Pública, entre otros. También encontramos los controles de naturaleza jurisdiccional, que, en nuestro país, al establecerse la vía arbitral obligatoria, compete a los tribunales arbitrales designados al efecto en cada contrato. También encontraremos el control político a cargo de las comisiones del Congreso (comisiones investigadoras) y a los parlamentarios individualmente considerados (pedido de información). También encontraremos de manera inorgánica algunos espacios de control ciudadano a través de las veedurías ciudadanas (reguladas por las Resoluciones de Contraloría N° 155-2006-CG y N° 374-2006) y las denuncias ciudadanas ante el propio Sistema Nacional de Control, el que a partir de ellas despliega sus acciones de fiscalización.

b) Por el criterio del control

El criterio de control tradicional es el de legalidad, que consiste en “la revisión y comprobación de la aplicación de las normas legales, reglamentarias y estatutarias y su evaluación desde el punto de vista jurídico”.⁷⁶

Las diversas tareas que comprenden el control de la actividad administrativa requieren del apoyo del sistema jurídico para realizar el análisis de la corrección de la gestión evaluada. En sentido propio, todo control comprende, necesariamente –aunque en diversos grados–, una verificación de la observancia de las disposiciones legales, por lo cual el control de la legalidad constituye normalmente uno de los objetivos específicos

⁷⁶ Novena disposición final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

en las actividades de control que se practican a las dependencias y entidades del sector público. El sistema jurídico aporta el criterio o estándar a través de cuyo contraste podrá realizarse el control. Como afirma Silva Cimma, el control de legalidad es “aquel que busca y persigue que los actos de la administración controlada se ajusten a las disposiciones de la ley o, si se quiere, en términos más amplios y tal vez más precisos, de las normas jurídicas que regulan la marcha de esa administración, sean estas normas la Constitución, las leyes y aun los reglamentos”.⁷⁷

Desde este punto de vista, el control de legalidad tradicional consiste en cotejar una determinada actuación contractual, escogida dentro de una muestra, con la normativa legal que la vincula, para comprobar cómo ha sido realizada según las disposiciones jurídicas que le son aplicables. A eso se le conoce comúnmente como examen de cumplimiento o de conformidad legal. Este examen variará de acuerdo con el tipo de control que se vaya a realizar, de tal modo que en los controles financieros se orientará a proporcionar una garantía razonable para la detección de aquellos actos ilegales que tengan un efecto, directo o indirecto, suficiente en los estados financieros.

En los controles de economía y eficiencia: se orientará a examinar el cumplimiento de la legislación que pueda afectar de manera significativa a la adquisición, gestión y uso de los recursos, y a la cantidad, calidad, oportunidad y costo de los productos y servicios generales y servicios generales suministrados. En el control de gestión se deberá revisar aquella legislación relativa a los objetivos y planes o actividades de la entidad, así como evidenciar si los planes y actividades puestos en práctica han seguido la legislación vigente.

Este examen de cumplimiento legal posee como aspectos favorables el constituir cualitativamente un análisis más objetivo y ser un medio para asegurar la subordinación administrativa de los agentes públicos. En cuanto a la objetividad de este análisis se afirma que esta visión reúne un alto grado de neutralidad, ya que al emplear como

⁷⁷ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994), 46.

criterio analítico una norma legal previa, ajena e indisponible tanto para el evaluado como para el evaluador, aleja al examen de cualquier subjetividad.

Al tenerse como parámetro de medición la normativa objetivada, el juicio de valoración de quien controla queda sometido a razones más estables y sujeto a las reglas de verificación, en mayor nivel que cuando se realiza el control de oportunidad o de gestión, que por su propia naturaleza comporta asumir como criterios aspectos valorativos opinables. Por ello afirma Cordero Vega⁷⁸ que este tipo de control “sea considerado de carácter objetivo”.

Pero contemporáneamente este modo de ejercer el control de legalidad se ha visto afectado por diversos factores que le son adversos como su perversión en un control procedimental, adjetivo o de formalidades, por valorar por igual el cumplimiento de normas sustantivas (legalidad material) y adjetivas (legalidad formal), con especial énfasis en la segunda, a tal punto que, por ejemplo, la propia Declaración de Lima de 1977 se refiere al control de legalidad como un “un control formal”, a diferencia de otras modalidades que se agrupan bajo el nombre de “control de realizaciones”.⁷⁹

En verdad, este enfoque del control de legalidad tradicional olvidó que para su existencia útil requería de su criterio valorativo (la normativa) algunas condiciones indispensables:

- Claridad suficiente de la normativa, de tal modo que aquella disposición cuyo cumplimiento se exige posea las características mínimas de aplicabilidad (p. ej., su publicidad, un texto sin imprecisiones que permitan doble interpretación, la posibilidad real de cumplimiento, etc.) que brinden a los auditados su cumplimiento sin problemas. De otro modo, frente a la diversidad interpretativa terminaría permanentemente el control imponiendo *a posteriori* sus pareceres a

⁷⁸ Luis Cordero Vega, *El control de la administración del Estado* (Santiago de Chile: LexisNexis, 2007), 30.

⁷⁹ Una visión crítica del control de legalidad puede verse en nuestro trabajo, Morón Urbina, Juan Carlos. “La auditoría jurídica. El control de legalidad de la gestión pública confiado a las entidades fiscalizadoras superiores”. En *Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

las demás entidades o, en el supuesto más grave, que ante casos de vacíos normativos o de actos discrecionales, exigir que el controlado haya seguido la opción considera acertada por el auditor *a posteriori*, aunque ambas sean igualmente posibles. En cualquier caso, la actuación del auditor bajo estos cánones genera por inducción una administración respaldada en la Entidad de Fiscalización Superior (EFS) y termina entrampando a la gerencia.

- Actualidad del contenido y sentido de la norma que se exige, esto es, que al momento de la evaluación la orientación de la normativa preexistente continúe en concordancia y “sintonía” con el sentido global y principios que sigan la regulación de la materia, así como acorde a los retos de la realidad administrativa, que permita a quien controla exigir su cumplimiento sin el riesgo de pretender obligar al cumplimiento de alguna normativa impracticable, obsoleta o que de modo sobreviniente haya devenido de modo claro en ilegal o inconstitucional, cuando lo más adecuado sería postular una actualización de la normativa, mediante una modificación legal, pues de otro modo, frente a la contradicción normativa, el control fiscal terminaría teniendo un sentido antievolutivo.

- La apreciación diferenciada del control de legalidad al cumplimiento de actos reglados del control de actos discrecionales, de modo que la supervisión sea realizada de manera técnica y sin afectar injustificadamente el margen de apreciación que el ordenamiento atribuye a la administración activa para la concreción del interés público en sus actos discrecionales. Con precisión ha manifestado Ivanega que es necesario diferenciar entre el control de legalidad propiamente (que se realiza sobre los actos reglados) del control de oportunidad, que es realizado sobre los aspectos discrecionales del acto.⁸⁰ En ese sentido, el control sobre la administración activa necesita comprender que la forma como el legislador vincula a la Administración es más intensa en los actos reglados que en los discrecionales, en los que la sujeción se flexibiliza conscientemente para

⁸⁰ Miriam Ivanega, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, 2ª ed. (Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003), 74.

permitir precisamente márgenes de apreciación a las autoridades, indiferentemente de cualquiera de sus opciones, que no puede ser desconocido por quien lo controla. Como habíamos manifestado antes, justamente la objetividad que goza el control de legalidad viene por que quien controla confronta la decisión adoptada, su procedimiento seguido y su finalidad con aquella disciplina que predeterminó antes la normativa y no con el criterio subjetivo de lo que él cree que la norma debería haber dicho o cómo debería haber sido integrada o interpretada por el operador.

c) **Por su activación**

Desde la perspectiva de la manera en que se activa el control sobre las contrataciones, podemos identificar **los controles de oficio** que se realizan a iniciativa e impulso de la propia Administración, obedeciendo a su planificación de control, como las auditorías y exámenes especiales que realiza la Contraloría General de la República. También existen los **controles a instancia de parte**, que son activados por los administrados, pero restringidos a contar con legitimación particular y pagos o garantías económicas previas por medio de los recursos administrativos ante el Tribunal de Contrataciones para que revisen en sede administrativa las adjudicaciones de buena pro, y las observaciones o cuestionamientos a las bases que permiten acudir en vía de revisión ante el OSCE para que atienda esos reclamos.

Finalmente, podemos distinguir también los **mecanismos de control obligatorios** en que la normativa ha atribuido competencias a determinados funcionarios públicos para que controlen obligatoriamente y en todos los casos algunos actos indispensables del proceso de contratación o de ejecución contractual. Así sucede con la competencia de determinadas autoridades para aprobar el plan de adquisiciones, el expediente de contratación, la adjudicación de la buena pro, conocer de los pedidos de nulidad de la licitación, la aprobación de modificaciones a los contratos, etc.

d) Por la oportunidad o momento del control

Desde la perspectiva del momento en el cual es realizado el control sobre la contratación podemos diferenciar el control preventivo, que se desarrolla antes de la adopción de la decisión de contratar; el control concurrente, que se desarrolla en paralelo y simultáneo con el proceso decisional de la contratación; y el control posterior, que se desarrolla respecto a la decisión ya adoptada.⁸¹

El **control preventivo** es valorado positivamente por cuanto cuenta a favor evitar que un proyecto de decisión indebida se concrete, evita incurrir en deficiencias y responsabilidades, y coadyuva a la seguridad jurídica de las decisiones. Pero tiene en contra el breve tiempo con que cuenta necesariamente para concluir y no afectar a la gestión, la posible confusión con la gestión como cuando el agente de gestión se respalda en lo que decide la instancia de control a su pedido; y, también, el compromiso de quien controla con la decisión final de modo que se involucran conjuntamente privándole de autonomía para poder ser eficiente. Finalmente, prolongar la decisión administrativa que muchas veces es factor determinante de la gestión.⁸² Son ejemplos de este control, la exigencia de visación del contrato, la declaración de viabilidad del proyecto de inversión, los informes favorables previos, etc.

Por su lado, el **control posterior** es valorado favorablemente por cuanto da libertad y confianza al administrador para decidir lo que considere adecuado para el ordenamiento y la gestión, y le permite un tiempo de análisis razonable a quien controla para adoptar una decisión mesurada. Pero, por lo contrario, existen críticas serias por tener un carácter represivo o punitivo dado que reclama la responsabilidad del órgano culpable, la indemnización del perjuicio producido y vía sus recomendaciones de curso

⁸¹ La Declaración de Lima afirma: "Si el control se lleva a cabo antes de la realización de las operaciones financieras o administrativas, se trata de un control previo; de lo contrario, de un control posterior". INTOSAI, *La Declaración de Lima*, 5.

⁸² La Declaración de Lima afirma: "3. El control previo ejercido por una Entidad Fiscalizadora Superior implica la ventaja de poder impedir un perjuicio antes de producirse este, pero la desventaja de comportar un trabajo excesivo y de que la responsabilidad basada en el derecho público no esté claramente definida". INTOSAI, *La Declaración de Lima*, 5.

de acción, resulta apropiado para impedir, en el futuro, la repetición de infracciones, y la tendencia a la extemporaneidad (si no es sucesivo o concomitante).

7.1.1.3. Los controles interno y externo en las compras públicas y sus relaciones con los controles posterior y preventivo

En la compleja dinámica administrativa aparecen de diversas maneras los esquemas de control sobre las contrataciones públicas, que pueden ser sintetizados en:

- Control interno previo (jerárquicos y laterales)
- Control interno posterior (como actividad)
- Control interno posterior (como función)
- Control externo previo (OSCE, Tribunal de Contrataciones, MEF, CGR)
- Control externo posterior (auditoría)

a) El control interno sobre las contrataciones públicas

Comprende las acciones de cautela que se producen al interior de la propia organización administrativa y con oportunidad antelada a la decisión (control interno previo), simultánea al proceso decisional (control concurrente) y de verificación posterior a la ejecución de la decisión ya adoptada (control interno posterior) que debe realizarse permanentemente por la misma entidad a su interior. Como resulta obvio, este momento del control corresponde a las propias autoridades y funcionarios de las institucionales según sus competencias administrativas, por lo que se suele denominar “control inicial o primario a cargo del propio administrador mediante diversos instrumentos secuenciales”.⁸³ En particular, el control interno posterior compete a los superiores jerárquicos como una actividad gerencial dentro de su proceso de toma de decisiones, y al OCI como una función permanente.

⁸³ Antonio Citadini, *El control externo de la Administración Pública* (Caracas: Contraloría General de la República de Venezuela, 1995), 77.

Los controles internos previos de tipo jerárquicos son, por ejemplo, la necesidad de contar con una distribución de competencias en contrataciones diseminada en la propia organización administrativa (titular de entidad, máxima autoridad administrativa, comité especial de adjudicación, área usuaria), la existencia del recurso de apelación que pueden presentar los postores cuando consideren que la adjudicación es irregular, la competencia reservada a determinada instancia para autorizar algunas decisiones de contratación, como la exoneración, la cancelación del proceso, la nulidad de proceso, la estandarización, etc.

Son controles internos laterales, la necesidad de formular, aprobar y cumplir un plan de adquisiciones, la necesidad de seguir un procedimiento preestablecido para aprobar una exoneración, etc.

El control interno es el proceso continuo realizado por los niveles de dirección, gerencia y el personal de la entidad con el objeto de proporcionar seguridad razonable de una gestión eficiente, eficaz, económica, legal y transparente de las compras a su cargo. Sus componentes esenciales son el ambiente de control (entorno de integridad y valores, estructura orgánica, asignación de autoridad y responsabilidad), la evaluación del riesgo (autoevaluación de posibilidades de incurrir en eventos negativos), las actividades de control gerencial (p. ej., revisiones de desempeño, de procesamiento de información, etc.), los sistemas de información y comunicación (expediente de contratación, actas de comités, SIAF, SIGA, etc.), las actividades de monitoreo (evaluación de calidad del control interno), el seguimiento de resultados (supervisión de cumplimiento de la prestación), los compromisos de mejoramiento, las asignación de competencias (titular de la entidad, máxima autoridad administrativa, área usuaria, área de logística, comité especial), el plan anual de adquisiciones, el Registro de Proveedores, las prohibiciones e impedimentos para ser postor y miembro del comité especial, la exigencia de contar con el expediente de la contratación y expediente técnico (obras), la necesidad de tener un estudio de mercado (análisis de posibilidades logísticas, descripciones del bien, servicio u obra, y valores referenciales), la necesidad de agregación de demanda y prohibición de fraccionamiento, la generación del valor referencial (actualidad y antigüedad

controlada), los libro de actas de los procesos de selección y de obras, la publicidad de las reglas del proceso factores de evaluación, la estructura preclusiva de los procesos de selección (convocatoria, registro, consultas, observaciones, ofertas, evaluación y adjudicación).

Por su lado, el control interno posterior, como actividad, lo podemos encontrar en la nulidad de adjudicación o del contrato, las evaluaciones de superiores jerárquicos, la publicación obligatoria de decisiones y contratos, etc., mientras que el control interno posterior como función está a cargo de los Órganos de Control Interno de las entidades que llevan a cabo acciones de control (auditorías y exámenes especiales) y asesorías no vinculantes a futuro.

b) El control externo sobre las contrataciones públicas

El control externo es el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos que realizan entidades fuera de la entidad a cargo de la gestión para supervisar, vigilar y verificar la gestión de los procesos de contratación y la ejecución contractual realizados por otras entidades sujetas a su revisión.

El control externo previo está a cargo del OSCE cuando conoce de las observaciones y de los recursos de apelación que pueden presentar los postores previo pago de derechos y garantías de la Contraloría General de la República cuando le compete emitir informe previo para compras militares, autorizar previamente la ejecución y pago de adicionales de obra, autorizar previamente las mayores prestaciones de supervisión (distintas a adicionales de obra). Por su naturaleza excepcional requiere habilitación por norma expresa, no conlleva injerencia en procesos de dirección y gerencia a cargo de la Administración ni interferencia en el control posterior. También compete al Ministerio de Economía y Finanzas cuando, previa evaluación de perfil, prefactibilidad y factibilidad declara la viabilidad del proyecto que las entidades desean ejecutar por SNIP y condiciona su ejecución al cumplimiento de determinados factores (p. ej., precio, características técnicas, metodología de ejecución, etc.).

El control posterior externo a las compras estatales implica las diversas modalidades de intervención del Sistema Nacional de Control sobre las compras estatales, como auditorías, exámenes especiales, entre otras. Para su mejor ejecución requiere previamente a su ejecución, por la cantidad de actos a revisar, definir con base en la experiencia los puntos de atención específicos y concentrarse en ellos. Así, por ejemplo, al analizar la determinación del valor referencial es conveniente concentrarse en verificar si las cotizaciones tienen todas las características del bien o servicio convocado, si los documentos que sustentan el informe son válidos y confiables, si las cotizaciones contienen todos los gastos e impuestos aplicables, si la antigüedad del valor referencial está dentro de lo permitido, si las fechas de la cotización son coherentes con el requerimiento del área usuaria y el cronograma del proceso, si las cotizaciones o estudios de mercado son idóneos y razonables (pluralidad de ofertas e idoneidad del ofertante), entre otros.⁸⁴

c) El control concurrente en los procesos de selección

Es la veeduría en procesos de selección que realizan los representantes del Sistema Nacional de Control que consiste en observar el desarrollo de determinados actos del proceso de selección, alertar de riesgos al titular y emitir información a la CGR. Por su naturaleza tiene como objetivos la disuasión frente a intentos de desviaciones, alertar de la existencia de riesgos o desviaciones, y conocer el entorno de las decisiones y recabar información útil para control posterior.

Las facultades de veedor son suscribir documentos o el acta en la actividad que haya participado, formular informe sobre su participación, acceder a la información del proceso (estudios previos, ofertas, etc.), pero no puede interferir en decisiones del comité especial, ubicarse juntamente con los miembros del comité, absolver consultas o recibir denuncias de los postores, absolver consultas al comité especial. Mas también

⁸⁴ Guía de Auditoría de las Adquisiciones y Contrataciones del Estado, aprobada por Resolución de Contraloría N° 532-2005-CG.

la veeduría puede producirse en la ejecución contractual a través de la participación de un representante del Sistema Nacional de Control en la realización de la ejecución del contrato ya celebrado. Así, en la adquisición de bienes puede verificar las condiciones de fabricación del bien ofrecido, la conformidad de los bienes ingresados a la entidad; en la prestación de servicios puede proceder a la verificación del cumplimiento de la prestación comprometida en la construcción de obras, puede realizar inspecciones físicas a la construcción para verificar documentación técnica, documentación financiera, ubicación del proyecto, partidas presupuestales, pruebas de calidad de la obra, materiales en almacén, utilización de maquinaria y equipo, etc.

En este universo o red de controles, el control por medio del sistema eficaz de apelación, para garantizar soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos, nos ubica frente a un conjunto amplio de alternativas de diseño. Por ejemplo, desde la perspectiva del ente de control podría asignarse la competencia de revisión a un organismo jurisdiccional, a un organismo administrativo distinto a la propia entidad o a esta misma. En cuanto al ente que sería controlado no queda duda que sería la autoridad contratante cuya decisión se impugna, el objeto de control sería justamente la decisión pasible de ser apelada producidas en la fase de formación del contrato o en su fase de ejecución. Respecto al criterio de control, conforme el mismo texto de la Convención, se trataría de un control de legalidad estricto. La oportunidad del control, al ser previa a la consolidación de la decisión, se ubicaría entre los mecanismos de control previo a la formación del contrato. El juicio de control se traduciría en la decisión final, emitiendo la estimación favorable o negativa del revisor. Finalmente, la consecuencia de este control vía recurso sería la confirmación o modificación del acto recurrido, previa verificación de su legalidad.

7.1.2. Las prácticas corruptas en contrataciones que ameritarían ser controladas preventivamente mediante el recurso

La Convención contra la Corrupción nos refiere que la idea de eficacia debe presidir al instrumento del recurso, con lo cual anticipa la búsqueda que la vía de la impugnación

llegue a funcionar de modo que realmente permita identificar de manera oportuna y revierta los eventos de ilegalidad –y de corrupción en los procesos de contratación–, o como manifiesta Parejo: “la efectiva consecución de objetivos prefijados”⁸⁵ dentro de una específica valoración del efecto o resultado de la acción administrativa en la realidad social, por relación a unos fines dados.

De este modo, para la Convención, la institución del recurso administrativo de las adjudicaciones queda conectado con un propósito: prevenir los actos de corrupción en las contrataciones públicas. Si bien existen diversos grados de afectación que pueden derivarse de los supuestos de adjudicaciones ilegales que se pueden producir en diversos momentos del ciclo de formación contractual (antes de la convocatoria pública, en la formulación de los pliegos o bases, en la convocatoria, en la evaluación de las propuestas y en la adjudicación), los recursos que se diseñen a nuestro criterio ameritarían considerar una cobertura, alcance y suficiencia para comprender los supuestos más comunes de desviaciones en la contratación pública asociados a la corrupción:⁸⁶⁻⁸⁷

⁸⁵ Luciano Parejo, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa* 218-219 (abril-septiembre 1989), 19.

⁸⁶ Para la elaboración de la presente relación casuística hemos revisado: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, *La integridad en la contratación pública. Buenas Prácticas de la A a la Z* (Madrid: INAP, 2009); José Gimeno Feliu, “El necesario *big bang* contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n. 2 (septiembre-diciembre 2016); Andrés González Sanfiel, “Integridad en la contratación pública: patologías al uso (a propósito del informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción)”. En José Gimeno Feliu, dir. *Observatorio de los contratos públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 253 y ss. En cuanto a la estructura de presentación de esa casuística, seguimos, con pequeños matices, el planteamiento del profesor Castro en Carlos Castro Cuenca, *La corrupción en la contratación pública en Europa* (Salamanca: Ratio Legis, 2009).

⁸⁷ Esta relación de supuestos identifica las principales desviaciones que se suelen producir en la contratación pública y que conforme a las reglas de la práctica pueden estar asociados a la corrupción. Sin embargo, debemos dejar claro que no necesariamente una acción indebida, una desviación de poder o irregularidades como estas se corresponden con la calificación de corrupción. Como bien se ha manifestado, “[...] no podemos considerar corrupción cualquier irregularidad en la contratación pública pues ni la arbitrariedad, ni la desviación de poder, ni la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, mucho menos la anulabilidad o meras irregularidades formales coinciden en todo caso con las prácticas de corrupción. Ricardo Rivero Ortega, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana”. En Nicolás Rodríguez García y Eduardo Fabián Caparrós, coords. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar* (Salamanca, Ratio Legis, 2004), 111.

- i) Los contratos públicos celebrados en interés del funcionario
 - a. Funcionario es el contratista del Estado.
 - b. Funcionarios participan de algún modo (accionista, representante, beneficiario) en el proveedor de la entidad.
 - c. Participación de familiares o personas vinculadas (amigos, partidarios políticos, coterráneos, financistas de campaña política) en el proveedor de la entidad.

- ii) Los contratos públicos celebrados en interés de terceros
 - a. Contrato innecesario: con demanda inducida por el contratista sin atender necesidad real o prioritaria de la entidad.
 - b. Contrato con quien ha participado en la definición de necesidades o características del proceso de selección.
 - c. Contrato adjudicado por direccionamiento previo en el proceso de selección: cláusulas ilegales, exigencias desproporcionadas, factores de competencia a la medida, plazos incumplibles para los demás postores.
 - d. La adjudicación previo soborno al funcionario.
 - e. Adjudicación por tráfico de influencias o mediando gestión de intereses indebida.

- iii) Distorsión de los mecanismos de adjudicación
 - a. Carencia de estudios técnicos que determinen con aproximación suficiente lo que se necesita, con qué tecnología, la mejor alternativa de contratación, de modo que la entidad tenga los riesgos identificados y contemplados en el diseño del contrato.
 - b. Deficiencias en las indagaciones de mercado para realizar el compromiso presupuestal y la determinación del valor referencial del proceso.
 - c. Determinación de criterios de selección poco claros o ambiguos para permitir su manipulación.
 - d. Modificación unilateral por la autoridad de las bases del proceso durante la admisión y evaluación de propuestas.

- e. Uso indebido de la contratación directa (exoneraciones), cuando no corresponden los supuestos o incumpliendo sus límites.
- f. Pagos sin existencia de contrato previo u obligación regular.
- g. Fraccionamiento indebido de la demanda para inaplicar reglas más complejas que corresponden por el monto.
- h. La selección de un procedimiento de selección distinto al que por su monto u objeto corresponde.
- i. Deficiencias en la forma, plazo o contenido de la convocatoria, y hasta el momento de la adjudicación. Son ejemplos de ello: la convocatoria sin información completa, con información incorrecta o contradictoria, la publicidad por un plazo menor al establecido, entre otros.
- j. Empleo de convenios interadministrativos para evadir licitación el contrato o que esconden subcontrataciones, entre otros.
- k. Empleo de medios propios para no convocar a proceso competitivo y luego subcontratar directamente con el proveedor elegido.
- l. No aceptación de observaciones o consultas, respuestas evasivas o no respuestas a las consultas u observaciones, una deficiente integración de las bases con motivo del acogimiento de las observaciones de los postores, entre otras.
- m. La negativa a registrar un participante o a recibir la propuesta de un postor.
- n. No permitir la subsanación de las ofertas cuando corresponde.
- o. Dar oportunidad a completar ofertas, admitir propuesta que incumplen requisitos técnicos mínimos, o presentadas de manera extemporánea.
- p. La adjudicación a propuesta que no resulte la más conveniente, adjudicación a propuestas condicionadas o contradictorias. La adjudicación a propuestas anormalmente bajas o por encima del valor referencial planteado.
- q. No realizar una evaluación integral y objetiva de la propuesta.
- r. Descalificar a un postor cuando su propuesta es admisible.
- s. Incumplir las reglas para el desempate.
- t. No convocar al segundo lugar en el orden de prelación en caso el adjudicatario inicial no perfeccione el contrato.
- u. Declarar desierto el proceso cuando no corresponda.

v. Revocar la buena pro indebidamente, cancelar el proceso una vez adjudicado injustificadamente, entre otras.

iv) Distorsiones en la ejecución del contrato

- a. Variaciones indebidas del valor de la prestación.
- b. Utilización arbitraria de las prórrogas o ampliaciones del plazo.
- c. Abuso de la subcontratación indebida.
- d. La revisión de precios al margen de lo establecido en la norma en favor del contratista.
- e. Sustentación de costos con documentos falsos.

7.1.3. Las condiciones que debe poseer el recurso para satisfacer exigencia de eficacia según la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción confía en que el mecanismo de control de la corrupción más eficiente habilita a los propios competidores a impugnar las decisiones ilegales. Es que se considera que “Los contratistas son quienes mejor situados están para comprobar si se respetan las normas de contratación pública, y pueden indicar con rapidez las infracciones cometidas a los órganos de contratación. A veces, las infracciones se corrigen inmediatamente, en cuanto son señaladas a la entidad o poder adjudicador. En caso contrario, existen vías formales de recurso, entre las que se cuenta la acción judicial”.⁸⁸

Este mismo documento internacional hace especial énfasis en que el mecanismo de impugnación debe ser eficaz, lo cual según la propia Naciones Unidas debe ser entendido “especialmente en cuanto a celeridad, transparencia, publicidad, suspensión oportuna de los procedimientos de contratación o del contrato, según proceda”.⁸⁹

⁸⁸ Comisión Europea, *Libro Verde*, 16.

⁸⁹ UNODC, *Guía Técnica*, 38.

7.2. El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio

El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio (versión revisada en 2012)⁹⁰ contiene el artículo XVIII bajo el título Procedimientos internos de revisión,⁹¹ con el objeto de establecer que los Estados

⁹⁰ Las reglas sobre instrumentos de revisión de decisiones precontractuales datan de la versión original del Acuerdo sobre Contratación Pública (1994), no apareciendo en sus antecedentes inmediatos (Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público, 1979 ni en el Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público revisado, 1987)

⁹¹ “Artículo XVIII - Procedimientos internos de revisión

1. Cada Parte establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, mediante el cual el proveedor pueda presentar una impugnación alegando:
 - a. Una infracción del presente Acuerdo; o
 - b. Cuando el proveedor no tenga derecho a alegar directamente una infracción del Acuerdo con arreglo a la legislación nacional de una Parte, la falta de cumplimiento de las medidas destinadas a la aplicación del presente Acuerdo adoptadas por una Parte, que surja en el contexto de una contratación abarcada en la que el proveedor tenga o haya tenido interés. Las normas de procedimiento para las impugnaciones constarán por escrito y estarán a disposición del público.
2. En caso de que un proveedor presente, en el contexto de una contratación abarcada en la que tiene o ha tenido interés, una reclamación por una infracción o falta de cumplimiento mencionada en el párrafo 1, la Parte de la entidad contratante que realice la contratación alentará a la entidad y al proveedor a que traten de resolver esa reclamación mediante consultas. La entidad examinará de forma imparcial y a su debido tiempo cualquier reclamación de ese tipo a fin de que no afecte a la participación del proveedor en contrataciones en curso o futuras, ni a los derechos del proveedor de solicitar medidas correctivas de conformidad con el procedimiento de revisión administrativa o judicial.
3. Se concederá a cada proveedor un periodo de tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación, el cual en ningún caso será inferior a 10 días contados a partir del momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación o en que razonablemente debería haber tenido conocimiento.
4. Cada Parte establecerá o designará 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.
5. Cuando un órgano distinto de una de las autoridades indicadas en el párrafo 4 revise inicialmente una impugnación, la Parte asegurará que el proveedor pueda apelar la decisión inicial ante una autoridad administrativa o judicial imparcial que sea independiente de la entidad contratante cuya contratación es objeto de la impugnación.
6. Cada Parte se asegurará de que, en caso de que el órgano de revisión no sea un tribunal, la decisión del mismo estará sometida a revisión judicial o sus actuaciones se ajustarán a un procedimiento que asegure que:
 - a. La entidad contratante responderá por escrito a la impugnación y dará a conocer todos los documentos pertinentes al órgano de revisión;
 - b. Los participantes en las actuaciones (denominados en adelante ‘participantes’) tendrán derecho a ser oídos antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación;
 - c. Los participantes tendrán el derecho de ser representados y estar asistidos;
 - d. Los participantes tendrán acceso a todas las actuaciones;
 - e. Los participantes tendrán derecho a solicitar que las actuaciones sean públicas y que puedan presentarse testigos; y

deben establecer un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio. El Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (OMC) (artículo XVIII) prevé que “Cada Parte establecerá procedimientos no discriminatorios, oportunos, transparentes y eficaces, que permitan a los proveedores impugnar las presuntas infracciones del presente Acuerdo que se produzcan en el contexto de una contratación en la que tengan o hayan tenido interés”, y además se señala que el Estado parte “establecerá por escrito y hará públicos sus procedimientos de impugnación”.

Mediante este procedimiento, el proveedor puede presentar una impugnación alegando alguna infracción al Acuerdo o la falta de cumplimiento de las medidas destinadas a la aplicación del Acuerdo adoptadas por una parte en el contexto de una contratación abarcada en la que el proveedor tenga o haya tenido interés. Como se puede apreciar, este instituto se convierte en un mecanismo de protección de las reglas del acuerdo mismo y no en un instrumento general de protección de la legislación objetiva de las contrataciones de cada país, por lo que su alcance es relativo.

El procedimiento para seguir en este caso no es complejo. En primer lugar, se propone que la reclamación sea presentada ante la propia entidad para que mediante una “consulta” se pueda solucionar la infracción o falta de cumplimiento del Acuerdo. La entidad debe analizar esta consulta de manera imparcial y con celeridad para que se pueda superar la situación dentro del mismo proceso.

f. El órgano de revisión formulará sus decisiones o recomendaciones por escrito y a su debido tiempo, e incluirá una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación.

7. Cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos que prevean:

a. Medidas provisionales rápidas para preservar la posibilidad del proveedor de participar en la contratación. Esas medidas provisionales podrán tener por efecto la suspensión del proceso de contratación. Los procedimientos podrán prever la posibilidad de que se tengan en cuenta las consecuencias desfavorables predominantes para los intereses afectados, incluido el interés público, al decidir si deberán aplicarse esas medidas. Se consignará por escrito la justa causa para no adoptar esas medidas; y

b. Cuando el órgano de revisión haya determinado la existencia de una infracción o falta de cumplimiento mencionada en el párrafo 1, medidas correctivas o una compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los costos de la preparación de la oferta o a los costos relacionados con la impugnación, o a ambos”.

Ahora bien, el propio Acuerdo contempla que en caso resulte infructuoso la vía de consulta, la regulación debe prever un plazo no menor de 10 días –que se juzga suficiente– a contar “desde que el momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación o en que razonablemente debería haber tenido conocimiento” (artículo XVIII), para presentar recurso contra la irregularidad. En cuanto a la competencia para conocer el recurso, el Acuerdo no determina una alternativa específica, sino que preserva a cada Estado la posibilidad de 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” (artículo XVIII). Como se puede apreciar, lo importante es que se designe a una autoridad que brinde garantías de imparcialidad e independiente de las mismas entidades contratantes, pudiendo ser una autoridad administrativa diferente a la entidad a cargo del proceso o la autoridad judicial ordinaria, siempre que el órgano de revisión elegido cumpla con las condiciones antes anotadas.

Es más, el Acuerdo establece que en caso de que el órgano de revisión no sea directamente un órgano jurisdiccional, la decisión debe estar sometida a una revisión judicial y sus actuaciones se ajustarán a un procedimiento que asegure que el cumplimiento de los estándares mínimos de contradictorio (la entidad contratante responderá por escrito a la impugnación y dará a conocer todos los documentos pertinentes al órgano de revisión), derecho al debido proceso del impugnante (los participantes en las actuaciones tendrán derecho a ser oídos antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación, derecho de ser representados y estar asistidos y acceso a todas las actuaciones), publicidad (los participantes tendrán derecho a solicitar que las actuaciones sean públicas y que puedan presentarse testigos) y derecho a recibir una decisión oportuna y fundada en derecho (el órgano de revisión formulará sus decisiones o recomendaciones por escrito y a su debido tiempo, e incluirá una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación).

Como habíamos manifestado antes, una de las características de este procedimiento es ser oportuno y eficaz, por lo cual el Acuerdo prevé que los procedimientos ante el órgano de revisión deben garantizar la competencia para dictar, previa ponderación de intereses, “medidas provisionales rápidas para preservar la posibilidad del proveedor de participar en la contratación” (artículo XVIII), entre las cuales pueden estar la suspensión del proceso de contratación y “medidas correctivas o una compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los costos de la preparación de la oferta o a los costos relacionados con la impugnación, o a ambos” (artículo XVIII) cuando el recurso resulte fundado.

7.3. En la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública (2011) y las bases para la eficacia del sistema de recursos

La CNUDMI elaboró el proyecto de Ley Modelo sobre la Contratación Pública que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución del 9 de diciembre de 2011. La Ley Modelo de 2011 reemplaza a su antecesora, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios aprobada en 1994, cuyo contenido también tenía una propuesta de regulación sobre la vía de recursos para enfrentar los actos indebidos en la contratación, con particular interés respecto de los actos precontractuales, aunque, según se ha reconocido públicamente, de poco valor e ineficiente. Como la propia Naciones Unidas reconoce, la versión de 1994 contenía disposiciones “débiles e ineficaces; en una nota al pie de página de la Ley se les daba un carácter facultativo y limitado; había muchas decisiones que no se podían impugnar; el sistema era en gran medida administrativo jerárquico en vez de judicial, y no se preveía ninguna vía de recurso independiente. Además, en las directrices de apoyo se confería discrecionalidad considerable al Estado promulgante para aplicar las disposiciones”.⁹² No fue sino con motivo de la vigencia de la Convención de las Naciones

⁹² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre contratación pública* (Nueva York: Naciones Unidas, 2014), 417.

Unidas contra la Corrupción que se impulsó la revisión de este aspecto de la Ley Modelo para que el mecanismo de revisión cuente con mayores elementos para ser eficaz.

La Ley Modelo de 2011 considera que para ser eficaz un régimen de la contratación pública debe “contar con mecanismos para vigilar que se cumplan las normas y, de ser necesario, obligar a cumplirlas”,⁹³ por lo cual dedica su capítulo VIII al “Procedimiento de recursos” y seis artículos sobre la materia, comprendiendo como aspectos esenciales el derecho al recurso (artículo 64), los efectos del recurso (artículo 65), el recurso de reconsideración facultativo (artículo 66), recurso de revisión ante un órgano independiente (artículo 67), el derecho de los participantes en el recurso interpuesto (artículo 68) y la confidencialidad de las actuaciones en la sustanciación del recurso (artículo 69).

Esta regulación parte de consagrar el derecho básico de todo postulante a recurrir contra cualquier medida o decisión adoptada por la entidad adjudicadora⁹⁴ cuando sostenga haber sufrido o corra el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable a una decisión o medida supuestamente contraria al régimen legal, que la entidad adjudicadora haya adoptado.

La idea principal que inspira las reglas del capítulo es dotar de eficacia a los mecanismos de impugnación, entendiéndose por tal que ofrezcan “la posibilidad de intervenir sin demora, suspender o cancelar el proceso de adjudicación y, 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 [...] y la posibilidad de actuar con celeridad

⁹³ Ibíd., 327.

⁹⁴ “Artículo 64. Derecho de recurso y apelación

1. Todo proveedor o contratista que sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable a una decisión o medida, supuestamente contraria al régimen de la presente Ley, que la entidad adjudicadora haya adoptado, podrá interponer un recurso contra esa decisión o medida”.

en un plazo razonablemente breve, que deberá expresarse en días y semanas en condiciones normales”.⁹⁵

No obstante, esta búsqueda de eficiencia es planteada sin imponer un determinado sistema recursivo los Estados, sino brindar una gama de instrumentos que corresponde a cada Estado analizar e incorporar, siempre respetando su sistema jurídico e institucional. En efecto, la propuesta comprende algunas vías de reclamo que cada Estado puede adoptar, atendiendo a su realidad, “el derecho a interponer recursos en general (la vía judicial contra toda decisión dictada a raíz de un recurso), una petición facultativa a la entidad adjudicadora para que reconsidere una decisión adoptada en el curso de la contratación, la revisión por parte de un órgano independiente y la demanda ante el foro judicial competente”.⁹⁶

En ese sentido, la gama de recursos planteados comprende en primera instancia tres posibilidades: un recurso de reconsideración, de naturaleza facultativa, ante la propia entidad adjudicadora siempre que el contrato no haya sido aún adjudicado;⁹⁷ un recurso ante un órgano administrativo independiente que es altamente recomendado en la Ley;⁹⁸ y, la tercera opción es la demanda contencioso-administrativa directamente ante el Poder Judicial. En los dos primeros casos se considera la opción de acudir en revisión, respectivamente, ante el órgano independiente o ante el Poder Judicial.

En esa búsqueda de eficacia, la Ley modelo aporta algunas condiciones para la eficacia de los recursos en el Derecho comparado, como:

⁹⁵ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 329-330.

⁹⁶ *Ibíd.*, 328.

⁹⁷ “Artículo 66. Recurso de reconsideración presentado ante la entidad adjudicadora
1. Todo proveedor o contratista podrá presentar, ante la entidad adjudicadora, un recurso de reconsideración contra toda decisión o medida adoptada por esa entidad en el curso de la contratación”.

⁹⁸ “Artículo 67. Recurso de revisión presentado ante un órgano independiente
1. Todo proveedor o contratista podrá presentar al [nombre del órgano independiente] una solicitud para que reconsidere una decisión o medida adoptada por la entidad adjudicadora en el curso de la contratación, o reconsidere el hecho de que dicha entidad no haya emitido tal decisión, con arreglo al artículo 66 de la presente Ley, dentro de uno de los plazos prescritos en ese artículo”.

- i) La necesidad de amparar los derechos de los proveedores y contratistas promoviendo, por medio de ellos, la integridad en el proceso de contratación, cuidando que cada proceso de contratación no se vea entorpecido por los efectos, preponderantemente suspensivos, de los recursos.

- ii) La independencia del órgano evaluador de los recursos frente a la entidad adjudicadora, a las presiones políticas, los poderes Legislativo y Ejecutivo, a fin de garantizar el rigor de las decisiones a adoptarse. Para ello se brindan varias alternativas de organismos a los cuales asignar esta competencia: el órgano que se encuentra a cargo de supervisar las contrataciones, al órgano que ejerce control sobre la Administración o a un órgano nuevo creado al efecto.

- iii) La incorporación de la regla de la “moratoria para el perfeccionamiento del contrato”, de modo que se impone un plazo breve entre el momento en que se determina la oferta ganadora y la adjudicación del contrato, de modo que se permita plantear y resolver la impugnación.

- iv) La suspensión del proceso de contratación cuando se interponga algún recurso por determinación del órgano revisor (suspensión facultativa administrativa). La Ley Modelo desestima la opción de la suspensión automática, calificándola como un criterio “rígido que podría prestarse para que los proveedores o contratistas presentaran solicitudes vejatorias que retardaran la contratación sin necesidad y socavaran gravemente el proceso de adjudicación”.⁹⁹ Por ello plantea una suspensión decidida discrecionalmente por la autoridad a cargo de resolver el recurso atendiendo las particularidades del caso y a pedido del proveedor o contratista, a cuyo cargo corre probar por qué se necesita dicha medida.

- v) Un procedimiento participativo para sustanciar el recurso en el que se reconoce (artículo 68) que todo proveedor o contratista diferente al impugnante, por el solo

⁹⁹ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 337.

hecho de participar en el proceso de contratación que es objeto del recurso, así como toda autoridad, cuyos intereses se vean o puedan verse afectados por este, tendrán derecho a participar en las actuaciones correspondientes al procedimiento del recurso. Estos participantes, aunque no son los recurrentes, tienen derecho a estar presentes y a hacerse representar y acompañar en toda audiencia que se celebre durante la sustanciación del recurso, así como el derecho a ser oído, a presentar pruebas y testigos, a solicitar que una audiencia sea pública y a pedir acceso al expediente del recurso.

- vi) La competencia suficientemente comprensiva del órgano revisor para dar solución eficiente a las complejas consecuencias de las irregularidades una vez evidenciadas, además de la simple anulación del acto irregular. En el entendido de la búsqueda de la eficacia la Ley Modelo recomienda otorgar todas estas facultades juntas para garantizar la eficacia del sistema. Las competencias que la Ley Modelo recomienda son: prohibir a la entidad adjudicadora que actúe, adopte una decisión o siga un procedimiento de un modo que no se ajuste a la norma, exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado indebidamente que actúe, adopte una decisión o siga un procedimiento de un modo que se ajuste a la norma; revocar, en todo o en parte, todo acto o decisión indebida de la entidad adjudicadora; revisar toda decisión de la entidad adjudicadora que no se ajuste a la norma aunque no sea objeto de cuestionamiento directo; revocar toda adjudicación de un contrato cuya entrada en vigor no se haya ajustado a ley; ordenar que se ponga fin al proceso de contratación; exigir el pago de una indemnización por todo gasto razonable que realice el proveedor o contratista, que presente un recurso contra un acto o decisión de la entidad adjudicadora o contra un procedimiento por ella seguido en el curso de la contratación que no se ajusten a lo normado, así como por todo daño o pérdida que se ocasione a ese proveedor o contratista indemnización que no excederá de los gastos de preparación de su oferta, o de las costas del recurso interpuesto, según sea el caso, o de la suma de esos gastos y esas costas, y, en

general adoptar cualquier otra medida que sea apropiada en las circunstancias del caso.¹⁰⁰

7.4. Las Directivas de la Unión Europea sobre los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos

El desarrollo del Derecho comunitario europeo en materia de contratos públicos advirtió prontamente que sus reglas y principios no contaban con instrumentos de control sobre su debido y adecuado cumplimiento. La espontánea incorporación de las reglas comunitarias por los Estados y los procedimientos de control posteriores mediante la Comisión y el Tribunal de Justicia no resultaban suficientes. Por ello es por lo que se buscó contar con un instrumento adecuado y oportuno que permitiera controlar las irregularidades en la aplicación de la normativa comunitaria de compras públicas.

Nótese ahora que el desarrollo de los instrumentos de control recursivos no tiene como propósito asegurar el cumplimiento integral de las compras públicas o las reglas de integridad de las contrataciones, sino evitar los incumplimientos comunitarios únicamente con una estrategia distinta a las poco eficientes revisiones realizadas mediante órganos comunitarios, ya que los diversos países seguían persiguiendo prácticas proteccionistas indebidas en favor de los proveedores locales.

Como bien se expresa Moreno Molina, las prácticas indebidas que destacaban y que se buscaron controlar por este mecanismo consistían en irregularidades antes de la adjudicación de los contratos, así entre las prácticas fraudulentas detectadas por la Comisión de las Comunidades Europeas destacaban:

[...] el fraccionamiento deliberado de los contratos para escapar de los umbrales de aplicación de las directivas; las informaciones incompletas y erróneas facilitadas a las empresas interesadas y el incumplimiento en general a las reglas de publicidad, la

¹⁰⁰ Respecto a estas competencias, la Ley Modelo indica que “deberán otorgarse todas estas facultades juntas para garantizar la eficacia del sistema”. *Ibíd.*, 351.

*introducción en los pliegos de condiciones de cláusulas discriminatorias, recurso abusivo a la contratación directa, incumplimiento de las normas en el ámbito técnico, por ejemplo, imponiendo especificaciones técnicas que favorecen a las producción nacional, incumplimiento de las normas en materia de selección (exigiendo pruebas abusivas o exorbitantes no previstas en las directivas de contratos públicos, etc.), incumplimiento de las normas en materia de adjudicación (utilizando sesgadamente el criterio de la oferta económica más ventajoso, utilizando criterios de adjudicación desconocidos por los licitadores, etc.), introducción de modificaciones importantes de los pliegos de condiciones que permiten eliminar determinadas ofertas; no observancia del procedimiento a seguir para las ofertas anormalmente bajas, no consideración por parte del poder adjudicador de una evaluación objetiva de las ofertas, etc.*¹⁰¹

En cuanto al valor jurídico de las directivas en mención, el Tribunal de Justicia ha precisado que tienen efecto directo cuando las normas son incondicionales y precisas, de modo que los particulares pueden invocarlas frente a una entidad pública e, incluso, ha manifestado que “el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar las normas internas de recurso conforme a lo dispuesto en la Directiva 89/665/CE y a sus objetivos, de tal manera que si dicha interpretación conforme no fuera posible, el juez nacional deba abstenerse de aplicar la disposiciones nacionales contrarias a dicha directiva. Esta, pues, tiene un efecto directo al menos en parte, ya que su artículo 1.1 es incondicional y suficientemente preciso para que un particular pueda invocarlo frente a una entidad adjudicadora”.¹⁰²

7.4.1. La Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989

La primera directiva comunitaria que abordó la necesidad de contar con un procedimiento de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos fue la emitida por el Consejo de las Comunidades Europeas el 21 de diciembre de 1989, que

¹⁰¹ José Moreno Molina, “El Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos”. En Jaime Rodríguez-Arana Muñoz *et al*, eds. *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas* (San José de Costa Rica: Konrad Adenauer Stiftung, 2011), 158.

¹⁰² Sentencia de 2 de junio de 2005, C-15/04 y Sentencia de 11 de octubre de 2007, C-241/06. 64

tuvo como alcance únicamente a los contratos públicos de suministros y obras.¹⁰³ Como se manifestó en sus propios considerandos, esta directiva tuvo como propósito “permitir siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”.¹⁰⁴ El Consejo de las Comunidades Europeas consideraba que el objetivo de la directiva se dirige a alcanzar la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria, necesitaba un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación para lo cual que era indispensable “que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho derecho”.¹⁰⁵

El valor fundamental perseguido por esta directiva que era la eficacia del recurso,¹⁰⁶ entendida como la necesidad de brindar las condiciones mínimas adecuadas para que este instrumento sea apto de revertir las infracciones a la regla de contrataciones del Derecho comunitario. Un análisis sistemático de la directiva nos muestra que estas condiciones mínimas para alcanzar la eficacia de este recurso se concentraban en: una legitimidad amplia para interponerlo (artículo 1 numeral 3), competencias suficientes de la autoridad que conoce el recurso (artículo 2), capacidad para dictar medidas cautelares de suspensión de los procedimientos de adjudicación (artículo 2 numerales 2, 3 y 4), independencia de la autoridad competente (artículo 2 numeral 8) y el debido procedimiento contradictorio antes de emitir la decisión (artículo 2 numeral 8).

¹⁰³ Con certeza Santamaría Pastor afirma que esta Directiva es “una norma mucho menos leída que citada”, haciendo mención al escaso análisis seriamente realizado sobre la misma en la literatura especializada. Juan Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público* (Pamplona: Aranzadi, 2015), 35.

¹⁰⁴ Segundo considerando de la Directiva.

¹⁰⁵ Tercer considerando de la Directiva.

¹⁰⁶ Para Ordoñez Solís, las notas distintivas de las vías de recurso de esta directiva son más bien tres: celeridad, en términos de tiempo y eficacia del recurso; transparencia, entendido como no discriminación; e independencia de la autoridad resolutoria respecto del poder adjudicador. David Ordoñez Solís, *La contratación pública en la Unión Europea* (Navarra: Aranzadi, 2002), 143 y s.

7.4.1.1. Legitimidad amplia para interponerlo

En relación con la legitimidad para provocar el recurso, la Directiva se preocupa por establecer un mínimo aceptable de legitimidad, consistente en comprender a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una infracción. Como se puede apreciar, son dos notas las claves para determinar la legitimidad “el interés” y “el perjuicio” que ameritan la más amplia interpretación posible de ambos conceptos, precisamente mirando el objetivo de la directiva de instaurar garantías amplias para el mejor control del cumplimiento de la normativa comunitaria. De este modo, incluso el perjuicio no requiere que se haya producido realmente, sino que también prosperará el recurso, aun cuando el perjuicio “pueda producirse” o exista una amenaza de su posible producción, pero sí es indispensable que sea posible de afectar a quien pretende impugnar.¹⁰⁷

7.4.1.2. Competencias suficientes de las autoridades que participan en el sistema de recursos

En la búsqueda de eficacia, la Directiva considera que las autoridades que conocen el recurso deben contar con atribuciones suficientes para adoptar decisiones anulatorias respecto de la ilegalidad incurrida, incluida la supresión de las características técnicas económicas o financieras que se consideren discriminatorias contenidas en las bases de la licitación o en cualquier otro documento del procedimiento de selección.¹⁰⁸ Esta capacidad de índole restitutiva involucra tanto la capacidad de anular por sí mismo la decisión considerada ilegal, como hacer que se anulen por otras instancias según los ordenamientos nacionales. Del mismo modo, la Directiva no individualiza los tipos de actos que pueden ser objeto de proceso, simplemente ejemplifica con el acto de adjudicación y aprobar reglas del proceso direccionadas, pero ello no enerva que sea

¹⁰⁷ Gonzalo Samaniego Bordee, “El control del derecho comunitario de los contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, n. 123 (septiembre-diciembre 1990), 406.

¹⁰⁸ Artículo 2, numeral 1), literal b).

aplicable a todas aquellas medidas susceptibles de generar agravio.¹⁰⁹ La doctrina que ha atendido este tema¹¹⁰ ha identificado que conforme el artículo 1 párrafo primero de la Directiva aludida, las decisiones que pueden ser objeto del recurso deben reunir tres condiciones: haber sido adoptadas por los poderes adjudicadores y tener relevancia para terceros, ser dictadas dentro los procedimientos de adjudicación de contratos comprendidos en la directiva, y haber infringido el derecho comunitario en materia contratos públicos o las normas nacionales de transposición. En ese sentido, no cabe acceder al sistema de recursos que prevé esta directiva si se trata de actos de trámite meramente internos contra actos previos al proceso, ni cuando se trata de infracciones a reglas internas de cada Estado, así como también facultades para conceder indemnizaciones por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por la ilicitud el proceso selección,¹¹¹ cuyo mayor desarrollo alcanzará en las posteriores directivas.

Es decir, se prevé que al resolver el recurso se pueda contar con competencias integrales de protección a la legalidad y al postor afectado, de tutela primaria o restitutoria, y también de tutela secundaria o indemnizatoria en favor del postor que resultó perjudicado patrimonialmente por la incorrecta actitud de la Administración.¹¹²

Un aspecto final de resaltar es que ningún precepto de la directiva establece con claridad que las medidas de tutela primaria o restitutoria y las medidas de tutela secundaria o indemnizatoria se encuentren asignadas a un mismo órgano o que estos estén reservados únicamente a los organismos de competencia administrativa o jurisdiccional,

¹⁰⁹ Refiere Ordoñez Solís que el Tribunal ha empleado “los principios de equivalencia y de efectividad” en el ámbito de la contratación pública para definir en qué casos o sobre qué actos recaen los recursos en materia contratación. Ordoñez Solís, *La contratación pública en la Unión Europea*, 156 y ss.

¹¹⁰ Samaniego Borduj, “El control del derecho comunitario de los contratos públicos”, 405.

¹¹¹ Artículo 2, numeral 1), literal c).

¹¹² La doctrina reconoce en materia de recursos contractuales a la tutela primaria o restitutoria como aquella que permite restablecer una posición jurídica violada o, en general, el ordenamiento jurídico vulnerado, y a la tutela secundaria o resarcitoria como aquella que, a diferencia de la restitución, se centra en garantizar la reparación o la compensación económica del daño producido al afectado. En particular, revisar: Silvia Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 72 y ss.

de tal manera que los Estados quedan habilitados para asignar las medidas conforme a su tradición jurídica.¹¹³

7.4.1.3. Capacidad para dictar medidas cautelares de suspensión de los procedimientos de adjudicación

Una de las características que predominan en esta directiva es la búsqueda de oportunidad en la decisión a adoptarse de modo que puedan corregirse las ilegalidades anotadas. En ese orden de ideas, si bien la directiva optó por establecer de manera general que los procedimientos de recurso no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos respecto a la adjudicación del contrato¹¹⁴ se considera indispensable que la autoridad cuente con facultades para adoptar lo antes posible medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluyendo medidas destinadas a suspender o hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por la autoridad a cargo del proceso.¹¹⁵ Para la adopción de la decisión de la medida cautelar los ordenamientos nacionales pueden establecer que la autoridad consideren todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general y se plantea que la autoridad puede no concederla cuando existan consecuencias negativas superiores a las ventajas de la decisión.¹¹⁶

7.4.1.4. Independencia de la autoridad competente¹¹⁷

Dado que la Directiva intenta regular aspectos comunes y omnicomprendivos de las distintas culturas y tradiciones jurídicas europeas, opta por no definir un diseño único de garantías o de control sobre las adjudicaciones ilegales, permitiendo con ello que

¹¹³ Samaniego Borduj, "El control del derecho comunitario de los contratos públicos", 409.

¹¹⁴ Artículo 2 numeral 3).

¹¹⁵ *Ibíd.*, numeral 1) literal a).

¹¹⁶ *Ibíd.*, numeral 4).

¹¹⁷ *Ibíd.*, numeral 8).

cada Estado organice su sistema conforme a su propia cultura, pero siguiendo los lineamientos de esta directiva comunitaria. En ese sentido, para la realización de un sistema de control de adjudicaciones, los Estados miembros pueden optar¹¹⁸ entre dos alternativas: atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional¹¹⁹ o atribuir la misma a un organismo que no posea ese carácter, siempre que, en este último caso, sus resoluciones puedan ser objeto de un recurso ante las autoridades jurisdiccionales, motiven sus decisiones por escrito y cuenten, como vamos a ver a continuación, con independencia. De este modo, podrían estructurarse diversos modelos de sistemas de recursos, incluso con base en tres niveles: un primero frente a la propia entidad (reconsideración o apelación jerárquica) que no sería obligatoria ni suficiente; uno segundo ante otro organismo administrativo independiente del primero; y la última instancia ante el Poder Judicial.

Fundado el interés de la directiva de congregar en su interior diversas opciones a ser seguidas por los ordenamientos nacionales, opta por no definir una organización particular para conocer del recurso. Intenta ser comprensiva de las alternativas de un órgano administrativo o de un organismo jurisdiccional. Más bien opta por dar las grandes características que debe reunir cada organización administrativa a ser diseñada por los Estados. Así, por ejemplo, alguna de las notas características con que debe contar esta organización es que sea realmente independiente en relación con la autoridad adjudicadora y con el organismo que pudiera haber visto en primera instancia el recurso, así como que el estatus de nombramiento y mandato de la autoridad sean análogos a las condiciones aplicables a los jueces, establecen en particular que el presidente de ese

¹¹⁸ Con claridad ha expuesto Santamaría Pastor la poca claridad en particular de este punto que obliga a interpretarla conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 33 y ss.

¹¹⁹ Es importante advertir que el carácter jurisdiccional o no de un organismo no se define en función a su pertenencia al Poder Judicial, sino en función a los propios criterios que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha definido en función al artículo 234 del Tratado. Esto es, será un órgano jurisdiccional cuando cumpla los siguientes elementos: origen legal de su competencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento a seguir ante él, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Véase Sentencia del Tribunal De Justicia (Sala Sexta) de 4 de febrero de 1999 (1) C-103/97, petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por el Tiroler Landesvergabeamt (Austria).

organismo independiente debe contar con las mismas calificaciones jurídicas y profesionales que un juez.¹²⁰

7.4.1.5. Debido procedimiento contradictorio antes de emitir la decisión¹²¹

Por último, esta Directiva también contempla que el recurso solo puede ser resuelto de manera definitiva previa realización de un procedimiento contradictorio en el cual puedan cotejarse diversas posiciones y argumentaciones en favor y en contra de la medida adoptada.

7.4.2. La Directiva 92/13/CEE de 25 de febrero de 1992 del Consejo de las Comunidades Europeas¹²²

Como la primera directiva tenía únicamente como alcance los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y obras, el Consejo a las Comunidades Europeas consideró importante extender su alcance a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, energía, transportes y comunicaciones. Para ello se optó por aprobar una nueva directiva que en términos generales mantuvo los elementos esenciales de la anterior, pero extendidos a este nuevo ámbito contractual.

Así, esta nueva Directiva nos reitera las condiciones mínimas para alcanzar la eficacia de este recurso, que consisten en: una legitimidad amplia para interponerlo (artículo 1

¹²⁰ La Directiva establece que “9. Cuando los órganos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para garantizar que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el órgano de recurso competente, o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de las facultades que tiene conferidas, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso” (artículo 1 numeral 9).

¹²¹ Artículo 2 numeral 8).

¹²² Directiva 92/13/CEE del consejo de 25 de febrero de 1992 relativa a la coordinación de las disposiciones legales o reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

numeral 3); competencias suficientes de la autoridad que conoce el recurso (artículo 2); la capacidad para dictar medidas cautelares de suspensión de los procedimientos de adjudicación (artículo 2 numerales 1, literal a); independencia de la autoridad competente (artículo 2 numeral 9); y el debido procedimiento contradictorio antes de emitir la decisión (artículo 2 numeral 9 *in fine*).

La primera diferencia resaltable que hacía singular esta directiva era que al estructurar las competencias de la autoridad que conoce del recurso se incluyó la capacidad para adoptar a la mayor brevedad, de ser posible mediante procedimiento de urgencia o si fuese necesario, mediante procedimiento definitivo en cuanto al fondo medidas distintas a las cautelares y a las anulaciones que tengan por objeto corregir la violación comprobada e impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados. Nos encontramos frente a poder ejercer medidas de presión indirecta efectivas sobre las entidades contratantes. Entre esas decisiones habilitadas se encontraban expresamente incluidas la capacidad para “emitir una orden de pago de una cantidad determinada en caso de que la infracción no sea corregida o evitada por la autoridad”. Dichas sanción económica debería fijarse en un nivel lo suficientemente elevado como para disuadir a la entidad contratante de cometer una infracción o de continuar cometiéndola.¹²³

La segunda diferencia notable de esta Directiva es la de desarrollar de mejor manera tutela resarcitoria de la indemnización, de modo que establece la procedencia de esta indemnización por los gastos habidos en la preparación de una oferta o los daños y perjuicios en la participación en un procedimiento de formalización contractual. Como bien afirma Gimeno Feliu, “se opte por un modelo de intervención directa o indirecta, debe reconocerse el derecho a la indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios ocasionados. Esta indemnización carece de conexión o relación en la directiva con las medidas anteriores, de modo que en los Estados miembros se puede establecer que sea necesario primero anular las decisiones, antes de proceder a la indemnización, o que el

¹²³ Artículo 2 numeral 1) literal c) y numeral 5). Esta medida fue objeto de pronunciamiento por el Tribunal de Justicia (Comisión/Francia C-225/97) en relación con la aplicabilidad de multas coercitivas.

organismo competente pueda adoptar simultáneamente ambas medidas, o incluso que, celebrado el contrato, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios".¹²⁴

A dicho efecto se regula que únicamente se le exigirá al postor perjudicado que pruebe que ha habido violación del derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen ese derecho y que hubiere tenido una posibilidad real de obtener el contrato, la que se ha visto comprometida debido a esa violación.¹²⁵ A decir de Gimeno Feliu, esta regulación supone una novedad en el ámbito de derecho de responsabilidad por cuanto modifica el concepto técnico jurídico de lesión usualmente empleado, asumiendo la apariencia de una indemnización sanción por incumplimiento normativa únicamente, además de permitir que se comprenda en la indemnización conceptos como costos y gastos contraídos debido a la convicción de que obtendría el contrato en caso de elaboración de las postulaciones asesorías y otros, pérdida del beneficio estimado a lo largo del periodo prevista para el contrato y, eventualmente, perjuicio moral.¹²⁶

7.4.3. La Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea¹²⁷

En el año 2007, la Unión Europea aprobó esta nueva directiva con el objetivo de incorporar decisiones que considere indispensables dados los vacíos que se habían advertido en la Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE por parte de los países y del propio tribunal de justicia. Así, en los considerandos de esta nueva directiva se manifestó que

¹²⁴ José Gimeno Feliu, *Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos* (Madrid: Civitas, Thomson Reuters, 2010), 303.

¹²⁵ Artículo 2 numeral 7.

¹²⁶ Gimeno Feliu, *Novedades de la ley de contratos del sector público*, 304.

¹²⁷ Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

[L]as consultas con las partes interesadas, así como la jurisprudencia del tribunal de justicia ha puesto de manifiesto una serie de puntos débiles y los mecanismos de recurso existentes en los Estados miembros. Esta es la razón por la que los mecanismos establecidos en las Directivas no siempre permiten velar por el cumplimiento de la legislación comunitaria, en particular en una etapa en la que aún podrían corregirse las infracciones. Así, pues, la garantía de transparencia y no discriminación que se quería establecer mediante dichas directivas deben reforzarse para asegurar que la comunidad en su conjunto se beneficie plenamente de los efectos positivos de la armonización en la simplificación de las reglas relativas a la adjudicación de contratos públicos.¹²⁸

Así, esta nueva directiva realiza modificaciones a la Directiva 89/665/CEE (en su artículo 1) y a la Directiva 92/13/CEE (en su artículo 2), siendo las novedades más importantes la regulación de un régimen particular para establecer un plazo suspensivo mínimo o de espera (*standstill*) durante el cual se suspenda la celebración del contrato para que los postores afectados cuenten con el tiempo suficiente para examinar la decisión de adjudicación y evaluar si es preciso iniciar un procedimiento recurso y, por otro lado, la ineficacia del contrato derivado de una adjudicación ilegal previa declaración de la autoridad competente para resolver el recurso, así como otras medidas de tutela resarcitoria.

7.4.3.1. El plazo de espera o suspensivo de la adjudicación (*standstill*)

Durante la vigencia de las primeras directivas se apreció en diversos ordenamientos europeos que con la adjudicación quedaba perfeccionado el contrato, que habían condiciones legales que dificultaban a los postores obtener tutela restitutiva y, en otros casos, las entidades y postores comprometidos en una adjudicación ilegal llevaban a cabo una suscripción muy acelerada del contrato con el objetivo de hacer irreversibles las consecuencias de la decisión adjudicada en controlarse, por lo cual se consideró adecuado establecer, de manera uniforme, una alternativa para preservar la tutela

¹²⁸ Considerando 2) de la Directiva 2007/66/CE.

primaria o restaurativa.¹²⁹ La alternativa elegida fue creada por el Tribunal de Justicia¹³⁰ en la sentencia del caso Alcatel Austria de 1999, en la que se señaló que

¹²⁹ Una descripción de ese panorama europeo, en particular en los ordenamientos de filiación germana y española, lo podemos encontrar en Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 120 y ss.

¹³⁰ A partir de la STJ de 28 de diciembre de 1999, C-81/98, Asunto Alcatel Austria y otros, Siemens AG, y otros (cuestión prejudicial) el Tribunal concluyo señalando:

“29. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional nacional **pide esencialmente que se dilucide si las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, 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.**

30. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665 enumera las medidas que han de adoptarse en el marco de los procedimientos de recurso que los Estados miembros están obligados a establecer en su Derecho nacional. Según la letra a) de esta disposición, se trata de la adopción de medidas provisionales mediante un procedimiento de urgencia. Su letra b) prevé la posibilidad de anular o de hacer anular las decisiones ilegales y la letra c) se refiere a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios.

31. El artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 no define las decisiones ilegales cuya anulación puede solicitarse. En efecto, el legislador comunitario se limitó a establecer que las decisiones ilegales a efectos de la letra b) comprenden en particular las decisiones relativas a las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos que se refieran al procedimiento de adjudicación del contrato público controvertido.

32. Pues bien, no puede deducirse del tenor literal del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 que una decisión ilegal de adjudicación de un contrato público no está comprendida en las decisiones ilegales que pueden ser objeto de un recurso de anulación.

33. En efecto, como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de la Directiva 89/665 es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse (véase la sentencia de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, C- 433/93, Rec. p. I-2303, apartado 23).

34. A este respecto, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posibles para garantizar el cumplimiento de las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos.

35. Por lo que se refiere a estos recursos, se desprende de la mencionada disposición que estos tienen por objeto las decisiones adoptadas por el órgano de contratación cuando estas han infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales que adoptan este Derecho, sin que dicha disposición prevea una restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones.

36. El Bundesministerium y el Gobierno austriaco alegan esencialmente que la organización del procedimiento ante el Bundesvergabeamt está configurada de tal manera que, después de la celebración de un contrato, la decisión del órgano de contratación solo podrá ser impugnada en la medida en que la ilegalidad de dicha decisión cause un perjuicio a la parte demandante en un procedimiento nacional de recurso y que, además, dicho procedimiento debe limitarse a simplificar los requisitos para la concesión de una indemnización por daños y perjuicios por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, por lo que se atiene al artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665.

37. A este respecto, procede observar, como señaló el Abogado General en los puntos 36 y 37 de sus conclusiones, que se desprende ya del propio tenor literal del artículo 2, apartado 6, de la

De las consideraciones que anteceden se deduce que las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, 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.

En virtud de esta conclusión se acuñó la tesis de establecer un plazo mínimo común a todos los países para que se suspenda la celebración del contrato y permitir a los postores no adjudicatarios un tiempo razonable para examinar la decisión de la adjudicación realizada y evaluar si era necesario iniciar un recurso contra ella.

Conforme a ello, esta Directiva consideró que era necesario que¹³¹ los Estados miembros velen por que las personas que tengan o hayan tenido interés en obtener un determinado contrato y que se hayan visto o puedan verse perjudicados por una presunta infracción cuenten con plazos suficientes para interponer recursos eficaces contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por los poderes adjudicadores. En el caso de los contratos de obras, de suministro y de servicios, la

Directiva 89/665 que la limitación de los procedimientos que en él se establece solo se refiere a la situación posterior a la celebración del contrato consecutivo a la decisión de adjudicación. De este modo, la Directiva 89/665 establece una distinción entre la fase anterior a la celebración del contrato, en la cual es aplicable el artículo 2, apartado 1, y la fase posterior a su celebración, respecto a la cual el Estado miembro puede establecer, según el artículo 2, apartado 6, segundo párrafo, que las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limitan a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.

De las consideraciones que anteceden se deduce que las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, 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”.

¹³¹ Artículo 2 bis) incluido a la Directiva 89/665/CEE y artículo 2 bis) incluido a la Directiva 92/13/CEE.

celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido, por fax o por medios electrónicos, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato.¹³²

Viceversa se regula la figura del plazo mínimo para la interposición de un recurso,¹³³ estableciéndose que debe interponerse antes de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicada por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o si se han utilizado otros medios de comunicación, de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador se haya remitido al licitador o candidato, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador.

7.4.3.2. La ineficacia del contrato adjudicado ilegalmente

Con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal,¹³⁴ práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por consiguiente, la Directiva regula como regla general que todo contrato derivado de una adjudicación

¹³² Esta exigencia de plazo suspensivo no aplica en los casos en que: la norma no exige la publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*; si el único licitador afectado en el sentido del artículo 2 bis, apartado 2, de la Directiva es aquel al que se ha adjudicado el contrato y no haya candidatos afectados; cuando se trate de un contrato basado en un acuerdo marco; y cuando se trate de un contrato específico basado en un sistema dinámico de adquisición.

¹³³ Artículo 2 *quarter* incluido a la Directiva 89/665/CEE.

¹³⁴ Considerando 13 de la Directiva 2007/66/CE.

directa ilegal debe considerarse, en principio, sin efectos; claro está, dicha privación de efectos no debe ser automática, sino que debe quedar sometida a la comprobación de un órgano de recurso independiente o derivar del resultado de una decisión de dicho órgano.¹³⁵

El objetivo que se persigue al establecer los Estados miembros la normativa por la que se garantice que un contrato no produzca efectos es que los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución.¹³⁶ Las consecuencias que se deriven de la ineficacia de un contrato deben quedar reguladas por la legislación nacional. Por tanto, la legislación nacional puede, por ejemplo, establecer la anulación de todas las obligaciones contractuales con efectos retroactivos (*ex tunc*) o limitarse a prever la anulación de aquellas obligaciones aún por ejecutar (*ex nunc*).¹³⁷

Excepcionalmente, los ordenamientos nacionales,¹³⁸ con el fin de garantizar la proporcionalidad de las medidas impuestas, pueden dotar al órgano responsable de los procedimientos de recurso la posibilidad de no poner en peligro el contrato o de reconocer algunos o todos sus efectos temporales, siempre que así lo exijan razones imperiosas de interés general del caso concreto, aunque haya sido adjudicado ilegalmente. En estos casos debe ponderarse si la privación de eficacia al contrato acarrearía consecuencias desproporcionadas para el interés general. Aun así, no constituyen razones imperiosas para mantener un contrato proveniente de la adjudicación ilegal los intereses económicos directamente vinculados con el contrato de que se trate como, por ejemplo, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, los costes derivados de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, los costes derivados del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato y los costes de las obligaciones jurídicas derivadas de la ineficacia.¹³⁹

¹³⁵ Artículo 2 *quinquies* incluido a la Directiva 89/665/CEE.

¹³⁶ Considerando 21) de la Directiva 2007/66/CE.

¹³⁷ Artículo 2 *quinquies* numeral 3) incluido a la Directiva 89/665.

¹³⁸ Considerando 22) de la Directiva 2007/66/CE.

¹³⁹ Artículo 2 *quinquies* numeral 3) incluido en la Directiva 89/665/CEE.

7.4.3.3. Otras medidas de tutela restitutiva contempladas en la Directiva en caso de mantenimiento del contrato ilegalmente adjudicado

En el caso de otros incumplimientos de requisitos formales, los Estados miembros podrían considerar inapropiado el principio de ineficacia. En estos casos, los Estados miembros deben disponer de flexibilidad para imponer sanciones alternativas.

Estas deben limitarse a la imposición de multas a la entidad adjudicadora –que deben pagarse a un órgano independiente del poder adjudicador o entidad contratante– o a una reducción de la duración del contrato. Corresponde a los Estados miembros determinar los detalles de las sanciones alternativas y de las normas de su aplicación.¹⁴⁰

7.4.4. Los tratados de libre comercio como fuente del sistema revisión de adjudicaciones. El caso peruano

Fracasada la extensión del Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la Organización Mundial de Comercio a los países en desarrollo, se abrió paso la estrategia de lograr la internacionalización de los mercados públicos a través de los compromisos bilaterales o plurilaterales denominados tratados de libre comercio. Así, se afirma con corrección “reconociendo la limitación de un acuerdo exclusivo de países industrializados y conscientes de las oportunidades de negocios que estaban fuera del ámbito liberalizador, EE. UU. y la Unión Europea han incluido compromisos sobre las compras públicas en todos sus acuerdos bilaterales. Aunque inspirados en las mismas disciplinas del acuerdo OMC (i. e. trato nacional, no discriminación y transparencia), estos demandan menor carga normativa y son parte de un paquete más atractivo (i. e, el acuerdo en general) para sus contrapartes, facilitando la negociación doméstica”.¹⁴¹

¹⁴⁰ Considerando 19) de la de la Directiva 2007/66/CE.

¹⁴¹ Ulloa, *El mercado público y los acuerdos comerciales*, 22.

Conforme explicamos antes, los tratados de libre comercio como fuente del derecho tienen como características incorporarse directamente al Derecho interno, siendo aplicables a todo supuesto de hecho previsto en la normativa sin necesidad de alguna remisión de la ley interna o reconocimiento de su aplicabilidad a los casos concretos. Cuentan con un efecto derogatorio directo respecto a cualquier legislación interna que fuere contraria y preexistente por ser incompatibles y, son preceptos obligatorios por lo que deben ser aplicados por las autoridades administrativas y jurisdiccionales.¹⁴²⁻¹⁴³

Los tratados se han preocupado por tener un instrumento de aseguramiento del cumplimiento de las reglas de los procesos de selección.¹⁴⁴ Para ello se ha convenido

¹⁴² Por ejemplo, en Sentencia A. P. N° 6859-2012-LIMA de 05/09/2013, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la demanda de acción popular interpuesta por la Asociación de Industrias Farmacéuticas Nacionales (Adifan) contra el Comunicado emitido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), consideró el efecto derogatorio que tenía el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, en su Capítulo de Compras Públicas contra las medidas compensatorias o restrictivas del comercio que habían sido dictadas al amparo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N° 26850.

¹⁴³ Arteaga Zegarra, "La contratación pública en el marco del TLC Perú-EE. UU.", 178-184 y Rojas Montes, "Acuerdos de promoción comercial y las contrataciones estatales".

¹⁴⁴ Por ejemplo, el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-EE. UU., que fue firmado en Washington D.C. el 12 de abril de 2006 y entró en Vigencia el 1 febrero 2009, contiene sobre este tema lo siguiente:

"Artículo 9.11: Revisión Nacional de las Impugnaciones de los Proveedores

1. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial que sea independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a la aplicación por una entidad contratante de las medidas de una Parte que implementan este Capítulo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación.

2. Cada Parte garantizará que un proveedor pueda invocar el procedimiento de revisión sin poner en riesgo su participación en contrataciones en curso o en futuras actividades de contratación llevadas a cabo por las entidades contratantes de la Parte.

3. Cada Parte dispondrá que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 pueda adoptar medidas provisionales oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad del proveedor de participar en la contratación pública y garantizar que las entidades contratantes de la Parte cumplan con sus medidas en la implementación de este Capítulo. Tales medidas precautorias pueden incluir la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

4. Cada Parte asegurará que sus procedimientos de revisión estén públicamente disponibles en forma escrita y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del debido proceso.

5. Cada Parte asegurará que sus procesos de revisión se realicen de acuerdo con lo siguiente:

(a) se le otorgará al proveedor un plazo suficiente para preparar y presentar una impugnación por escrito, que en ningún caso será menor a 10 días, a partir del momento en que el fundamento

que se debe establecer un procedimiento a cargo de una autoridad imparcial, administrativa o judicial, que sea independiente de sus entidades contratantes para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a la corrección de los actos de la entidad contratante y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes.

Los tratados de libre comercio que contienen alguna sección en materia de contrataciones reservan un artículo sobre el régimen nacional de impugnaciones de proveedores, con las siguientes particularidades:

- Asignación de competencia revisora a una instancia independiente de las entidades contratantes, pero sin determinar un sistema de recursos determinado, pudiendo ser una autoridad judicial o administrativa.
- Garantizar al proveedor que pueda invocar el procedimiento de revisión sin poner en riesgo su participación en contrataciones en curso o en futuras actividades de contratación llevadas a cabo por las entidades.
- La competencia de la autoridad revisora incluye adoptar medidas provisionales oportunas tales como la suspensión de la adjudicación del contrato o la ejecución del contrato ya adjudicado, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad del proveedor de participar en la contratación pública. A dicho efecto, en algunos de los acuerdos se hace mención expresa a que al analizar discrecionalmente la adopción de estas medidas “los

de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por este;

- (b) una entidad contratante responderá por escrito la reclamación del proveedor y dará a conocer todos los documentos relevantes a la autoridad de revisión;
- (c) el proveedor que inicie una reclamación tendrá la oportunidad de contestar la respuesta de la entidad contratante antes que la autoridad de revisión tome una decisión con respecto a la reclamación; y
- (d) la autoridad de revisión dará a conocer sin demora y por escrito su decisión con respecto a la impugnación, junto con una explicación de los fundamentos utilizados para tal decisión”.

procedimientos podrán prever la posibilidad de que se tengan en cuenta las consecuencias desfavorables primordiales para los intereses afectados, incluido el interés público, a decidir si deberán aplicarse esas medidas”.¹⁴⁵

- Calidad de los procedimientos de revisión, según lo cual se comprometen las partes a que estos se encuentren públicamente disponibles en forma escrita y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del debido proceso. Entre otras reglas del procedimiento se acuerdan: otorgar al proveedor un plazo suficiente para preparar y presentar una impugnación por escrito, que en ningún caso será menor a 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 este, que la entidad contratante responderá por escrito la reclamación del proveedor y dará a conocer todos los documentos relevantes a la autoridad de revisión; el derecho del reclamante a contestar la respuesta de la entidad contratante antes que la autoridad de revisión tome una decisión con respecto a la reclamación; y a que la autoridad de revisión decida sin demora, por escrito y debidamente motivada, la impugnación. Adicionalmente, algunos acuerdos consagran el deber de resolver la impugnación “dentro de un periodo razonable de tiempo” [sic].¹⁴⁶
- La competencia de la autoridad de revisión para condenar a la entidad a una compensación por los daños y perjuicios sufridos cuando el órgano de revisión haya determinado la existencia de una infracción o falta de cumplimiento del convenio, la misma que puede limitarse a los costos de preparación de la oferta, a los costos relacionados con la impugnación o a ambos.¹⁴⁷

Es importante hacer notar que la regulación de este instrumento de revisión dentro de los tratados de libre comercio está orientada a proteger el cumplimiento de las reglas

¹⁴⁵ Artículo 190, Acuerdo Comercial Perú-Unión Europea.

¹⁴⁶ Artículo 159, Acuerdo de Asociación Económica entre Perú y Japón.

¹⁴⁷ Artículo 190, Acuerdo Comercial Perú-Unión Europea.

del tratado mismo, por lo que el proveedor para impugnar debe tener interés en la contratación, pero sobre todo reclamar por alguna transgresión a las reglas de convenio y no por violaciones a la normativa nacional de contrataciones. Este elemento es importante advertirlo porque la revisión nacional de los actos precontractuales se presenta aquí como un mecanismo de protección de las reglas de libre comercio entre los Estados y no como un instrumento de protección de la integridad de las compras públicas *per se*. De ahí que la revisión de los actos precontractuales es una garantía que se brindan recíprocamente los Estados para que los proveedores del otro Estado cuenten con un mecanismo de defensa para asegurar el cumplimiento de los principios y reglas de convenio que les sean beneficiosas.

Existe una marcada tendencia a fortalecer las vías de impugnación de las adjudicaciones ilegales en sede administrativa complementariamente a la vía jurisdiccional del contencioso-administrativo. Dicha tendencia busca fortalecer la corrección oportuna y eficaz de la ilegalidad antes que obtener indemnizaciones compensatorias para los afectados por las ilegales adjudicaciones.

En esta tendencia se aprecia igualmente la búsqueda de la eficacia y oportunidad del procedimiento del recurso administrativo por medio de un diseño adecuado. A dicho fin, algunos de los planteamientos seguidos son: la admisión del efecto suspensivo al recurso interpuesto, la propensión a una legitimidad amplia para la recurrencia, la imposibilidad de imponer condicionalidades de costos para los procedimientos, la necesidad de afrontar los recursos temerarios mediante instrumentos de detección *ex post* y sanciones efectivas, contar con autoridades independientes de la autoridad convocante para resolver esta controversia y darle competencias adicionales a las meramente anulatorias del proceso ilegalmente conducido.

CAPÍTULO II

LOS MODELOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO

SOBRE ACTOS PRECONTRACTUALES EN HISPANOAMÉRICA

El presente capítulo está dedicado a analizar los modelos de control administrativo existentes en Hispanoamérica sobre los actos precontractuales, dentro del contexto del Derecho internacional de las contrataciones administrativas. Cuando hablamos de los modelos, nos estamos refiriendo a las formas de organización estatal seguidas dentro de la evolución reciente de la región para diseñar estas estructuras de control y si ellas se encuentran acompañadas a los estándares recomendados ya internacionalmente.

1. La ausencia de un modelo único de control administrativo en el Derecho internacional de las contrataciones

El Derecho internacional de las contrataciones, en sus diversas expresiones, ha identificado como un estándar necesario para la integridad y eficacia de las compras públicas contar con un sistema de recurso eficaz contra las decisiones de las autoridades producidas en la formación contractual. Desde la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,¹⁴⁸ se ha contemplado como necesario que los Estados incorporen “[...] 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 conforme al presente párrafo”.

Pero han sido los acuerdos y recomendaciones posteriores los que han aportado elementos para configurar la organización a cargo de conocer los recursos contra reglas y actuaciones indebidas en la contratación, aunque sin llegar a definir ni proponer un modelo en particular, respetando la soberanía de los Estados para concretarlo en función a sus particularidades. Como veremos a continuación, el elemento fundamental

¹⁴⁸ Artículo 9. Numeral 1, literal d).

para definir ese modelo ha sido la “autonomía” y la “imparcialidad” del organismo que resolverá el reclamo, así como contar con un régimen de protección especial frente a las influencias exteriores durante su mandato, a la vez que ha dejado al arbitrio de cada país optar por una autoridad de naturaleza judicial o administrativa, o mediante una combinación de ellas.

El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio¹⁴⁹ propone que “Cada Parte establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, mediante el cual el proveedor pueda presentar una impugnación”. En el extremo que nos interesa, el Acuerdo indica que: “Cada Parte establecerá o designará 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”. Y agrega también¹⁵⁰ que: “[...] 6. Entenderá de las impugnaciones un tribunal o un órgano de examen imparcial e independiente que no tenga interés en el resultado del contrato y cuyos miembros estén protegidos frente a influencias exteriores durante todo el periodo de su mandato”.

En la misma línea se encuentran los tratados de libre comercio,¹⁵¹ como los que ha celebrado Perú, cuyo contenido establecen que cada parte mantendrá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, mediante el cual el proveedor que tenga o haya tenido un interés en una contratación pública cubierta pueda impugnar. Para dicho efecto se acuerda (numeral 5), de modo muy similar a lo que nos planteaba el Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio (artículo XVIII) que: “Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades contratantes, para recibir y examinar

¹⁴⁹ Artículo XVIII, titulado “Procedimientos internos de revisión”.

¹⁵⁰ Artículo XX Procedimiento de impugnación.

¹⁵¹ Tomamos como ejemplo el Acuerdo Comercial Perú-Unión Europea que entró en vigencia el 1 de marzo de 2013, cuyo Título VI aborda el tema de la Contratación Pública (artículo 190).

las impugnaciones presentadas por los proveedores en el contexto de una contratación pública cubierta”.

Por su parte, la Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, tratando de respetar las distintas culturas y tradiciones jurídicas europeas tampoco define un diseño único de garantías o de control sobre las adjudicaciones ilegales, permitiendo con ello que cada Estado organice su sistema conforme a su propia cultura bajo los lineamientos de esta directiva comunitaria.

En ese sentido, para la realización de un sistema de control de adjudicaciones, los Estados miembros pueden optar¹⁵² entre dos alternativas: atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional¹⁵³ o a un organismo administrativo,¹⁵⁴ siempre que en este último caso sus resoluciones puedan ser objeto

¹⁵² Con precisión ha expuesto Santamaría Pastor la poca claridad en particular de este punto que obliga a interpretarla conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 33 y ss.

¹⁵³ A efectos de la determinación de aquellas estructuras que quedan comprendidas en lo “jurisdiccional” estamos asumiendo aquí el criterio organicista o del órgano (Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, 2ª ed. esp., trad. de José Lión Depetre, pref. de Héctor Gros Espiell [México D. F.: FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998]), esto es que la ejercen autoridades organizadas de manera distinta a los congresistas y funcionarios públicos, haciendo de lado otros criterios que plantean caracterizarlo a partir de su contenido material o de la naturaleza de sus decisiones. Conforme sabemos, a este respecto se han suscitado diversos criterios tales como: la tutela de derechos, la actuación del derecho objetivo, la resolución de controversias, entre otros. Consideramos que el criterio organicista, pese a las críticas, es el que mejor ayuda a delimitarlo como un poder público ejercido por autoridades independientes del Poder Ejecutivo y del Legislativo, bajo determinadas peculiares adicionales (alteridad respecto a las partes y cosa juzgada de la decisión). Coincidimos con De la Rúa cuando afirma que “[...] a partir de la teoría organicista, la definición se fue alejando de su razón de ser, y cuando se olvidó del todo que se trataba de definir ‘el poder que ejercen los jueces’ empezó el trasplante de las nuevas ideas a campos que le eran totalmente ajenos. Se llegó así a la abstracción del conflicto de intereses o de la actuación de la ley. Luego, independizándolo del órgano, ese mismo concepto empezó a ser aplicado a multitud de situaciones semejantes o asimilables. Por esa vía se llegó a considerar jurisdiccional al juicio político del Parlamento a ciertos funcionarios; se creó el equívoco concepto de la ‘jurisdicción administrativa’ reconociendo a la Administración el poder de ejercer funciones jurisdiccionales; se negó carácter jurisdiccional a la jurisdicción voluntaria, y como algunos habían introducido en el concepto el dato de la cosa juzgada (poder de resolver mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, según el propio Couture) hasta se llegó a afirmar que la instrucción penal era de carácter administrativo porque el juez, salvo el sobreseimiento, no tenía plena potestad de producir esa cosa juzgada convertida en deidad esencial de la jurisdicción”. Fernando de la Rúa, *Jurisdicción y Administración. Relaciones, límites y controles. Recursos Judiciales* (Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1979), 20.

¹⁵⁴ El carácter administrativo de estos organismos u órganos no excluye que para determinados fines su accionar pueda considerarse materialmente jurisdiccional en función a una serie de

de un recurso ante las autoridades jurisdiccionales, motiven sus decisiones por escrito y cuenten, como vamos a ver a continuación, con independencia.

De este modo podrían estructurarse diversos modelos de sistemas de recursos, incluso con base en tres niveles: una primera frente a la propia entidad (reconsideración o apelación jerárquica) que no sería obligatoria ni suficiente, una segunda ante otro organismo administrativo independiente del primero, y la última instancia ante el Poder Judicial.

Dado el interés de la directiva de poder congregar a su interior diversas opciones a ser seguidas por los ordenamientos nacionales opta por no definir una organización particular para conocer del recurso. Intenta comprender las diversas alternativas que pueden darse, teniendo como opciones básicas un órgano administrativo o uno de índole jurisdiccional. Más bien opta por dar las grandes características que debe reunir cada organización administrativa a ser diseñada por los Estados. Así, por ejemplo, algunas de las notas características con la que debe contar esta organización es que sea realmente independiente en relación con la autoridad adjudicadora y del organismo que pudiera haber visto en primera instancia el recurso, así como que el estatus de nombramiento y mandato de la autoridad sean análogos a las condiciones aplicables a los jueces, establecen en particular que presidente ese organismo, independiente, debe contar con las mismas calificaciones jurídicas y profesionales que un juez.¹⁵⁵

particularidades que rodean su ejercicio. Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que algunos tribunales administrativos en materia de contratación pueden ser considerados “jurisdiccionales” a efectos de aplicarles el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (opiniones prejudiciales del TJCE sobre el alcance de los tratados y acuerdos de la Comunidad Europea) en la medida que cumplan con: tener una creación legal, ser de carácter permanente, carácter obligatorio de su actividad para las partes, seguir un procedimiento contradictorio, que apliquen normas jurídicas y tener carácter independiente, con garantías para ello y ser un tercero respecto al tema en disputa. Véase al respecto Francisco Hernández González, “Sobre la controvertida naturaleza jurisdiccional de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. En Fernando López Ramón, 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), 374-384.

¹⁵⁵ La Directiva establece que “8. Cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en

Como se puede apreciar hasta aquí, los estándares internacionales jurídicamente exigibles a los países signatarios señalan que la autoridad que debe conocer de estos reclamos de postores debe ser “independiente de las autoridades contratantes” (artículo XVIII) y que sea “imparcial”, pudiendo ser de naturaleza judicial o administrativa, según opte cada Estado.

Es con motivo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y de las recomendaciones de la OCDE que estos estándares los encontramos más desarrollados con elementos que nos permiten ilustrarnos mejor.

Así, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011) considera que todo régimen de la contratación pública para ser eficaz debe “contar con mecanismos para vigilar que se cumplan las normas y, de ser necesario, obligar a cumplirlas”,¹⁵⁶ para lo cual dedica su capítulo VIII al denominado de modo general “Procedimiento de recursos”, comprendiendo como aspectos esenciales el derecho al recurso (artículo 64), los efectos del recurso (artículo 65), el recurso de reconsideración facultativo (artículo 66), recurso de revisión ante un órgano independiente (artículo 67), el derecho de los participantes en el recurso interpuesto (artículo 68) y la confidencialidad de las actuaciones en la sustanciación del recurso (artículo 69).

En particular, respecto al organismo que conoce los recursos, la Ley Modelo prevé dos modelos: el recurso de reconsideración, típico recurso ordinario presentado ante la propia entidad adjudicadora,¹⁵⁷ contra toda decisión o medida adoptada por ella en el curso de la contratación, y si dicha entidad adjudicadora no comunica su decisión al

el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base”.

¹⁵⁶ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 327.

¹⁵⁷ “Artículo 66. Recurso de reconsideración presentado ante la entidad adjudicadora
1. Todo proveedor o contratista podrá presentar, ante la entidad adjudicadora, un recurso de reconsideración contra toda decisión o medida adoptada por esa entidad en el curso de la contratación”.

recurrente, podrá de inmediato interponer un nuevo recurso ante una autoridad administrativa independiente o ante el Poder Judicial, según lo diseñe el país.

En segundo lugar, la Ley Modelo considera como otra opción de diseño el recurso de revisión presentado directamente ante un órgano independiente para impugnar una decisión o medida adoptada por la entidad adjudicadora¹⁵⁸ en el curso de la contratación, o habiéndola reconsiderado la entidad no haya atendido dentro del plazo ese recurso de presentado. En este segundo caso nos encontramos frente a un recurso especial y a la asignación de competencia revisora a una instancia independiente (administrativa creada para el efecto, o una jurisdiccional). Aunque no lo menciona expresamente en su texto, la Ley Modelo también asume que es posible que los países opten por la vía judicial directa a condición de que satisfaga la exigencia de eficacia.

Finalmente, la Metodología para la evaluación de los sistemas de compras públicas (MAPS) aprobada por la OCDE¹⁵⁹ enfatiza los criterios que son estimados como valiosos en el diseño de los organismos de revisión de los recursos. En efecto, en el Indicador 13 de esta metodología se establecen los criterios para evaluar si un mecanismo de apelaciones de adquisiciones es eficaz y eficiente, y para ello desagrega tres subindicadores para ser evaluados: i) el proceso de impugnaciones y apelaciones mismo; ii) la Independencia y capacidad del órgano de apelaciones; y iii) las decisiones del órgano de apelaciones.

¹⁵⁸ “Artículo 67. Recurso de revisión presentado ante un órgano independiente

1. Todo proveedor o contratista podrá presentar al [nombre del órgano independiente] una solicitud para que reconsidere una decisión o medida adoptada por la entidad adjudicadora en el curso de la contratación, o reconsidere el hecho de que dicha entidad no haya emitido tal decisión, con arreglo al artículo 66 de la presente Ley, dentro de uno de los plazos prescritos en ese artículo”.

¹⁵⁹ La base para la metodología de evaluación de la EOCED se desarrolló mediante un esfuerzo colaborativo del Comité de Ayuda al Desarrollo de OECD y el Banco Mundial, bajo la iniciativa de la Mesa Redonda sobre Adquisiciones, en donde los países en vías de desarrollo y los donantes bilaterales y multilaterales trabajaron conjuntamente para establecer estándares para mejorar los sistemas de adquisición. La iniciativa dio como resultado la creación de un proyecto de colaboración para un consorcio para la adquisición bajo la OECD, que desarrolló y finalizó la Metodología para la Evaluación de Sistemas Nacionales de Adquisiciones de la OECD. La metodología identifica cuatro “pilares” que influyen en el desempeño del sistema de adquisiciones:

- Marco lógico legal existente que regula las adquisiciones.
- Arquitectura institucional y capacidad de gestión del sistema.
- Operación del sistema de adquisiciones y competitividad del mercado nacional.
- Integridad del sistema de adquisiciones.

Para los fines de esta sección nos resultan valiosos los criterios que son tomados en cuenta para valorar la independencia y capacidad del órgano de apelaciones. En concreto, para ello, se debe evaluar si el órgano u organismo que conoce del recurso:

- a) No está involucrado de ninguna forma en las transacciones de adquisiciones ni en el proceso que lleva a las decisiones de adjudicación de contratos.
- b) No cobra tarifas que impidan el acceso de las partes afectadas.
- c) Sigue procedimientos claramente definidos y disponibles públicamente para la presentación y resolución de reclamos.
- d) Ejerce su autoridad legal para suspender los procedimientos de adquisiciones e imponer rectificaciones.
- e) Expide decisiones dentro del plazo especificado en la ley o los reglamentos.
- f) Expide decisiones que son vinculantes para todas las partes.
- g) Cuenta con los recursos y el personal adecuado para cumplir con sus funciones.

2. La autonomía y la imparcialidad como factores indispensables en la autoridad que conoce de los recursos contractuales

2.1. ¿Qué comprende las exigencias de autonomía e imparcialidad en esta materia?

Como apreciamos, existe unanimidad en el Derecho internacional de las contrataciones para que el organismo que conozca del recurso contra los actos de conformación del contrato deba contar con autonomía e imparcialidad respecto de las organizaciones que convocan los procesos mismos y, además, con las garantías necesarias para que esa independencia sea efectiva. Lo que prescribe el Derecho internacional de las contrataciones como estándar esperable de quien conoce el recurso es: i) que no tenga interés en el resultado del contrato; ii) que sea distinto de las entidades contratantes aunque no deje de pertenecer al ámbito de la Administración Pública; iii) que no se encuentre involucrado en las transacciones de las adquisiciones ni en el proceso

decisional de la adjudicación (como pudiera ser si tuviera rol consultivo o supervisor del proceso de selección); y iv) que se encuentre a cubierto de las presiones políticas que suelen haber en este tipo de decisiones públicas.

En esa línea, la Ley Modelo de la CNUDMI (2011) alienta que los Estados designen a un organismo tercero independiente para examinar la decisión o acto de la entidad adjudicadora que, a juicio del proveedor o contratista sea contrario al derecho. Para esta Ley Modelo “el concepto independencia [...] significa independencia frente a la entidad adjudicadora, y no frente a la administración general, así como una actuación a cubierto de presiones políticas”,¹⁶⁰ de modo que no cumplen con este atributo los órganos u organismos administrativos que ejercen autoridad o control jerárquico sobre la entidad adjudicadora, que tienen competencia para aprobar ciertos actos o decisiones de esta o para asesorarla en esta materia.

Esta exigencia básica estructural tiene como propósito crear la condición necesaria – pero no suficiente– que en el ejercicio de control de la formación del contrato pueda adoptar decisiones con objetividad y neutralidad, alejada de los intereses de las entidades contratantes y de las demás entidades que participan en la transacción del contrato (p. ej., en el caso de las centrales de compras).

2.2. La tendencia a la automatización de funciones especializadas en la organización administrativa contemporánea

Sin embargo, esta no es una propiedad exclusiva de esta función, sino que más bien se engarza en una tendencia global hacia la autonomización o autarquización¹⁶¹ de diversas funciones especializadas de la Administración Pública, dando paso al empoderamiento de ciertos niveles de la burocracia administrativa en esos mismos espacios gubernativos, creando organismos públicos descentralizados separados de los ministerios.

¹⁶⁰ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 335.

¹⁶¹ Cretella Júnior define a la “autarquización” como la operación dinámica descentralizadora cuyo término final es la autarquía. José Cretella Júnior, *Dicionário de Direito Administrativo*, 5ª ed. (Río de Janeiro: Forense, 1999), 61.

Este proceso de automatización por funciones que proviene de distintos sectores, uno de los cuales es la globalización de las contrataciones públicas, ha propendido a la búsqueda de objetivos diversos:

- Neutralizar la acción política partidaria y de jerarquías administrativas.
- Fomentar la implementación de políticas institucionales de largo plazo.
- Dar cabida a una burocracia tecnocrática dentro de esa misma organización administrativa.

Pero esta corriente no pudo alcanzar ese desarrollo si no fuera por el contexto de crisis de legitimidad que afectó y sigue afectando a diversas administraciones estatales por el manejo partidarista de las instituciones y de los cargos públicos¹⁶² que hicieron necesario buscar mayor credibilidad nacional e internacional (inversionistas, organismos multilaterales, terceros países) sobre la calidad de su accionar.

Para ello se encontraron interesantes referentes alternativos de organización en las agencias reguladoras estadounidenses,¹⁶³ en las autoridades administrativas independientes europeas (entre las más conocidas la francesa,¹⁶⁴ la española,¹⁶⁵ la alemana y los *quanquos* ingleses), entre otros. En este orden de ideas no deja de ser curioso que la desconfianza en la organización estatal y en la Administración Pública

¹⁶² Andrés Betancort Rodríguez, *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de derecho* (Madrid: Tecnos, 1994).

¹⁶³ Véase, Gabriel Fernández Rojas, "La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América", *Vniversitas*, n. 106 (2003), 177-205.

¹⁶⁴ Gabriel Fernández Rojas, "Las autoridades administrativas independientes en Francia", *Vniversitas*, n. 107 (2004), 347-372.

¹⁶⁵ Gabriel Fernández Rojas, "Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España", *Vniversitas*, n. 109 (2005), 419-460; Betancort Rodríguez, *Las administraciones independientes*; Enrique García Llovet, "Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho", *Revista de Administración Pública*, n. 131 (mayo-agosto 1993), 61-118; Mariano Magide Herrero, *Límites constitucionales de las administraciones independientes* (Madrid: INAP, 2000); Luis Pomed Sánchez, "Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes", *Revista de Administración Pública*, n. 132 (septiembre-diciembre 1993), 117-170; José Sala Arquer, "El Estado neutral: contribución al estudio de las administraciones independientes". En Manuel Aragón Reyes, coord. *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo* (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985), 535-560.

diera paso a la creación de organismos autónomos de la acción política como alternativa, de modo que la deslegitimidad del Estado se pretenda corregir con más Estado. Como afirma Vázquez Irizarry: “Desconfiamos del Gobierno, no le reconocemos legitimidad a sus instituciones y somos escépticos en cuanto a que el interés público sea beneficiado. ¿La solución? Crear una entidad que, aunque es de naturaleza gubernamental, no estará sujeta al tipo de influencia que impide a las agencias trabajar por el bienestar público. Dicho de otro modo, el hastío respecto al gobierno se resuelve con más gobierno”.¹⁶⁶

En cualquiera de estos casos podemos imaginar diversas formas de descentralización funcional por la que se crea un ente público estatal, distinto del Estado nacional – Administración central–, pero incardinado en su estructura organizativa, al que se le atribuye el cumplimiento de ciertos cometidos estatales.¹⁶⁷

Como sabemos, la descentralización funcional consiste en la asignación de competencias administrativas a una nueva persona jurídica estatal distinta a la Administración central, a la cual se le dota de personería jurídica propia con capacidad para tomar decisiones especializadas en su ámbito de materia, asignándoseles para su administración exclusiva recursos, personal y patrimonio diferenciados. Con Ortiz podemos afirmar que los elementos definidores de la descentralización funcional son: creación de una personalidad jurídica nueva y distinta, el reconocimiento al organismo nuevo de una competencia especial exclusiva, la asignación de niveles de autonomía y, no obstante, ello, la sujeción al Estado a través de la tutela.¹⁶⁸

En esta estrategia de gestión aparece, de suyo, la cualidad de la autonomía que caracteriza a ese nuevo ente creado por el Estado, entendida como la capacidad de

¹⁶⁶ William Vázquez Irizarry, “La era de los órganos autónomos”, *SELA 2006, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional Política, Poder Ejecutivo*, n. 9. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/William_Vazquez_Irizarri.pdf

¹⁶⁷ Jorge Muratorio, “Centralización, descentralización, concentración, desconcentración. Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados”. En AA. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho* (Buenos Aires: Rap, 2005), 839-857.

¹⁶⁸ Eduardo Ortiz Ortiz, *Tesis de Derecho Administrativo*, t. 1 (San José de Costa Rica: Biblioteca Jurídica Dike, Editorial Stradtman, 2002), 36 y ss.

autorregularse para desenvolverse con discrecionalidad dentro del ordenamiento jurídico constitucional y legal sin mantener relación de jerarquía-subordinación, o de mando y obediencia, con la Administración central. En la base de esta autonomía se encuentra el carácter exclusivo y excluyente con que órgano descentralizado adquiere la competencia descentralizada, de modo que ni siquiera la Administración Central puede actuar en el ámbito de las atribuciones materiales conferidas al organismo nuevo, en tanto no modifique el ordenamiento.¹⁶⁹

Pese a la autonomización que esta descentralización representa, la persona jurídica nueva no deja de pertenecer a una estructura general estatal de la cual en todo momento forma parte y que está representada no solo por el Estado, sino por el ordenamiento jurídico que rige a este. Por ello, la transferencia de competencias administrativas con autonomía no puede oponerse a la unidad ni a la coherencia con la que debe actuar el Poder Ejecutivo, ya que en puridad solo puede hablarse de autonomía administrativa respecto de otra organización frente a la cual se califica de autónomo.

Igualmente, no obstante, a lo heterogéneo de las materias que les son confiadas, la doctrina ha identificado con claridad que la conformación de organismos administrativos con niveles de autonomía al interior del Poder Ejecutivo tiene como finalidad evidente asegurar en estos temas un alejamiento de la lucha política partidista, ideológica y del proceso político en general que se proyecta –de manera natural– en el nivel presidencial, ministerial y su línea jerárquica subordinada. El elemento teleológico deviene en tan importante que toda la arquitectura normativa empleada en su estructura apunta a ese objetivo, de modo que podemos definir a los organismos autónomos o, en la terminología española, administraciones independientes como lo hace Magide Herrero, en los siguientes términos: “Aquellas organizaciones administrativas de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la administración activa y que están configuradas legalmente de forman que

¹⁶⁹ Ibíd., 342.

el Gobierno y el resto de la administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder Ejecutivo”.¹⁷⁰

Juntamente con Pomed,¹⁷¹ podemos afirmar que claramente se observan que todas las administraciones independientes tienen como características comunes: intervenir sobre sectores sensibles, asegurar alejar la acción de la lucha partidista y un ejercicio neutral de la actividad. Se trata de contar con instituciones “políticamente neutralizadas” dentro del Poder Ejecutivo o, en otros términos, un “Ejecutivo neutralizado políticamente”.¹⁷²

De este modo, un organismo autónomo aparece diferenciado del ministerio de la cual ya no depende ni es dirigido, quedando desvinculado –en lo fundamental– de la potestad de dirección política que el Gobierno mantiene sobre las demás dependencias del Poder Ejecutivo. De este modo se busca que el organismo pueda ser conducido técnicamente, sin interferencia política en sus normas, esquemas e intensidades de supervisión, aplique las sanciones que correspondan, planifique actividades con un horizonte prolongado de tiempo, entre otros.

Pero no solo se trata de buscar una neutralidad política por razones ideológicas, sino, sobre todo, para permitir que estas instituciones puedan adoptar decisiones eminentemente basadas en criterios técnicos y sostenibles en el tiempo, dado que se trata de políticas públicas que deben estar dotadas de continuidad y durabilidad más allá del periodo de gobierno. De esta manera, mientras más crece la neutralización política de una organización administrativa, en esa misma proporción se incrementa el poder tecnocrático en esa institución, por lo que se espera un ejercicio de la función pública con tendencia a hallar soluciones técnicamente eficaces por encima de otras

¹⁷⁰ Magide Herrero, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, 33.

¹⁷¹ Pomed Sánchez, “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, 117-170.

¹⁷² Sala Arquer, “El Estado neutral”, 535-560.

consideraciones ideológicas, de mayorías políticas con visiones parciales propias de los partidos en el gobierno. Con razón, el profesor Pomed afirma: “la creación de administraciones independientes tiene como efecto neutralizar políticamente un sector de la vida pública, apartarlo de la lucha partidaria propia del Estado de partidos. Sectores en los que se encuentran en juego valores constitucionales relevantes, que legitiman dicho apartamiento y en los que, por lo demás, el componente técnico suele presentar una especial incidencia”.¹⁷³

En este sentido, la perseguida neutralidad del organismo autónomo se concreta en una faz negativa y en una faz positiva. La cara negativa resulta ser el alejamiento de las consideraciones eventuales de mayorías y minorías que influyen en el Poder Ejecutivo y que le exigen decisiones inmediatas y coyunturales. Por otro, la cara positiva, la necesidad de sustentar las decisiones administrativas en base en el conocimiento científico y tecnológico de los temas, pero sin perder de perspectiva la atención en el interés público, como corresponde a toda Administración Pública.

En tanto la organización administrativa se mantenga como parte del Poder Ejecutivo, siempre esta búsqueda de independencia estará equilibrada con las relaciones que mantenga con el Poder Ejecutivo a través de su adscripción a algún determinado sector administrativo. Situación distinta sería si esta administración alcanza la categoría de organismo extrapoder o autónomo conforme a la Constitución. Pero en tanto esta ubicación se mantenga no será posible hablar de una absoluta independencia del organismo, sino de grados de autonomía frente al Gobierno. Por ello, no podemos sino coincidir con Sala Arquer¹⁷⁴ cuando afirma que:

La posición jurídica de las administraciones independientes va a quedar, pues, definida, por una tensión entre principios favorecedores de su inmunidad frente al control y dirección del Gobierno, y principios destinados a salvaguardar la unidad de la acción del Estado. De ahí que el resultado de esta tensión consista siempre en una solución de

¹⁷³ Pomed Sánchez, “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, 161.

¹⁷⁴ Sala Arquer, “El Estado neutral”, 535-560.

compromiso: no todos los medios de control son legítimos; tan solo cabe una influencia limitada. El problema reside entonces en determinar hasta dónde puede llegar esa influencia gubernamental, sin desnaturalizar el carácter propio de esos organismos, y en fijar cuales pueden ser las legítimas garantías de su independencia.

Ello sin olvidar que estas instituciones admiten fórmulas organizativas que las vinculan de un modo atenuado (por medio de la relación de adscripción o de coordinación) para hacer efectivo el principio de unidad de acción pública. Ahora bien, según el propósito deseado no basta que cada país denomine a una instancia administrativa como autónoma, pues existen determinadas garantías o técnicas de diseño para autonomizar organismos del Poder Ejecutivo.

2.3. Las técnicas organizativas posibles para alcanzar la autonomía de la función de control de los actos precontractuales

Como hemos afirmado, la creación de organismos autónomos a cargo de funciones administrativas tiene como objetivo fundamental la neutralización política de las actividades de estas organizaciones en aras de contar con decisiones técnicamente fundamentadas e intervenciones concebidas para el largo plazo en sectores altamente sensibles para la sociedad.

Pero como esta búsqueda debe estar de la mano con elementos que justamente propicien que este objetivo se alcance, el ordenamiento jurídico suele brindar un repertorio de instrumentos que garantiza, en cierto modo, alcanzar el logro de este objetivo de las nuevas organizaciones. Estos instrumentos modelan el tipo de adscripción que en cada caso se asigne a ese organismo con respecto al Poder Ejecutivo. No puede soslayarse que resulta una tendencia natural de todo partido político en el gobierno centralizar y controlar el funcionamiento del Ejecutivo, contar con funcionarios de su confianza en las principales zonas de la administración para poder llevar a la

práctica sus programas y proyectos.¹⁷⁵ A eso se opone esta forma de organización administrativa independiente.

Ante ello surgen las garantías¹⁷⁶ que los sistemas jurídicos prodigan legalmente a estos organismos administrativos para propiciar favorablemente su neutralidad política, que nos permitimos clasificarlas en cuatro.

Como la principal manifestación de la descentralización funcional es la asignación de una determinada competencia en exclusiva al organismo, entonces un primer conjunto de elementos está referido a asegurar que esa competencia sea ejercida de la manera más autónoma posible. Para ello, el Derecho comparado muestra algunas técnicas, fundamentalmente impeditivas de la injerencia de la Administración central en las decisiones, como las siguientes:

- Calificar que la decisión del organismo autónomo agote por sí misma la vía administrativa, siendo únicamente revisable en vía judicial a pedido de los administrados legitimados para ello. No cabe, por tanto, recurso alguno ante el organismo de adscripción.
- Establecer que las decisiones del organismo autónomo no estén sujetas a alguna aprobación previa externa ni necesitan de confirmación o ratificación posterior por parte de otra autoridad administrativa.
- Prohibir a las autoridades a las cuales están adscriptas que puedan revocar de oficio o anular por considerar ilegales las decisiones de las autoridades autónomas o intervenir formalmente en su desarrollo.

¹⁷⁵ Véase Martín Alessandro y Andrés Gilio, “Cuando el origen importa: presidentes y congresos en la creación de organismos descentralizados en la Argentina (1983-2009)”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 48 (octubre 2010).

¹⁷⁶ Estas garantías que identificamos pueden servir también para comparativamente hacer una medición de los niveles de autonomía de los órganos descentralizados del Poder Ejecutivo, tal como nos plantean Martín Alessandro *et al*, “Cuando el origen importa”.

- Contar con capacidad y flexibilidad para poder organizar internamente su entidad, determinar sus planes y estrategias de acción, reglamentar las leyes que debe aplicar, regular sus servicios y actividades, seleccionar y contratar su personal.
- Capacidad para poder impugnar en vía judicial –por ejemplo, contencioso-administrativo– aquellas decisiones o regulaciones dadas por la Administración central y que consideren afecten su autonomía en procura de reestablecer el orden afectado.

De otro lado, tenemos las **garantías estatutarias** que buscan evitar la fórmula de tener injerencia a través del régimen de confianza en la designación y en la libre remoción de los máximos jefes de la entidad autónoma. Ante ello, un segundo conjunto de medidas se plantea respecto de las formas de limitar esta discrecionalidad haciéndola más técnica, retirándole el carácter de confianza y darles más estabilidad a los niveles jerárquicos superiores del organismo. En ese sentido, algunas de las medidas más comunes orientadas hacia ello son:

- Creación de una instancia colegiada (precisamente como un tribunal administrativo) en el máximo nivel directivo de la entidad, en vez de un órgano unitario.
- Contar con un mandato independiente, que sus autoridades cuenten con estabilidad durante los periodos de mandato, regular procedimientos abiertos de selección donde se propenda a la libre postulación de los interesados y la competencia pública por méritos, en reemplazo de una designación discrecional.
- Establecer altos estándares de exigencias para ser elegibles para estos cargos en función a perfiles de idoneidad profesional o técnica esperada para estas tareas, así como a la integridad moral (ausencia de impedimentos o actividades previas incompatibles con estas tareas).

- Considerar múltiples autoridades como instancias nominadoras para tales cargos, de suerte que nadie tenga el poder de designar a todo el colectivo de directivos. Para ello se suele considerar la articulación del Parlamento, organismos extrapoderes, varios ministros o exigir la aprobación del Consejo de Ministros.
- Durante el desempeño del cargo son objeto de un régimen especial de incompatibilidades y prohibiciones para evitarles circunstancias personales, sociales y económicas y demás vinculaciones que puedan afectar o dieran la apariencia razonable de afectar su independencia. Por ejemplo, no gestionar intereses personales ante las autoridades del sector, no recibir otros ingresos o desempeñar actividades no retribuidas en el Estado.

Pero las garantías estatutarias no solo se conciben para el acceso al cargo, sino que también se prolongan durante la continuidad del mandato impidiendo su libre remoción por el Poder Ejecutivo incluso cuando hay cambios de titulares del sector. Algunas medidas usuales son:

- Aprobación de un periodo preestablecido y fijo de mandato o de ejercicio en el cargo, del cual solo puede ser apartado por alguna causal taxativa calificada normativamente para ello, tales como fallecimiento, incapacidad permanente, renuncia aceptada, impedimento legal sobreviniente a la designación, remoción por falta grave, inasistencia injustificada a sesiones, entre otras. No se condice con ello la remoción por discrepancias políticas con las decisiones o el pedido de renuncia ante cambio de Gobierno o del titular del órgano de adscripción.
- Tendencia a que el periodo de mandato sea prolongado en el tiempo, incluso más allá del periodo gubernativo.
- Hay que considerar que el vencimiento de los mandatos de los integrantes del colegiado sea de manera escalonada y no simultánea para realizar una renovación gradual del cuerpo directivo.

- Establecer un procedimiento público y transparente para el retiro anticipado de algún directivo del organismo cuando concurra alguna causal prevista legalmente para ello.
- Además, se estila regular un régimen restringido de reelección en los cargos directivos.

Otro de los niveles en que la autonomía queda protegida es mediante el reconocimiento de competencias y atribuciones de **independencia presupuestal** frente al Poder Ejecutivo. Ciertamente es que por el principio de unidad presupuestal no es posible hablar de un presupuesto separado del resto de las entidades del Estado, pero al menos debería contar con:

- Un régimen que le permita aprobar su propio proyecto de presupuesto y limitar al Poder Ejecutivo la posibilidad de realizar modificaciones a su estructura y composición, y explicar sus alcances ante el Congreso de la República.
- La capacidad de poder contar con sus propias rentas (es común tener ingresos directamente recaudados provenientes de las empresas sujetas a su acción de supervisión) y recaudarlas directamente mediante procedimiento de cobranza expeditivo.
- La capacidad para poder ser inmune a cualquier recorte presupuestal que la autoridad hacendaria del Poder Ejecutivo pretenda imponerle, salvo que sea en consideraciones de hechos objetivos, en un pie de igualdad con el resto de la Administración Pública y sin permitirse que esta medida conduzca a una direccionalidad externa sobre sus objetos de gasto.

Finalmente, la ubicación dentro del organigrama del Estado muestra el grado de adscripción que el organismo mantiene con el Poder Ejecutivo central. La adscripción al

sector con el cual mantiene una vinculación por la materia le expone a la concurrencia continuada en el mercado, lo cual no abona a favor de esa tendencia a la independización. La garantía que consideramos más intensa para autonomizar alguna función administrativa del Poder Ejecutivo se da cuando se convierte a la entidad en un organismo autónomo conforme a la Constitución. Como es lógico una medida de esta dimensión no la puede tomar el legislador ordinario, sino el legislador constituyente. Por ello, es la forma más radical como una actividad administrativa bajo responsabilidad – hasta ese momento– del Poder Ejecutivo puede alcanzar el grado máximo de autonomía dentro del Estado unitario: extrayéndolo del ámbito de este Poder y convirtiéndolo en un organismo ajeno a los otros poderes del Estado, como una función administrativa por naturaleza, pero especializada al margen de la responsabilidad del Poder Ejecutivo. Es el caso de lo que sucedió en el Perú con la función de supervisión de los sistemas financiero, bancario y de seguros, con la administración de las reservas del Estado y la emisión de la moneda, o en Ecuador con las superintendencias de servicios públicos.

No podemos concluir esta revisión si no manifestamos que estas garantías funcionan a la vez que lo hacen determinados factores reales exógenos y endógenos de la Administración y pueden alinearse o no con el mismo objetivo.

Nos referimos a la voluntad de la clase política gubernativa para mantener los niveles de control y coordinación sobre las instancias autónomas dentro de sus límites permitidos, darle un diseño funcional normativo eficiente (con objetivos precisos y no excesivos, sin funciones superpuestas o con interferencias por parte de otras instancias no autónomas, competencias inspectoras importantes).

Y en el plano interno, la autonomía declarada en las normas debe estar aparejada de una protección legal para el ejercicio de sus facultades, la capacidad para captar y mantener una burocracia tecnocrática competente y con voluntad de ejercer funciones de modo independiente y no de manera sumisa o reclinada en la Administración central o en otros grupos de interés o presión.

3. Panorama general en Hispanoamérica de los sistemas de recursos contra los actos formativos del contrato: entre la solución judicialista y la de órganos unipersonales o colegiados especializados

Ahora analizaremos aquellos modelos que por la influencia de ese Derecho internacional se han venido generando en Hispanoamérica durante los últimos veinte años, aproximadamente.¹⁷⁷ En nuestra opinión, en función de la entidad a la cual se le asigna dicha competencia revisora podemos identificar dos modelos diferentes: el modelo judicialista y el modelo de control administrativo.

3.1. El modelo judicialista de control de recursos en materia de contratación

Consiste en atribuir dicha competencia al Poder Judicial por medio del proceso contencioso-administrativo, sea en vía directa o previo agotamiento de la vía administrativa ante la misma entidad a través de los recursos administrativos ordinarios. Este modelo asume la necesidad de acudir previamente a recursos administrativos jerárquicos al interior de la propia entidad convocante del proceso de selección para alcanzar el acceso a la autoridad jurisdiccional.

Esta posición tradicional nos haría pensar como necesario recorrer la secuencia de los recursos administrativos ordinarios ante la propia entidad convocante, la que a través del recurso de reconsideración o reposición y el recurso de apelación o jerárquico podría conocer del cuestionamiento de la adjudicación. Avalan esta opción argumentos como la inmediatez con que puede actuar el propio organismo convocante, su indudable conocimiento de la necesidad del contrato a celebrarse y la autoridad de control interno

¹⁷⁷ Además de los sistemas identificados para la presente tesis, también podemos encontrar recursos en materia de contratación, pero aún de escasa relevancia en el ordenamiento ecuatoriano: el reclamo administrativo y el recurso de apelación. Al respecto puede revisarse Rafael Ulloa Triviño y Marco Elizalde Jalil, "Nociones generales sobre los recursos en la contratación pública ecuatoriana. En particular, el recurso frente a la adjudicación", *Anuario Iberoamericano de Contratación Administrativa*, n. 1 (2018). Similar situación encontramos en Brasil, donde la Ley Nº 8,666/93 admite el recurso administrativo jerárquico, la representación y el pedido de reconsideración (véase al respecto: Reinaldo Moreira Bruno, *Recursos do processo licitatório* (Belo Horizonte: Del Rey, 2005).

que poseen los jefes sobre sus subordinados que administran el proceso. En esa línea, podríamos estar hablando de la propia autoridad que realizó la adjudicación y de su superior jerárquico con competencia para decidir el recurso contra los actos de formación del contrato administrativo.

No obstante, estos factores, que aparecen como favorables en primer término, se muestran como desventajas para una efectiva e independiente revisión del acto. El involucramiento de la propia entidad con el interés inmediato en obtener la prestación, su participación en los actos anteriores objeto de cuestionamiento y hasta el apego a adoptar posiciones institucionalistas hacen desaconsejable considerarlas como instancia adecuada para conocer de estos recursos.

Peor aún, llevar el control a la competencia del Poder Judicial luego de agotada la vía administrativa nos enfrenta a una muy posible decisión extemporánea sobre la ilegalidad de lo actuado, nos pondría en el camino de controles exclusivamente represivos o indemnizatorios *a posteriori* del contrato ya celebrado.

3.2. El modelo de control administrativo de recursos en materia de contratación

Frente al modelo anterior aparece la alternativa de contar con una instancia independiente y especializada que pueda conocer y resolver todos los recursos que se puedan presentar contra las adjudicaciones acusadas de irregulares, pero ubicada dentro de la Administración Pública.

Queremos resaltar que la búsqueda de contar con una autoridad distinta a la propiamente institucional se funda en la búsqueda de un examen imparcial que no tenga interés en el resultado del contrato y que las autoridades que decidan la controversia se encuentren protegidos de cualquier injerencia durante todo el periodo de su mandato". Es decir, se busca una autoridad independiente y especializada en esta materia que no

se encuentre primariamente comprometida con los intereses de la entidad, pero sí con el interés público de comprobar la legalidad de las decisiones de las autoridades.¹⁷⁸

Para alcanzar esa independencia, la Ley Modelo de la CNUDMI (2011) plantea que cada Estado determine, entre algunas opciones posibles, dónde radicar esta competencia relevante de control de actos precontractuales. Por ello afirma que el Estado debe seleccionar:

*[E]l órgano adecuado, ya sea uno existente o uno nuevo, para encomendarle esa función. Tal vez proceda encomendarla, por ejemplo, a la entidad que ejerza la supervisión y el control generales de la contratación pública en el Estado, a algún otro organismo cuya competencia no se limite a la contratación pública (por ejemplo, el que ejerza la supervisión y control financieros de las operaciones del Gobierno central y de la Administración Pública en general (si bien el alcance de la revisión no debe limitarse a la supervisión y el control financieros) o a una instancia administrativa especial cuya competencia sea exclusivamente dirigir litigios en el ámbito de la contratación pública.*¹⁷⁹

En cualquiera de los casos, se recomienda que dichos órganos estén integrados por “peritos externos, ajenos a la Administración Pública”.¹⁸⁰

Como podemos apreciar, el modelo administrativo puede radicar dicha competencia en tres autoridades: i) la entidad que ejerza la supervisión y el control específicamente de la contratación pública en el Estado; ii) la entidad de control cuya competencia no se limite a la contratación pública (por ejemplo, el que ejerza la supervisión y control financieros de las operaciones del Gobierno central y de la Administración Pública en general; o, iii) una instancia administrativa especial cuya competencia sea exclusivamente dirimir litigios en el ámbito de la contratación pública, verbigracia, organismos colegiados independientes e imparciales, pero próximos a la

¹⁷⁸ Jorge Romero Pérez, “Los tribunales en materia de contratación Administrativa”. *Derecho Administrativo Iberoamericano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010* (Mendoza, Argentina: Rap, 2011).

¹⁷⁹ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 336.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, 335.

Administración, ante la cual se puedan recurrir actos administrativos y contra cuyos pronunciamientos existe luego revisión judicial amplia y plena.

En cualquiera de estos casos, el modelo de control administrativo presenta, frente al modelo judicialista, algunas ventajas relevantes en materia de sus capacidades resolutorias como, por ejemplo, la aptitud natural para reformar o sustituir el acto de conformación de contrato que se confirma ilegal a diferencia de los jueces que –por lo general– tienen limitación o cierta complejidad para ejercer una potestad sustitutiva del acto impugnado; la competencia para realizar un pleno control de mérito y conveniencia del acto discrecional adoptado por la entidad licitante y que es objeto de impugnación; el deber de conducirse como principio en la búsqueda de la verdad material de cada caso, para lo cual cuenta con el impulso de oficio en materia probatoria y no únicamente sujetándose a la verdad formal de lo planteado en el proceso de revisión; así como la posibilidad de incorporar entre sus miembros a especialistas o técnicos en materias no jurídicas que permitan tener un entendimiento omnicompreensivo del problema y no solo una visión jurídica que haga depender al decisor de auxiliares o peritos.¹⁸¹

Esta última opción es la que nos presenta a los tribunales administrativos de contratación,¹⁸² creados singularmente para conocer de los recursos o medios de impugnación especiales. En Europa, según da cuenta la Comisión Europea,¹⁸³ hasta el 2017 catorce Estados miembros (Bulgaria, Chipre, Alemania, Dinamarca, Estonia, España, Croacia, Hungría, Malta, Polonia, Rumania, Eslovenia y Eslovaquia) han optado

¹⁸¹ Agustín Gordillo, *Problemas de control de la Administración Pública en América Latina* (Madrid: Cuadernos Civitas, 1981), 43 y ss., y también Miguel Sánchez Morón, *El control de las administraciones públicas y sus problemas* (Madrid: Instituto de España, Espasa Calpe, 1991), 146 y ss.

¹⁸² Como bien se afirmó, la existencia de los tribunales administrativos en diversas materias es una tendencia preexistente a esta materia que se haya presente en América y Europa desde hace varios siglos. Gordillo, *Problemas de control de la Administración Pública en América Latina*, 38-39; Francisco Sosa Wagner, *Jurisdicciones administrativas especiales* (Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1977).

¹⁸³ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, En Cuanto A Los Procedimientos De Recurso En El Ámbito De La Contratación Pública* (Bruselas: 24.01.2017 COM, 2017, 28 final), p. 4. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-28-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

por crear un órgano administrativo de recursos en materia de contrataciones pública, manteniendo el resto de los países la competencia revisora en el organismo judicial ordinario mediante el proceso contencioso-administrativo.

De un modo general, entre las plurales opciones de conformación del organismo especializado, la Unión Europea¹⁸⁴ considera que:

Como tendencia general, estos (refiriéndose a los órganos administrativos de recurso) tienden a ser más eficaces. Lo confirmaron una gran mayoría de encuestados en la consulta pública (74,7 %) al considerar que los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios llevan, por lo general, más tiempo y dan lugar a criterios de adjudicación menos estrictos que los procedimientos ante órganos administrativos de recursos especializados.

Por eso concluye que “en términos generales, los órganos administrativos de recurso de primera instancia son más eficaces que los órganos jurisdiccionales de primera instancia en términos de duración del procedimiento y de criterios de revisión”.¹⁸⁵

Como veremos a continuación, en América, en gran medida por influencia de los tratados de libre comercio han surgido tribunales administrativos especializados en Chile, Panamá y Perú. Algunos han optado por buscar esa autonomía, pero sin crear instancias nuevas, radicando la competencia en las Contralorías Generales de la República o Procuradurías Públicas. Y, finalmente, otras han asignado tímidamente esa competencia a autoridades preexistentes sin autonomía, pero distintas de la entidad contratante.

En la región constatamos *a priori* la veracidad de lo afirmado por Benavides, en el sentido de que

¹⁸⁴ Ibíd.

¹⁸⁵ Ibíd., 10.

*[...] tan solo unos pocos países han instaurado instancias autónomas y especializadas que permitan impugnar rápida y eficazmente el proceso de contratación o los carteles de pliegos, con el objeto de suspender la atribución del contrato. Costa Rica ha confiado esta misión a la Contraloría, con las dificultades de cumplir misiones contractuales dentro de las más genéricas de control de la administración. Panamá confía a su órgano rector de contratación las impugnaciones a las bases y pliegos y las impugnaciones durante el proceso de selección, dejando a un tribunal no jurisdiccional el control del acto de adjudicación. [...]. Por su parte, Perú también atribuye a su Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE) el control de los actos proferidos en los procesos de selección, a través de una apelación administrativa que con frecuencia se resuelve tardíamente [...]. Tan solo Chile ha optado por confiar a un tribunal jurisdiccional especializado la resolución de las impugnaciones contra los procesos de contratación.*¹⁸⁶

Por ello vamos a continuación a analizar los modelos existentes en algunos países iberoamericanos que pueden señalarse como emblemáticos de la región. Con ese objetivo vamos a analizar los modelos imperantes en función a los siguientes elementos: i) aspecto organizacional e institucional del órgano competente; ii) la existencia o no de elementos de independencia para su accionar; y, iii) la naturaleza administrativa o jurisdiccional de su actividad.

4. El caso argentino: el sistema de recursos administrativos previo y posterior contencioso-administrativo

Argentina mantiene el tradicional régimen judicialista para el control de los ilícitos precontractuales, diferenciando para efectos de la determinación de la vía, si nos encontramos frente a un acto administrativo singular (adjudicación, descalificación, asignación de puntaje, etc.) de las reglas del proceso mismo, que son reconocidas como actos administrativos generales o de carácter reglamentario, según la doctrina que se asuma.

¹⁸⁶ José Luis Benavides y Pablo Moreno Cruz, eds. *La contratación pública en América Latina* (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2016), 70.

Así, las decisiones de formación del contrato dictado por la Administración, cuando son acusadas de ilegales, pueden ser cuestionadas tanto en vía administrativa como en sede judicial, luego de haber agotado la vía administrativa. En sede administrativa se sigue el régimen general de impugnación de cualquier procedimiento administrativo ante la propia entidad y, posteriormente, en el proceso contencioso-administrativo se puede plantear acción de nulidad contra el acto que agotó la vía administrativa.¹⁸⁷

Por otro lado, en el régimen jurídico argentino el dictamen de evaluación de las ofertas se impugna primariamente mediante recursos ordinarios ante la propia autoridad,¹⁸⁸ pero teniendo en cuenta que la normativa autoriza que las bases de los procesos puedan requerir a los impugnantes recurrentes una garantía de impugnación ascendente al 3 % del monto de la oferta como condición de admisibilidad del recurso.¹⁸⁹ En cuanto a la impugnabilidad de estos pliegos licitatorios, conforme a la posición de la doctrina y jurisprudencia sobre su naturaleza jurídica, se impugnan ante el Poder Judicial directamente como acto de alcance general o, de manera indirecta, contra los actos particulares de aplicación, mediante el agotamiento del sistema de recursos ordinarios ante la misma entidad.¹⁹⁰

Nótese que, en todos estos casos en Argentina, la autoridad competente para conocer de estas impugnaciones es el Poder Judicial una vez agotada la vía recursiva ordinaria.

¹⁸⁷ Ezequiel Cassagne, "Informe Nacional sobre el régimen contractual". En José Luis Benavides y Pablo Moreno Cruz, eds. *La contratación pública en América Latina* (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2016), 84 y ss.

¹⁸⁸ Por ejemplo, el artículo 93 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto 893/2012.

¹⁸⁹ Véase María José Rodríguez, *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional* (Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2013), 113 y ss.

¹⁹⁰ Véase al respecto, Julio Comadira, "La impugnación administrativa de los pliegos de bases y condiciones", *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)* (Buenos Aires: Depalma Ediciones, 2000), 113 y ss; Mario Rejman Farah, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010); Ismael Farrando, "El efecto suspensivo de las impugnaciones en el régimen de contrataciones (Decreto Delegado 1.023/2001)". En AA. VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo* (Buenos Aires: Rap, 2006), 173; Alejandra Petrella, "Legitimación para impugnar judicialmente los pliegos". En AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos. En homenaje a Julio Rodolfo Comadira, "Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral"* (Buenos Aires: Rap, 2007); Pablo Piccoli, "Algunas reflexiones acerca de la impugnación de cláusulas de pliegos licitatorios", *Revista de Derecho Administrativo* 11 (1992), 605-652.

Con lo cual se reserva la competencia final a una autoridad separada de la administración activa comprometida en el proceso de selección y en la ejecución el contrato. No obstante ello, es también reconocido la poca efectividad de este modelo por la inoportunidad de la decisión y no evitar que se consumen actuaciones ilegales en la conformación del contrato.¹⁹¹ Es así que también la doctrina argentina ha planteado, aunque sin éxito aún, la conveniencia de crear un tribunal colegiado administrativo especializado con facultades “para entender todos los recursos e impugnaciones administrativas que se planteen con respecto a las licitaciones públicas, tanto en lo referente a la adjudicación en sí, como a los pliegos de condiciones y demás aspectos de trámite”¹⁹² y además en el que “sería imprescindible para el efectivo funcionamiento de dicho tribunal gozar de un carácter independiente frente a los organismos de la administración activa [...]”.¹⁹³

5. El caso Costa Rica: los recursos de objeción y de apelación/revocatoria ante la Contraloría General de la República

El ordenamiento administrativo costarricense¹⁹⁴ considera un sistema de recursos que diferencia según los tipos de actos del procedimiento de selección a cuestionar y las autoridades que lo van a conocer y resolver. De modo general, tenemos tres medios de impugnación contra los actos ilegales en la formación del contrato: de un lado el **recurso de objeción al cartel (pliegos o bases)**, y, por otro lado, el **recurso de apelación** y el **recurso revocatoria** dirigidos contra el acto de adjudicación y las declaraciones de infructuoso o de desierto del concurso.

En cuanto a **la competencia**, una particularidad común de los recursos de objeción a los pliegos y al de apelación es que son conocidos en instancia única por la Contraloría General de la República,¹⁹⁵ que es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en

¹⁹¹ Mairal, *Licitación pública*.

¹⁹² *Ibíd.*, 142 y ss.

¹⁹³ *Ibíd.*, 142.

¹⁹⁴ Ley 7494 de Contratación Administrativa y su Reglamento aprobado por Decreto Ejecutivo 33411-H, de 27 de septiembre de 2006, y sus modificatorias.

¹⁹⁵ Constitución Política del Estado

la vigilancia de la Hacienda pública, pero con independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores consagrada por la Constitución Política del Estado. Así, el recurso es conocido no solo por un organismo fuera de la entidad convocante, sino también ajeno a los organismos de la administración activa, dado que es un organismo independiente funcional y orgánicamente de la Administración y precisamente a cargo del control de la Hacienda pública.¹⁹⁶⁻¹⁹⁷

La doctrina costarricense, con base en el artículo 180 de su Ley General de Administración Pública¹⁹⁸ ha calificado a estos recursos como controles no jerárquicos o “recursos jerárquicos impropios” en la medida que los conoce un “ente ajeno a la entidad”, pero que se comporta como una autoridad jerárquicamente superior revisando actos de las entidades, con capacidad de anularlos y sustituirlos.¹⁹⁹⁻²⁰⁰

“Artículo 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.

La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el periodo presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos”.

¹⁹⁶ Es importante tener en cuenta que en el ordenamiento costarricense son conocidas las estructuras de tribunales administrativos, pero en este caso se ha optado por asignar la competencia revisora a una instancia de mayor independencia administrativa y con objetividad mayor, al no estar vinculada a la administración activa. Al respecto, véase Roberto Rodríguez Araica, “El recurso de apelación en contratación pública. Análisis de Derecho comparado”, *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, n. 3 (2014), 39; y Fernando Castillo Víquez, “Apuntes sobre los tribunales administrativos”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 138 (septiembre-diciembre 2015), 13-32.

¹⁹⁷ Los profesores Jinesta y Romero anuncian que en Costa Rica “existe un clima maduro para establecer un tribunal administrativo de contratos públicos, para lo cual se necesita una ley. Con esa posible legislación se eliminarían de la ley orgánica de la citada Contraloría las competencias en materia contractual”. Ernesto Jinesta Lobo y Jorge Romero Pérez, “Informe Nacional sobre el régimen contractual”. En José Luis Benavides y Pablo Moreno Cruz, *La contratación pública en América Latina* (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2016), 324 y ss.

¹⁹⁸ “Artículo 180.- Será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o el contralor no jerárquico, en la forma y con los alcances que señale esta ley”.

¹⁹⁹ José Solera Víquez, *El recurso de apelación en las licitaciones* (San José de Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2005), 16.

²⁰⁰ A su turno, Aguilar Arguedas ha manifestado, apoyado en el Dictamen C-159-99 del seis de agosto de 1999 de la Procuraduría General de la República, y lo expuesto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia 6866 del 1 de junio de 2000, que “[...] es factible

El **recurso de objeción** a los pliegos se dirige contra las bases de la licitación pública y de la licitación abreviada²⁰¹ cuando el interesado considere que sus reglas contienen vicios de procedimiento, incurren en violación de los principios fundamentales de la contratación o quebrantan, de alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia. Este recurso tiene como propósito evitar las limitaciones indebidas a la participación de postores, depurar y mejorar los pliegos y poner a prueba el sustento de las reglas incorporadas discrecionalmente en las bases,²⁰² de modo que permite cuestionar cualquier regla del proceso contenida en los pliegos que se considere arbitraria, ilegal o desproporcionada. Es, como bien se ha dicho, “un puente-garantía entre la protección a la libre concurrencia y el interés público, en la medida en que permite la discusión oportuna de las reglas del concurso con el justo equilibrio de la necesidad pública”,²⁰³ y desde el punto de vista del procedimiento de selección tiene “un claro efecto preventivo y de saneamiento, para evitar que ciertas nulidades existentes desde el inicio repercutan negativamente en el acto de adjudicación”.²⁰⁴

El recurso de objeción debe ser interpuesto, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, ante la Contraloría General de la República en los casos del procedimiento de mayor monto (licitación pública), y en los procedimientos por debajo de este umbral ante la propia administración contratante (licitación abreviada).

definir la jerarquía impropia como la competencia que legalmente se le ha dado a determinada instancia, distinta del superior jerárquico, para conocer y resolver en grado las impugnaciones que se presenten contra las actuaciones administrativas. Interesa precisar que la jerarquía impropia se clasifica en monofásica y bifásica. La primera se refiere a los supuestos donde el contralor no jerárquico es un órgano administrativo. En el caso de la bifásica, la jerarquía la ejerce un órgano adscrito al Poder Judicial, que realiza una función materialmente administrativa”. Alfredo Aguilar Arguedas, “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*, n. 2 (2014), 25-35.

²⁰¹ Ley 7494 de Contratación Administrativa, artículo 81.

²⁰² Elard Ortega Pérez, “Apuntes conceptuales sobre el recurso de objeción ante la Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, vol. 1 (2013), 37 y s.

²⁰³ *Ibíd.*, 44. Véase también al respecto Rafael Hidalgo Cuadra, “La formación del pliego en las compras públicas y la libre competencia”, *Revista de Derecho Empresarial*, n. 1 (febrero 2014), 63-96.

²⁰⁴ Ernesto Jinesta Lobo, *Contratación administrativa*, t. 4 Tratado de Derecho Administrativo (San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010), 289.

Para interponer este recurso, esto es en cuanto a **la legitimidad**, hay que tener en cuenta que no solo lo puede presentar todo oferente potencial o su representante, sino que también se habilita a que lo pueda hacer toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos. Respecto de primer supuesto, debe tenerse en cuenta que en el escrito de objeción el recurrente debe evidenciar la legitimación, con indicación de la relación entre la actividad del potencial oferente y el objeto del concurso, y en el caso de agrupaciones, la repercusión directa de la contratación sobre el núcleo de intereses que representan. Las agrupaciones, ya sean territoriales o de otra índole (p. ej., colegios profesionales, asociaciones de vecinos, corporaciones municipales), podrán cuestionar únicamente aquellas condiciones del cartel que afecten los intereses de la agrupación, dado que nos encontramos frente a una legitimación corporativa.²⁰⁵

El **procedimiento del recurso**, que es esencialmente oral,²⁰⁶ debe resolverse dentro de los diez días hábiles siguientes a su presentación, y si no se resuelve dentro de este plazo, la objeción se tendrá por acogida favorablemente. Es decir, existe silencio administrativo positivo en caso se produzca el vencimiento del plazo sin haberse respondido el recurso. Cuando resulte totalmente improcedente por el fondo o la forma, ya sea porque se trate de simples aclaraciones, o no se presenta debidamente fundamentado, entre otras razones, será rechazado de plano en el momento que se verifique tal circunstancia. Cuando la resolución de la Contraloría General de la República disponga la modificación del cartel, la entidad se encuentra obligada a realizar las enmiendas y publicarlas por los medios correspondientes. Si de las modificaciones efectuadas se derivare una variación sustancial del objeto, la entidad debe ampliar el plazo de recepción de ofertas, para ajustarlo a los plazos mínimos señalados por este Reglamento.

²⁰⁵ Por ejemplo, se ha admitido la legitimidad a los colegios profesionales siempre que acudan a objetar un cartel con un interés que no es el propio y directo de la entidad, sino que hacen valer, correctamente, un interés de los miembros que lo componen a causa de un cartel que le obstaculiza a los agremiados ofrecer sus servicios.

²⁰⁶ La oralidad en este procedimiento se evidencia en que durante el mismo se realizan audiencias orales para discutir los asuntos planteados y también se permite a la Contraloría General de la República dictar la resolución de manera oral, debiendo registrarse en algún medio técnico para que conste la decisión en el expediente.

Para impugnar el acto de adjudicación existe otro instrumento denominado **recurso de apelación**²⁰⁷ que se interpone según unos umbrales establecidos en la Ley,²⁰⁸ ante la Contraloría General de la República, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación del acto de adjudicación, a la declaratoria de infructuoso o de desierto del concurso, en los casos de licitación pública, y, de cinco días hábiles, tratándose de licitaciones abreviadas.

La doctrina costarricense apunta como características identificables de este instrumento de control de la legalidad administrativa en las contrataciones, las siguientes: a. externo e imparcial: se trata de un régimen recursivo de carácter externo, ya que los recursos son conocidos por un órgano objetivo e imparcial; b. preventivo y correctivo: presentan un carácter preventivo y correctivo, al ser un control previo con garantía de saneamiento; c. prejudicial: el recurso se configura como un requisito previo para acceder a la vía judicial (este es uno de los pocos supuestos en que el Derecho costarricense mantiene el deber de agotar la vía administrativa para acceder a la vía judicial); d. oportuno: se resuelve antes de la ejecución contractual; e. eficiente y efectivo: existen cortos plazos para resolver; f. especial: en razón de la materia y la especialización de quienes lo conocen y resuelven las impugnaciones; y, g. brinda seguridad jurídica a los procedimientos de contratación.²⁰⁹

Este recurso puede ser interpuesto²¹⁰ por quienes ostenten un interés legítimo, actual, propio y directo, así como quien haya presentado oferta en nombre de un tercero, que ostente cualquier tipo de representación. Tal legitimación ha sido interpretada como la potencialidad de ser readjudicatario, es decir, que, prosperando el recurso en esta sede, y anulando las adjudicaciones impugnadas, el recurrente estaría en posibilidad real de ser el nuevo favorecido con la adjudicación. Por ello, el Reglamento de la norma indica que en cualquiera de los supuestos debe el apelante acreditar en el recurso su aptitud

²⁰⁷ Ley 7494 de Contratación Administrativa, artículo 84.

²⁰⁸ La norma también se encarga de excluir del ámbito de las impugnaciones a las adjudicaciones derivadas de autorizaciones basadas en razones de urgencia, contra las que no procederá recurso alguno.

²⁰⁹ Aguilar Arguedas, "Consideraciones básicas de la jerarquía impropia", 40.

²¹⁰ Ley 7494 de Contratación Administrativa, artículo 85.

para resultar adjudicatario del proceso. Cuando la empresa no tiene condiciones para ser readjudicataria, “se le dice que está ilegitimad[a] para apelar, es decir, que nada gana con el recurso”.²¹¹

Dicho recurso debe indicar con precisión la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alega como fundamento de la impugnación y acompañando todas las pruebas necesarias, y se tiene como particularidad que cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, esos antecedentes aportando los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados,²¹² es decir, no solo tiene la carga de la prueba, sino que se le exige aportar evidencias independientes.²¹³

El recurso de apelación será rechazado de plano por inadmisibile cuando²¹⁴ la Contraloría General de la República carezca de competencia debido a la materia o debido al monto, haya sido presentado en forma extemporánea, cuando no se cumpla con los requisitos formales previstos en el ordenamiento para interponerlo, tales como la firma del recurso. Estas causales no solo son apreciadas de oficio, sino que, al momento de contestar al recurso, las partes pueden alegar como excepción la presentación extemporánea o la incompetencia por monto.

Además el recurso también puede ser rechazado por improcedente²¹⁵ en cualquier momento del proceso, si se acredita que se ha interpuesto por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo, cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el

²¹¹ Solera Viquez, *El recurso de apelación en las licitaciones*, 55

²¹² En los casos en que se apele un acto de readjudicación, la impugnación únicamente deberá girar contra las actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución anulatoria, y cualquier situación que se haya conocido desde que se dictó el acto de adjudicación estará precluida.

²¹³ Reglamento de la Ley, artículo 177.

²¹⁴ *Ibíd.*, artículo 179.

²¹⁵ *Ibíd.*, artículo 180.

concurso, cuando la apelación se apoye en fundamentos y argumentaciones sobre los cuales la Contraloría General de la República ya haya adoptado reiteradamente una posición expresa en sentido contrario en resoluciones anteriores y no hayan razones suficientes para modificar dichas tesis, cuando el recurso se presente sin la fundamentación exigida, cuando los argumentos que sustentan el recurso se encuentren precluidos y cuando el apelante no mantiene vigente la garantía de participación o la vigencia de la oferta.

El Reglamento de la Ley establece que, en cualquier momento, antes de adoptarse la resolución final, el recurrente podrá desistirse de su recurso, correspondiendo ordenar el archivo del expediente, salvo que se observen nulidades que faculten la participación oficiosa de la Administración o de la Contraloría General de la República. En el procedimiento aplica repetidamente el principio de preclusión²¹⁶ porque no se admiten argumentos propios de un recurso de objeción, no se admiten, en vía de apelación, en la audiencia final nuevos argumentos distintos a los expuestos en la exposición, ni tampoco se admite discutir en una segunda apelación aspectos vistos o que debieron verse en otro anterior. No obstante, ello, la Contraloría puede pronunciarse sobre temas no cuestionados por las partes (ausencia de congruencia),²¹⁷ porque si en el conocimiento del recurso la Contraloría General de la República considera que existe en el expediente un vicio de nulidad absoluta no alegado por las partes se lo pondrá en conocimiento para que manifiesten su posición al respecto.

La resolución final o el auto que ponga término al procedimiento del recurso darán por agotada la vía administrativa. Esta decisión está orientada a ser un instrumento de tutela restitutiva de la legalidad, por lo que puede ser alternativamente, y según los hechos apreciados en cada caso: declarar con lugar el recurso y anular la adjudicación, declarar parcialmente con lugar el recurso y anular el acto de adjudicación, anular de oficio el procedimiento de contratación, declarar sin lugar el recurso y anular de oficio el acto de adjudicación, declarar sin lugar el recurso y confirmar el acto de adjudicación y rechazar

²¹⁶ Solera Viquez, *El recurso de apelación en las licitaciones*, 128.

²¹⁷ Reglamento de la Ley, artículo 168.

el recurso y confirmar bajo condición suspensiva que se corrija algún defecto subsanable en la oferta.²¹⁸

Si como consecuencia de la resolución debe producirse una segunda adjudicación (readjudicación) y esta sea nuevamente impugnada por algún postor, el fundamento del recurso debe girar únicamente contra las actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución anulatoria quedando precluida cualquier situación que se conociera desde que se dictó el acto de adjudicación.

Únicamente cabe contra la decisión final impugnarla, sin efectos suspensivos, ante el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo, por medio del proceso especial contencioso-administrativo dentro de los tres días posteriores a la comunicación.²¹⁹ Aun cuando la entidad se allane al recurso, la Contraloría General de la República o la Administración que deba resolver el recurso no están obligadas a aceptarlo, debiendo resolver conforme a Derecho.²²⁰

Como este recurso no posee efectos suspensivos sobre la adjudicación realizada, la norma considera que cuando ya se ha perfeccionado el contrato no cabe realizar un pronunciamiento anulatorio, sino únicamente la tutela resarcitoria, por ello la norma indica que “Si la contratación cuya adjudicación se impugna ha sido ejecutada o se encuentra en curso de ejecución, la sentencia favorable al accionante solo podrá reconocer el pago de los daños y perjuicios causados”.²²¹

El tercer recurso conformante de este sistema de control es el **recurso de revocatoria**²²² contra las adjudicaciones ilegales, declaratorias de infructuoso o de desierto en aquellos procesos de selección por debajo del umbral, esto es, en los que no proceda el recurso

²¹⁸ Solera Viquez, *El recurso de apelación en las licitaciones*, 136.

²¹⁹ Ley 7494 de Contratación Administrativa, artículo 90.

²²⁰ Reglamento de la Ley 7494, artículo 167.

²²¹ Ley 7494 de Contratación Administrativa, artículo 90

²²² *Ibíd.*, artículo 91.

de apelación.²²³ Por ello, este recurso se presenta ante el mismo órgano que dictó el acto, el que debe resolver dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la contestación del recurso. Dicha resolución dará por agotada la vía administrativa, pudiendo únicamente ser demandada, sin efecto suspensivo, dentro de los tres días siguientes a su comunicación, por medio del proceso contencioso-administrativo.

6. El caso chileno y la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública

El modelo chileno es muy particular, pero emblemático por la confluencia de algunas características singulares de su Derecho Público. En primer lugar, debemos resaltar la opción del constituyente y del legislador por establecer jurisdicciones especiales por razón de la materia²²⁴⁻²²⁵ al carecer de una jurisdicción contenciosa administrativa en el sentido tradicional (unidad de jurisdicción) y, de otro lado, aparece la nítida influencia del Derecho internacional de las contrataciones públicas –en el caso chileno a través de sus acuerdos comerciales con Estados Unidos y la Unión Europea que se celebraron en el año 2003–²²⁶ que recomendaba adoptar una instancia independiente para conocer los reclamos precontractuales de los postores.

²²³ La normativa también considera que si el jerarca máximo del ente no ha adoptado el acto de adjudicación, el interesado podrá tramitar su recurso como apelación ante el jerarca respectivo.

²²⁴ La Constitución chilena tiene los siguientes artículos al respecto:

Artículo 76. La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente **a los tribunales establecidos por la ley.**

Artículo 77. Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales **que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia** en todo el territorio de la República.

Artículo 38. Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño

²²⁵ Consultar Gladys Camacho Cepeda, “El Tribunal de Contratación Pública en Chile: una década de funcionamiento”. En Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, dir. *Tendencias actuales en la contratación pública* (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), 165-176.

²²⁶ Informe de la Comisión de Constitución del Senado sobre Proyecto de Ley de Compras Públicas. Boletín Nº 2429-05, 197-198, citado por Felipe Olmos Carrasco, “Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública”. En José Lara Arroyo y Gabriel Bocksang Hola, coords. *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudio a diez años de la entrada en vigencia*

En ese marco, el Derecho Administrativo chileno ha creado diversas estructuras especializadas sectorializadas y distintas para atender las controversias materialmente administrativas, aunque curiosamente dotadas de función jurisdiccional: algunas situadas fuera de la estructura orgánica del Poder Judicial y otras de composición mixta, pero sujetas a la superintendencia directiva, correctiva, económica y normativa de la Corte Suprema de Justicia.²²⁷ En este último diseño se encuentran los tribunales ambientales, los tribunales tributarios y aduaneros, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el que nos corresponde abordar a continuación.²²⁸

En materia de contratos de suministro y prestación de servicios,²²⁹ Chile cuenta desde el 2003²³⁰ con un Tribunal de Contratación Pública, organismo colegiado con sede en la capital de la República, integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previa ternas propuestas por la Corte Suprema²³¹ conformadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de concurso público, entre abogados que sean chilenos, destacados en la actividad profesional o

de las leyes 19880 y 19886 (Santiago de Chile: Thomson Reuters, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013), 415.

²²⁷ En sentido crítico a este modelo podemos encontrar a Camacho Cepeda, “El Tribunal de Contratación Pública en Chile”, 166; y a favor a Alejandro Vergara Blanco, “El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot”, *Anuario de Derecho Público* (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2014), 269-292; Alejandro Vergara Blanco, “Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 46 (primer semestre de 2016), 347-378; Alejandro Vergara Blanco, “Autoridades independientes y ordenación de la contratación administrativa”. En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds. *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017); Alejandro Vergara Blanco y Daniel Bartlett Burguera, “Propuestas para la regulación del Tribunal de Contratación Pública. Organización, competencia y procedimiento”, *Estudios Públicos*, n. 147 (invierno 2017), 33-93.

²²⁸ Al respecto, consultar Olmos Carrasco, “Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública”, 415.

²²⁹ Capítulo V de la Ley 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicada en el Diario Oficial, 37.622, de 30 de julio de 2003.

²³⁰ Es la fecha de aprobación formal, aunque realmente entró en funcionamiento en el 2005.

²³¹ Artículo 22, Ley 19886.

universitaria; con acreditada experiencia en la materia y tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al escalafón primario del Poder Judicial.²³²

Una vez nombrados los tres jueces integrantes del Tribunal y sus respectivos suplentes, todos ellos prestarán, ante el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, juramento o promesa de guardar la Constitución y las leyes de la República en el ejercicio de sus ministerios.

Aunque sus magistrados no conforman el escalafón de los jueces de carrera ni tienen sus propiedades (p. ej., inamovilidad en el cargo), sí le son aplicables, por analogía, algunas de las reglas propias de los jueces, como en materia de nombramientos, requisitos, implicancias, recusaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, suspensión y expiración de funciones. Conforme considera la doctrina chilena, estamos frente a un tribunal especial u organismo colegiado materialmente jurisdiccional, pero no integrado orgánicamente al Poder Judicial, sujeto a la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia.²³³⁻²³⁴

El periodo de mandato de los integrantes del Tribunal será de cinco años, pudiendo ser nuevamente designados de la misma forma antes establecida. Y los integrantes del Tribunal eligen autónomamente a su presidente entre sus miembros, por un periodo de dos años, renovables.

²³² Lo exiguo del número de magistrados a cargo de resolver todas las controversias precontractuales del país ha sido objeto de cuestionamiento en aras de mejorar su eficacia y de celeridad de resoluciones. Véase José Lara Arroyo y Luis García Huidobro Herrera, "Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la Ley 19.886: el caso del Tribunal de Contratación Pública". En José Lara Arroyo y Gabriel Bocksang Hola, coords. *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudio a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19880 y 19886* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013), 415.

²³³ Véase Camacho Cepeda, "El Tribunal de Contratación Pública en Chile", 168.

²³⁴ Contrariamente, opina que sí forma parte del Poder Judicial, aunque como tribunal especial, Vergara Blanco, "Tribunal de Contratación Pública", 353.

Este Tribunal fallará conforme a derecho y estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema,²³⁵ además que, mediante auto acordado emitido por esta última autoridad se regularán las materias relativas a su funcionamiento administrativo interno, velando por la eficaz expedición de los asuntos que conozca el Tribunal.

Dicho Tribunal cuenta con el soporte administrativo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, la que provee de infraestructura, apoyo técnico, así como los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal y asegurar su independencia institucional.²³⁶ Es de notar, sobre el esquema diseñado para el Tribunal, que la doctrina ha apuntado correctamente que esta dependencia económica y presupuestal ante el órgano de la administración conlleva uno de los puntos débiles adverso a la búsqueda de su independencia que garantice la imparcialidad entre la administración y el ciudadano, así como para la eficiencia de su accionar.²³⁷ No solo porque las acciones del Registro de Proveedores que administra ese órgano precisamente son objeto de control por el tribunal, es decir, es su justiciable, sino porque la mencionada dirección le asigna el presupuesto, contrata a su personal y lo evalúa.

En cuanto a su **competencia material**,²³⁸ el Tribunal conoce de la acción de impugnación contra actos de trámite o definitivos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación por parte de los organismos públicos conformantes de la Administración del Estado (salvo las empresas públicas), entre la aprobación de las bases del proceso y su adjudicación (p. ej., impugnar el texto de las bases, el llamado deficiente al proceso, los actos del proceso mismo de selección, la recepción y apertura de ofertas, las evaluaciones equivocadas, las subsanaciones

²³⁵ Además, el Poder Judicial, por medio de la Corte Suprema, tiene la competencia para normar este procedimiento. Por ello ha dictado el Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública (texto refundido).

²³⁶ Artículo 23, Ley 19886.

²³⁷ Véase Camacho Cepeda, "El Tribunal de Contratación Pública en Chile", 167. En el mismo sentido, Lara Arroyo *et al*, "Aspectos críticos de la solución de controversias", 415. También Vergara Blanco, "Tribunal de Contratación Pública", 357.

²³⁸ Artículo 24.

indebidas, la adjudicación indebida),²³⁹ de los procedimientos de selección²⁴⁰ para contratar suministros, prestaciones de servicios, ejecución de obras públicas y concesión de obras, y de ejecución, operación y mantenimiento de obras urbanas.

Además, el Tribunal también tiene asignada la competencia para conocer de reclamaciones contra las decisiones de rechazo o aprobación de las inscripciones en el Registro de Proveedores a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública.²⁴¹⁻²⁴²

Cuenta con **legitimidad para interponer dicha acción** toda persona natural o jurídica, que “tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación”, para lo cual tiene un plazo improrrogable de diez días hábiles desde que se haya conocido el acto u omisión impugnada o desde su publicación. Este término de “tener un interés actualmente comprometido” ha sido entendido por la doctrina chilena²⁴³ en el sentido de que el sujeto intente “evitar un daño o perjuicio, o bien, en obtener un determinado beneficio amparado por el ordenamiento” comprendiendo tanto a los licitadores (quienes han adquirido los pliegos o bases) como a quienes se hallen inscritos en un registro de licitantes o les sea habitual participar en

²³⁹ Pero el Tribunal carece de competencia para conocer de actos producidos antes de la aprobación de las bases (actos preparatorios) y los posteriores a la adjudicación del contrato como la revocación, el perfeccionamiento o la nulidad de esta, o sobre conflictos producidos en la fase de ejecución contractual, así como respecto a pedido de información que la entidad no ha querido entregar al postor. Véase Claudio Moraga, *Contratación administrativa* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 296.

²⁴⁰ La jurisprudencia del Tribunal ha interpretado de manera restrictiva su competencia para entender el contexto en el cual se pueden producir estos actos irregulares, de modo que cuando la norma habla de “procedimientos administrativos de contratación” se excluye a las compras realizadas en catálogos del convenio marco (independientemente de su valor) y aquellas concertadas por contratación directa, quedando su competencia concentrada en los procedimientos de licitación pública y licitación privada. Véase Olmos Carrasco, “Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública”, 470.

²⁴¹ Artículo 16, Ley 19886.

²⁴² Al respecto Moraga estima que esta competencia, por su trascendencia al acceso al mercado de las compras públicas, debe ser entendida de manera amplia y general, de modo no solo de comprender las decisiones de rechazo o aprobación, sino también el retardo en el proceso de inscripción, la negativa a renovar una inscripción, suspensión de inscripciones, así como la eliminación del proveedor que puede decidir la Dirección de Compras y Contratación Pública. Moraga, *Contratación administrativa*, 291.

²⁴³ *Ibíd.*

la licitación según su objeto y, con mayor razón, si no pueden participar en ella, debido a las exigencias antijurídicas establecidas en las bases. Sin embargo, la regla del interés actualmente comprometido excluye legitimidad a los simples agentes económicos, dado que no es una acción popular.

El **procedimiento del recurso** es sumario y su secuencia está conformada por siete momentos: demanda, examen de admisibilidad, informe de la entidad, apertura del término para la actividad probatoria y diligencias para mejor resolver, citación a oír sentencia y sentencia definitiva. La demanda deberá contener la mención de los hechos que constituyen el acto u omisión ilegal o arbitraria, la identificación de las normas legales o reglamentarias que le sirven de fundamento y las peticiones concretas que se someten al conocimiento del Tribunal. Acogida a trámite la impugnación, el Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, de oficio o a pedido de parte, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación.²⁴⁴ A dicho efecto, el Tribunal ha considerado tres factores para decretar la suspensión: apariencia de buen derecho del demandante, la gravedad de la ilegalidad o arbitrariedad imputada y los elementos que miren el interés de la comunidad como, por ejemplo, si el contrato ya ha sido adjudicado y ya estuviere en ejecución, la perentoriedad de la prestación del servicio.²⁴⁵

Esta facultad ha sido empleada de forma restrictiva por el Tribunal,²⁴⁶ lo cual ha determinado que muchas veces las resoluciones que dictan sean ineficientes e inútiles porque las entidades prosiguen con el proceso, consuman su adjudicación y satisfacen sus necesidades con anterioridad²⁴⁷ y únicamente –en estos casos– se reconoce dicha situación, se declara la ilegalidad²⁴⁸ y declara que el demandante cuyo derecho se ha visto afectado por la pérdida del contrato posee el derecho a entablar en la sede judicial

²⁴⁴ Artículo 25, Ley 19886.

²⁴⁵ Vergara Blanco, "Tribunal de Contratación Pública", 366.

²⁴⁶ Conforme a la información disponible entre 2010-2012, de 552 causas únicamente se dictó la suspensión en 26 procesos (Camacho Cepeda, "El Tribunal de Contratación Pública en Chile", 172).

²⁴⁷ Véase al respecto Lara Arroyo *et al*, "Aspectos críticos de la solución de controversias", 432-433.

²⁴⁸ Véase al respecto Ricardo Concha, "Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 46 (2016).

la demanda indemnizatoria que estime pertinente.²⁴⁹ Es más, esta autolimitación ha llevado a que el propio Tribunal declare no ha lugar los pedidos de suspensión del proceso cuando las entidades ya adjudicaron el contrato, afirmando que su competencia justamente llega hasta la adjudicación y está ya se produjo.²⁵⁰

En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, “en su caso”, sin enumerar cuáles, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho.²⁵¹ Esto es, tiene competencia propia de la tutela restitutoria de la legalidad, mas no de compensación ni indemnización de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado.²⁵² Es de notar que la jurisprudencia del Tribunal ha mantenido una línea restrictiva de su capacidad de tutela restitutoria que se puede apreciar en varios aspectos.

En una primera línea, la doctrina del Tribunal ha separado la declaración de la existencia de una ilegalidad o arbitrariedad en el proceso de selección de la consecuencia jurídica de invalidación del mismo proceso, de modo que la primera –*per se* declarativa– no produce por sí misma un efecto anulatorio –efecto constitutivo–, de modo que es necesario, según el caso, dictar la medida adicional anulatoria, que no siempre se dicta. En estos casos, el Tribunal ha coonestado que la eficacia del contrato no se vea afectada por la ilegalidad judicialmente declarada del procedimiento licitatorio que le precede. Es decir, hay contratos ilegales que producen efectos, disociando así entre la ilegalidad y el efecto invalidante.²⁵³ Sin embargo, expresamente no se afirma por el

²⁴⁹ Aun este caso se tiene la agravante que la Corte Suprema ha establecido que, junto con no contar con la competencia necesaria para conocer y juzgar procesos indemnizatorios, la sentencia del Tribunal de Contrataciones no tiene mérito ejecutivo y que no prueba por sí misma perjuicios a los postores. Véase Vergara Blanco, “Tribunal de Contratación Pública”, 363.

²⁵⁰ A este respecto Vergara Blanco ha dicho que “es injustificable que ante a falta de suspensión de un procedimiento que no requiera especial atención ni tenga carácter urgente, se deje continuar procesos licitatorios eventualmente viciosos paralelamente al conocimiento de la causa, pues existiendo una posible ilegalidad en él, y antes de la declaración final de ilegalidad por parte del Tribunal de Contrataciones, el procedimiento pudo haberse suspendido. Cabe evitar la ejecución de todo contrato sospechoso de vicios de nulidad en sus actos previos a la celebración”. *Ibíd.*, 371.

²⁵¹ Artículo 26, Ley 19886.

²⁵² Moraga, *Contratación administrativa*, 298.

²⁵³ José Valdivia Olivares, “La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública”. En Juan Ferrada Bórquez, coord. *La nulidad de los actos administrativos en*

Tribunal que tales contratos sean válidos, sino que simplemente no se declaran nulos, afirmando la ilegalidad, pero sin pronunciarse directamente sobre la validez.²⁵⁴

De otro lado, el propio Tribunal ha considerado que carece de competencia para sustituir a las entidades convocantes y proceder a adjudicar la buena pro del contrato. Considerándose competente únicamente para declarar la ilegalidad y, en su caso, dictar la medida anulatoria.²⁵⁵ Finalmente, también se ha criticado al Tribunal por establecer que tampoco tiene competencia para investigar o promover responsabilidades funcionales ante casos flagrantes de irregularidades.²⁵⁶

Una de las peculiaridades del Tribunal chileno es ser un órgano de primera instancia, ya que contra la sentencia del Tribunal la parte agraviada podrá, dentro del plazo de cinco días hábiles desde su notificación, deducir recurso de reclamación, con efecto devolutivo, que será conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual constituye un recurso de alzada especial que está regulado en la normativa de compras.²⁵⁷ En caso contrario, dado su naturaleza jurisdiccional, la decisión final del Tribunal que no haya sido recurrida por los interesados hace cosa juzgada.²⁵⁸

Como se puede apreciar, finalmente, el modelo chileno aporta mucho respecto a los elementos de institucionalidad y de independencia de la autoridad a cargo de control de los procesos de selección, separándola de la administración activa. Pero contiene falencias de diseño que hacen que su actividad sea poco comprensiva de diversos actos contractuales y bastante débiles en cuanto a la oportunidad y eficacia de sus medidas

el Derecho chileno, IX Jornada de Derecho Administrativo (Santiago de Chile: Thompson Reuters, Universidad de Valparaíso, 2013).

²⁵⁴ Concha, "Crítica a la falta de declaración de nulidad", 308.

²⁵⁵ Camacho Cepeda, "El Tribunal de Contratación Pública en Chile", 174. En igual sentido Vergara Blanco, "Tribunal de Contratación Pública", 372.

²⁵⁶ Lara Arroyo *et al*, "Aspectos críticos de la solución de controversias", 424.

²⁵⁷ Gabriel Celis Danzinger, *El Tribunal de Contratación Pública y la solución de controversias en la contratación administrativa* (Santiago de Chile: Hammurabi, 2019), 107.

²⁵⁸ Vergara Blanco, "Tribunal de Contratación Pública", 353.

en los términos esperados por los estándares del Derecho internacional de la contratación estatal.²⁵⁹

7. El caso de Panamá y el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

A partir del régimen de la Ley 22 del 27 de junio de 2006,²⁶⁰ que regula la contratación pública en Panamá se estableció un régimen alineado con el Derecho internacional de la contratación estatal. En este diseño, como veremos más adelante, se creó un sistema de recursos contra los actos precontractuales reputados ilegales producidos por las entidades, conformado por la denominada acción de reclamo y el recurso de impugnación, cuya competencia radica en instancias administrativas distintas de las propias entidades convocantes, como son la Dirección General de Contrataciones y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Como bien afirma la doctrina panameña, en el origen de este sistema hubo una decisiva influencia del Derecho Internacional de las contrataciones públicas, vía los tratados de libre comercio suscritos. Así, se ha manifestado que:

Los tratados de promoción comercial con los Estados Unidos de América exigieron [sic] a Panamá integrar organismos independientes para la materia especialísima de la contratación pública no llenaba la expectativa, la fórmula en que la Dirección General de Contrataciones Públicas era un departamento más del Ministerio de Economía y Finanzas. Por otro lado, también se consideró insuficiente que la propia entidad que emitió el acto administrativo adjudicando o declarando desierto fuese la que atendiera los recursos normales en la vía gubernativa y, peor aún, cuando se advirtió que Panamá solo posee

²⁵⁹ Algunas propuestas interesantes pueden apreciarse en Vergara Blanco *et al*, “Propuestas para la regulación del Tribunal de Contratación Pública”, 33-93, así como en Eduardo Escanilla Abarza, “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n. 2 (abril 2013), 103-149.

²⁶⁰ Esta Ley ha sido objeto de sucesivas reformas aprobadas por la Ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010, Ley 48 de 2011 y, recientemente, por la Ley 61 de 2017 que dispuso la preparación de un Texto Único Ordenado (que fue aprobado el 1 de marzo de 2018 y publicado el 14 de mismo mes y año).

*una Sala Contenciosa en la rama del Poder Judicial, sin posibilidad de tribunales o juzgados contenciosos debido a que el artículo 206 constitucional lo imposibilita, de manera que la única forma que solucionaría el asunto Panamá sería con una oxigenación del control del acto administrativo en manos de un tercero independiente de la propia Administración, a la vez que la Constitución exige la plena justicia en la adjudicación de los actos públicos.*²⁶¹

El particular **sistema de recursos** en materia de contrataciones panameño está conformado por dos procedimientos de impugnación: la denominada acción de reclamo y el recurso de impugnación.

La acción de reclamo,²⁶² se interpone por los interesados o proponentes contra cualquier acto u omisión ilegal ocurrido durante el proceso de selección producido antes de que se produzca la adjudicación o la declaración de desierto del proceso. Así, cabe interponerla contra la convocatoria al proceso, el pliego de bases, los plazos, la adecuada conducción del proceso, hasta la emisión del acto de adjudicación. Si el reclamo versara sobre las reglas del proceso, entendidas como especificaciones técnicas, condiciones especiales, los anexos de los pliegos y similares serán procedentes hasta antes del acto de presentación de propuestas.

Este reclamo es conocido en instancia única por una autoridad administrativa llamada Dirección General de Contrataciones Públicas, cuya decisión será definitiva y no admite recurso alguno. Esta Dirección es una entidad administrativa conformante del Poder Ejecutivo, pero con declaración de autonomía, con personería jurídica e independencia en sus funciones, con las facultades de regular, interpretar, fiscalizar y asesorar a las entidades en los procedimientos de selección. El cargo de Director General es de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República y sujeto a la ratificación de la Asamblea Nacional.²⁶³

²⁶¹ Anabelle Padilla Lozano, "Informe nacional sobre el régimen contractual". En José Luis Benavides y Pablo Moreno Cruz, *La contratación pública en América Latina* (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2016), 513.

²⁶² TUO Ley 22 de 27 de junio de 2006, artículo 143.

²⁶³ *Ibíd.*, artículo 11.

El efecto de la interposición del reclamo será **suspensivo** automáticamente respecto del proceso de selección por mandato legal.²⁶⁴ En el caso de que esta Dirección resuelva dentro del plazo legal, la competencia resolutoria queda transferida al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el que deberá conocerlo y resolverlo.

A diferencia de este reclamo, el **recurso de impugnación** difiere en los objetos respecto de los cuales se puede interponer, así como sobre la competencia de quien lo resuelve.

Este recurso de impugnación²⁶⁵ se plantea por cualquiera de los proponentes que se consideren agraviados por la adjudicación del contrato, por la declaración de deserción del proceso de selección (aduciendo, por ejemplo, que las propuestas se consideren inválidas, riesgosas, etc.), por el rechazo de la propuesta o por cualquier otro acto que afecte la selección objetiva del contratista. Cabe este recurso en todos los procesos de selección, desde las compras menores hasta el de licitación, sin importar el monto.

Un requisito particular de este recurso es la “fianza de recurso de impugnación” que es la garantía equivalente al 10 % (bienes y servicios) o 15 % (obras) del valor de la propuesta del impugnante que el proponente debe adjuntar al recurso de impugnación con el objeto de garantizar los perjuicios y las lesiones que se le pudieran causar al interés público.²⁶⁶ Si la resolución final fuere a favor del recurrente, el Tribunal ordenará la devolución de la garantía; y, por el contrario, si la decisión le fuera adversa se ordenará el ingreso de la fianza al tesoro público, salvo que el Tribunal determine que el recurrente no actuó de manera temeraria ni con el propósito de dilatar u ocasionar premeditadamente un daño al Estado o a un tercero.²⁶⁷

²⁶⁴ *Ibíd.*, artículo 144.

²⁶⁵ *Ibíd.*, artículo 146.

²⁶⁶ *Ibíd.*, artículos 2 numeral 26) y 116.

²⁶⁷ Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, que reglamenta la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, artículos 214 y 215. Según se documenta, entre el periodo 2007-2012 solo se ejecutaron fianzas en dos casos cuando se comprobó la mala fe del recurrente. Véase Anabelle Padilla Lozano, *Realidad de las contrataciones públicas en Panamá, a la luz del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas* (Panamá: Imprenta Articsa, 2012), 85.

El recurso se presenta directamente ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas,²⁶⁸ que es una entidad administrativa –no judicial– independiente e imparcial con competencia nacional²⁶⁹ integrada por tres miembros designados directamente por el Presidente de la República, de una terna presentada por los Ministros de Seguridad, de la Presidencia y el Ministerio de Economía y Finanzas, para un periodo de cinco años y con estabilidad en cargo, salvo incurran en causales tasadas de destitución (incumplimiento de deberes y obligaciones, incapacidad física o mental, morosidad o negligencia en sus deberes y faltas al Código de Ética de los Servidores Públicos) de apreciación únicamente por el Presidente de la República.²⁷⁰

La presidencia del Tribunal se elige entre los tres miembros designados en selección interna. En su desempeño los antes señalados miembros del Tribunal tendrán iguales categorías, remuneraciones, incompatibilidades, inhabilidades, restricciones y prohibiciones que los magistrados de los tribunales de justicia.

La interposición del recurso de impugnación tiene por efecto la suspensión legal del procedimiento impugnado hasta que sea resuelto de manera definitiva. Dado que esta resolución agota la vía administrativa, solo procede contra ella acción contencioso-administrativa ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.²⁷¹ El Tribunal de

²⁶⁸ Para la doctrina panameña es claro que “El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, es una instancia independiente, lo que se traduce en que no hace parte de ninguno de los tres Órganos del Estado, si bien es creación del Ejecutivo, ejerce el control de la legalidad de los actos de la administración sin su injerencia ni dependencia, tanto es así que las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán justipreciadas no por el Ejecutivo, sino por otro órgano de Estado como lo es el Judicial, en consecuencia, desde el aspecto jurisdiccional es clara la independencia”. *Ibíd.*, 31.

²⁶⁹ TUO Ley 22 de 27 de junio de 2006, artículo 136. Este tribunal posee competencia material para conocer en instancia única sobre: i) el recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de desierto o el acto o resolución por los cuales se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista; ii) el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la sanción al contratista por incumplimiento del contrato y contra la resolución que emita la Dirección General de Contrataciones en la que impone multa a los servidores públicos; y, iii) las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver.

²⁷⁰ TUO Ley 22 de 27 de junio de 2006, artículo 140.

²⁷¹ *Ibíd.*, artículo 152.

Contrataciones puede resolver²⁷² el recurso: confirmando lo actuado por la entidad contratante, modificando lo actuado, revocando lo actuado, reestableciendo el derecho vulnerado o anulando lo actuado por la entidad contratante.

8. El caso de Nicaragua y los recursos administrativos especiales ante la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República

El régimen de contrataciones nicaragüense para el sector público,²⁷³ establecido el 2010, prevé un sistema singular de recursos administrativos especiales que son conocidos por dos instancias administrativas descentralizadas funcionalmente²⁷⁴ y ajenas al procedimiento de contratación que conducen las entidades: primero por la Procuraduría General de la República²⁷⁵ y, luego por la Contraloría General de la

²⁷² Anabelle Padilla Lozano, *Análisis comparativo del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá frente al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón* (trabajo presentado para Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, 2013), 44, <https://anabellepadilla.files.wordpress.com/2012/06/bases-constitucionales-y-legales-de-los-tribunales-administrativos23-11-2.docx>

²⁷³ Como veremos después, el termino Sector Público no comprende el nivel municipal, que tiene un sistema propio de recursos.

²⁷⁴ La doctrina nicaragüense al respecto afirma: “Cabe señalar que tanto con el recurso de impugnación como con el de nulidad el legislador ha optado por una especie de descentralización de la vía administrativa, es decir, trasladar la tramitación y resolución de estos recursos administrativos a órganos que están ubicados fuera de la organización del ente contratante, lo cual podría imprimir mayor imparcialidad y seguridad jurídica”. Juan Arríen Somarriba, “Análisis, interrogantes y recomendaciones sobre la Ley de contrataciones administrativas del sector público de Nicaragua”, *Revista de Derecho*, n. 17 (2014). <https://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/viewFile/1579/1372>

²⁷⁵ Conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley 411, aprobada el 4 de diciembre del 2001, la Procuraduría General de la República es un organismo adscrito al Poder Ejecutivo con independencia funcional, tiene a su cargo la presentación legal del Estado de la República de Nicaragua en lo que concierne a los intereses y a las materias que la presente Ley determine, con funciones específicas de asesoría y consulta de los órganos y entidades dentro de los órganos del Poder Ejecutivo, cuyo titular posee rango de ministro de Estado y es nombrado por el Presidente de la República, ante quien tomará posesión de su cargo.

República.²⁷⁶ La admisión del recurso (y no la sola interposición) por la autoridad competente tendrá efectos suspensivos automáticos.²⁷⁷

Este sistema está conformado por el recurso de aclaración en contra del resultado preliminar de la evaluación de las ofertas que se interpone ante la propia entidad, el de impugnación en contra de la adjudicación contractual y el de nulidad, en contra de la resolución negativa del recurso de impugnación.²⁷⁸

Dicho procedimiento denominado recurso de impugnación aplica únicamente para los procedimientos de licitación pública, selectiva y concurso, es decir, está acotado en cuanto a su alcance a los procesos de selección de mayor monto y en cuanto a su forma de promoción le es franqueado únicamente a los proveedores que demuestren un interés legítimo.

En efecto, el ordenamiento contempla²⁷⁹ el denominado recurso de impugnación por el que los oferentes pueden cuestionar la resolución de adjudicación y la que declare desierta, cuando se considere que hubo irregularidades en la evaluación de las ofertas

²⁷⁶ Conforme a la Constitución de Nicaragua de actualizada al 2014, la Contraloría General de la República es el organismo rector del Sistema de Control de la Administración Pública y fiscalización de los bienes y recursos del Estado, cuya dirección está a cargo del Consejo Superior de la Contraloría General de la República, integrado por cinco miembros electos por la Asamblea Nacional para un periodo de cinco años, dentro del cual gozarán de inmunidad. Es un organismo independiente, sometido solamente al cumplimiento de la Constitución y las leyes, goza de autonomía funcional y administrativa. Las resoluciones definitivas de estos recursos de nulidad son publicados en su web: <https://www.cgr.gob.ni/index.php/resoluciones-de-recursos-por-nulidad>

²⁷⁷ Esta opción ha sido cuestionada por la doctrina por generar incertidumbre para la gestión hasta que se resuelvan definitivamente los dos recursos administrativos. Véase, por ejemplo, Juan Arrien Somarriba, "Los recursos administrativos en las contrataciones públicas nicaragüenses", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 272, t. LXVIII (septiembre-diciembre 2018), 124. Dicho autor manifiesta: "La suspensión del acto recurrido, mediante la admisión del recurso a trámite, es otra innovación en el sistema jurídico nicaragüense, el cual solo se aplica a los recursos de impugnación y nulidad, ya que en el de aclaración no hay trámite de admisión. Esa suspensión de la adjudicación contractual implicará que la ejecución del contrato no pueda realizarse, mientras se resuelven los recursos, debido a que el acto de adjudicación no ha adquirido firmeza, lo cual crea un largo plazo de espera a la entidad contratante para proceder tanto a la formalización como a la ejecución contractual".

²⁷⁸ Cabe anotar que este sistema no aplica a los contratos menores.

²⁷⁹ Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, Ley 737, aprobada el 19 de octubre del 2010 y publicada en *La Gaceta* 213 y 214, diario oficial, del 8 y 9 de noviembre del 2010, artículo 112.

y propuestas.²⁸⁰ Cuando la discrepancia verse sobre la aplicación de valoraciones técnicas o apreciaciones científicas que sirven de motivo a la impugnación es de cargo del impugnante rebatirlas motivadamente.²⁸¹ Este recurso se interpone ante la Procuraduría General de la República, con copia a la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante, dentro de los tres días hábiles desde la notificación de la resolución. En esta instancia, la Procuraduría General de la República sigue un célere procedimiento conformado por el requerimiento del expediente de contratación, la declaración de admisibilidad que determina la suspensión del procedimiento de selección,²⁸² el emplazamiento a las partes para su comparecencia (en caso de no comparecer el oferente-recurrente, se declarará de oficio la deserción del recurso y la entidad adquirente procede de acuerdo a la resolución de adjudicación recurrida),²⁸³ y, por último, la resolución del recurso.

En caso la Procuraduría General de la República no resolviera la impugnación o la declare sin lugar, cualquier oferente –no solo quien recurrió en vía de impugnación– que participa en el proceso tiene legitimidad –y no solo la recurrente inicial– para interponer dentro de los diez días siguientes recurso de nulidad ante la Contraloría General de la República,²⁸⁴ cuya resolución agota la vía administrativa.²⁸⁵

²⁸⁰ Conforme al ordenamiento, “por razones de economía procesal y certidumbre, en el proceso administrativo de contratación, los oferentes que participen en la misma deberán formular oportunamente los recursos en las etapas que sean recurribles. El tránsito a la siguiente etapa del proceso de contratación, sin que hubiere sido formulado el recurso correspondiente, será tenido, por imperio de la Ley, como renuncia de los oferentes participantes a todo reclamo originado por supuestos vicios incurridos en la etapa que precluye”.

²⁸¹ Ley 737, artículo 116.

²⁸² Ley 737, artículo 110. Nótese que se trata de un efecto suspensivo automático y de base legal, pero que se produce no con la sola interposición del recurso, sino con el decreto de admisibilidad que dicta la Procuraduría. La doctrina comenta que esta suspensión automática promueve que los oferentes no adjudicatarios empleen los recursos simplemente para lograr la suspensión deteniendo el procedimiento de contratación injustificadamente. Véase Karlos Navarro Medal, “Los contratos administrativos en Nicaragua”. En José Moreno Molina, Karlos Navarro Medal y Luis Bejar Rivera, coords. *La regulación de los contratos públicos: Unión Europea, España, México y Centroamérica* (Ciudad de México: Ubijus, Universidad Panamericana, 2016), 243.

²⁸³ Normativa para la resolución de recursos de impugnación establecidos en Ley 737, Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, Acuerdo Administrativo 03-2011, aprobado por el Procurador General de la República el 7 de enero del 2011.

²⁸⁴ Ley 737, artículos 115 y 116.

²⁸⁵ Ley 737, artículo 116 *in fine*.

Como habíamos adelantado, el régimen de contrataciones nicaragüense diseña un sistema de recursos especiales para los actos preparatorios de contratos de las municipalidades.²⁸⁶ En este régimen, el oferente que demuestre un interés legítimo podrá hacer uso de los siguientes recursos: el de objeción al pliego de bases y condiciones; el de Impugnación; y, finalmente, el de nulidad contra el acto de adjudicación, los acuerdos y resoluciones de la alcaldía o sector municipal que les causen perjuicio en el transcurso de un proceso de contratación. La admisión del recurso por la autoridad que corresponda tendrá efectos suspensivos.

El denominado recurso de impugnación²⁸⁷ cabe en los procesos de licitación pública, por registro y compras por cotización de mayor cuantía y concurso, y se plantean en vía jerárquica interna ante el propio alcalde o alcaldesa del municipio o máxima autoridad del sector municipal cuando se considere que se han cometido irregularidades en la etapa de evaluación de las ofertas o propuestas. Para su resolución, la alcaldía o sector municipal constituirá un comité revisor²⁸⁸ compuesto por tres personas que no han participado en el proceso de contratación impugnado (considerando representantes de miembros del concejo municipal y un delegado de la alcaldía que desarrolla sus funciones en el ámbito administrativo de la municipalidad). Dicho comité revisor deberá rendir un informe sobre los puntos planteados en las impugnaciones, con copia a todos los proveedores participantes.²⁸⁹

Concluida la etapa del recurso de impugnación, cualquier oferente que considere lesionados sus derechos puede recurrir de nulidad ante el Consejo Superior de la Contraloría General de la República.²⁹⁰ A dicho efecto, el recurrente en el escrito del recurso debe indicar: la norma jurídica en que se fundamenta el recurso; y acompañar estudios y dictámenes de dos expertos en la materia objeto de la contratación que

²⁸⁶ Ley 801, Ley de Contrataciones Administrativas Municipales, artículo 93 y ss., y su Reglamento general aprobado por Decreto 08-2013, aprobado el 1 de febrero del 2013 y publicado en *La Gaceta* 24 del 7 de febrero del 2013.

²⁸⁷ Ley 801, artículo 95.

²⁸⁸ Decreto 08-2013, artículo 224.

²⁸⁹ *Ibíd.*, artículo 225.

²⁹⁰ Ley 801, artículo 96.

fundamenten sus alegatos, lo cual resulta una exigencia atípica en el Derecho comparado.

La Contraloría General de la República debe resolver el recurso dentro de los quince días hábiles siguientes a su interposición,²⁹¹ decidiendo la nulidad total o parcial del mismo, con lo cual se agota la vía administrativa.

9. El caso paraguayo y las protestas ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas

El ordenamiento de contrataciones administrativas de Paraguay²⁹² no emplea el término “recurso administrativo” como medio para impugnar actos indebidos en la formación del contrato. Emplea el término singular de “protesta” para referirse al instrumento por el cual las personas interesadas pueden manifestar, denunciar o impugnar defectos en el proceso formativo del contrato ante la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) (ahora Dirección Nacional de Contrataciones Públicas), creada esta Dirección Nacional mediante Ley 3.439/07 como institución de regulación y verificación de las contrataciones que caen en el ámbito de la aplicación de la Ley. No obstante ser una unidad dependiente del Poder Ejecutivo y no un organismo propiamente dicho, la norma indica que es una institución autónoma y autárquica, con personería jurídica de derecho público y relacionado con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda.

Conoce de aquellos actos que contravengan las disposiciones legales en cualquier etapa de los procedimientos de contratación,²⁹³ incluyendo en ello el diseño de las bases y convocatoria (protestas contra el PBC o la carta de invitación) y la adjudicación del contrato, y, asimismo, con respecto a cualquier otro acto o decisión de las autoridades

²⁹¹ Decreto 08-2013, artículo 227.

²⁹² Ley 2051/2003 “De Contrataciones Públicas”, Decreto 21909 Por el cual se reglamenta a la Ley 2051/2003, “De Contrataciones Públicas”, y Decreto 7.434/11 por el cual se establecen ciertas reglamentaciones con relación al procedimiento de protestas.

²⁹³ Ley 2051/2003, artículo 79.

que no fuese el de adjudicar, como sería la declaración de desierto o la cancelación del llamado.²⁹⁴

Esta “protesta” puede ser presentada,²⁹⁵ a elección del postor, por escrito o a través de medios remotos de comunicación electrónica que establece la Dirección dentro del plazo preclusivo de diez días hábiles siguientes a aquel en que ocurra el acto o que tenga conocimiento de este.²⁹⁶

Siendo uno de los requisitos para su procedencia acreditar interés legítimo, este debe ser demostrado por el promotor de la protesta. Para la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, el interés legítimo consiste en la posibilidad que el protestante pueda resultar adjudicado. Ahora bien, a este efecto hay que considerar dos momentos:

²⁹⁴ Dirección Nacional de Contrataciones Públicas de Paraguay, *Manual de Contrataciones Públicas Para UOC*. <http://www.ceamso.org.py/upload/publicaciones/1500294694.pdf>

²⁹⁵ El artículo 2 del Decreto 7.434/11 sobre los requisitos de admisibilidad para la interposición de la protesta, dispone:

“Artículo 2.- De la forma en cuanto a la presentación de protestas y denuncias. Con excepción de la denuncia formulada a través del Sistema de Denuncia con Protección al Denunciante, tanto la formulación de las protestas y/o denuncias, como sus contestaciones, deberán ser presentadas conforme las reglas dispuestas por la DNCP para el efecto, y en cuanto a su forma, conforme a los siguientes puntos:

- a) el nombre, domicilio del recurrente, número telefónico y/o telefax, dirección de correo electrónico, en caso que cuente con una;
- b) denominación clara y precisa del Organismo, Entidad o Municipalidad contra quien se incoa el recurso administrativo;
- c) identificación clara y precisa del procedimiento de contratación impugnado, incluyendo número de ID si lo conociere;
- d) la designación precisa de lo que se impugna;
- e) los hechos en que se funde, explicados claramente;
- f) el derecho expuesto sucintamente;
- g) la petición en términos claros y positivos;
- h) deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse las demás pruebas;
- i) acreditar fehacientemente la representación que se invoca; y
- j) la acreditación de personería podrá ser reemplazada por la constancia del Sistema de Información de Proveedores del Estado (SIPE) siempre y cuando los documentos pertinentes obren en dicho registro como ‘activos’, conforme a la reglamentación respectiva”.

²⁹⁶ Una regla interesante en este régimen es la que establece la suspensión del plazo para protestar en tanto la entidad no cumpla con entregar la información útil al postor que la pide para determinar si existe fundamento para impugnar. En efecto, el artículo 65 del Reglamento aprobado por el Decreto 21909 dispone: “La solicitud de copia del informe de evaluación suspende el plazo para formular protestas hasta tanto la Convocante haga entrega de dicha copia al oferente solicitante”.

1) actos ocurridos durante el proceso de selección y hasta la presentación de ofertas; 2) actos producidos desde la adjudicación.

Para el primer caso, no existen mayores inconvenientes a los efectos de acreditar el interés legítimo, pues la simple intención de ofertar en el llamado sería suficiente. Con relación a la etapa de adjudicación se ha establecido,²⁹⁷ respecto a la obligación de acreditar interés legítimo, que “este se traduce en la posibilidad de obtener un beneficio cierto y concreto como resultado del proceso administrativo, como sería el resultar adjudicado en el proceso de contratación que desea impugnar, y el mismo artículo establece en su parte final, que la falta de acreditación del interés legítimo del recurrente será motivo de rechazo de la acción solicitada, lo que implica que esta es una condición *sine qua non* para instar un procedimiento de protesta”.

La presentación de esta protesta **no posee fuerza suspensiva de la ejecutividad del acto impugnado**, siendo más bien que el ordenamiento únicamente autoriza la suspensión discrecional mediante una decisión expresa de la mencionada Dirección Nacional, sujeta a condiciones legales, a la previa opinión de la propia entidad recurrida y a la presentación de una garantía a cargo del propio recurrente.²⁹⁸ Así, durante la tramitación de la protesta, la autoridad que conoce del recurso puede, de oficio o a pedido de parte, suspender el procedimiento de contratación si aprecia indicios serios de actos ilegales, o bien que de continuarse con el procedimiento de contratación pudieran producirse daños o perjuicios a la entidad convocante; y, siempre, que con la suspensión no se cause perjuicio al interés social y no se contravengan disposiciones de orden público.

Presentado el pedido de suspensión, la Dirección pide opinión a la propia entidad impugnada para que exponga su parecer sobre la existencia o no de estas dos condiciones señaladas. Adicionalmente, la normativa exige que el promotor de la protesta extienda una garantía bancaria o una póliza de caución emitida a favor del

²⁹⁷ Res. DNCP 57/17.

²⁹⁸ Ley 2.051/03, artículo 82.

organismo contra el que se incoa el recurso administrativo por los daños y perjuicios que les pudiera ocasionar la suspensión. El monto de esa garantía será determinado por la Dirección mediante decisión irrecurrible según los parámetros tasados por el reglamento, atendiendo al tipo de proceso y/acto que se impugna.²⁹⁹ Pero, a su vez, si hubiera un tercero perjudicado con la suspensión (p. ej., el adjudicatario), puede dar una contracautión, equivalente a la que corresponda a la caución, para dejar sin efecto la suspensión.

Luego de sustanciado el procedimiento de la protesta –en cuyo transcurso debe correrse traslado a quienes pudieran resultar perjudicados por la resolución que se adopte en el procedimiento para que formulen las manifestaciones–, la Dirección Nacional debe emitir su resolución en un plazo de diez días hábiles, en cuyo defecto se producirá el silencio administrativo negativo.³⁰⁰ La decisión podrá únicamente decretar la nulidad del acto o actos irregulares estableciendo, cuando proceda, las medidas correctivas necesarias, la nulidad total del procedimiento; o el rechazo de la protesta y la convalidación de lo actuado.³⁰¹ Dicha resolución causa estado y podrá ser recurrida

²⁹⁹ Decreto 21909 (artículo 119) establece respecto a esta garantía que: “La clase y monto de la caución a que se refiere el artículo 82 último párrafo de la Ley como condición para decretar la suspensión del procedimiento de contratación a pedido de parte, **será establecida razonablemente por el Director General de Contrataciones Públicas, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. En ningún caso, la caución deberá exceder el monto de la garantía de mantenimiento de oferta**”. El Decreto 7.434/11 dispone en su artículo 4° lo siguiente:

“Artículo 4.- De la suspensión del Proceso de Contratación y la caución exigida

Cuando la protesta o la denuncia se formule contra una condición del llamado y/o el pliego de bases y condiciones, el monto de la caución será del 5 % del umbral mayor establecido en el artículo 16 de la Ley, dependiendo de la modalidad del llamado en el que se formule la impugnación. Si la impugnación fuere contra un proceso de Licitación Pública Nacional o Internacional el monto de la caución será del 10 % al 25 % del umbral mayor de la modalidad de Licitación Pública por Concurso de Ofertas, a criterio de la Dirección Nacional. Si la impugnación fuere contra un proceso por excepción, la determinación del monto estará a cargo de la DNCP.

Cuando la protesta o la denuncia se formulen contra la adjudicación del proceso de contratación, la caución será del 10 % del valor de la adjudicación impugnada.

Ningún proceso de contratación será suspendido a pedido de parte, si no mediare caución, conforme las disposiciones del presente Artículo, que garantice los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la medida solicitada. El ofrecimiento o la presentación de la caución no implica la obligación por parte de la DNCP de disponer la suspensión del proceso”.

³⁰⁰ Ley 2.051/03, artículo 83.

³⁰¹ Complementariamente, en vía reglamentaria se ha regulado la posibilidad de interponer recurso de reconsideración ante el Director Nacional de Contrataciones Públicas, dentro del plazo de cinco días hábiles de haberse notificado la conclusión del procedimiento de protesta, conforme prevé el Decreto 7.434/11.

únicamente ante la vía del proceso contencioso-administrativo ante el Tribunal de Cuentas³⁰²⁻³⁰³ que conforma el Poder Judicial.³⁰⁴

En caso de que el procedimiento de reclamo no hubiera estado aparejado de una suspensión del perfeccionamiento del contrato y, por ende, este hubiese llegado a firmarse, corresponderá ser anulado por la entidad. En efecto, para ello se aplicaría la condición que está en todas las bases de los procesos de selección denominada “13. Anulación de la Adjudicación”, por la que se indica a todos los postores que “Si la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas resolviera anular la adjudicación de la Contratación debido a la procedencia de una protesta o investigación instaurada en contra del procedimiento, y si dicha nulidad afectara al Contrato ya suscrito entre LAS PARTES, el Contrato o la parte del mismo que sea afectado por la nulidad quedará automáticamente sin efecto, de pleno derecho, a partir de la comunicación oficial realizada por la D.N.C.P., debiendo asumir LAS PARTES las responsabilidades y obligaciones derivadas de lo ejecutado del contrato.”

10. El caso mexicano y la instancia de inconformidad

El ordenamiento jurídico mexicano ha dado lugar a “la instancia de inconformidad” como el medio con que cuentan los postores para impugnar aquellas decisiones en la formación del contrato que consideren ilegales ante una autoridad administrativa distinta a la propia entidad convocante: la Secretaría de la Función Pública.³⁰⁵

³⁰² Ley 2.051/03, artículo 84.

³⁰³ Decreto 21909, artículo 121.

³⁰⁴ Sobre una evaluación externa del funcionamiento del sistema paraguayo se puede revisar el documento denominado *Actualización del Informe de Evaluación del Sistema Nacional de Adquisiciones Públicas del Paraguay*, del 30 de abril del 2007, preparado por el Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial. <https://www.oecd.org/dac/effectiveness/41051019.pdf>

³⁰⁵ La Secretaría de la Función Pública es una dependencia del Poder Ejecutivo Federal cuyo titular es designado por el Presidente de la República y conduce sus actividades en forma programada con base en las políticas que establezca el Presidente de la República. Para conocer, tramitar y resolver las inconformidades cuenta con la Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas.

La doctrina y la legislación, pese a que inconformidad es sinónimo de recurso en el propio entendimiento mexicano³⁰⁶ se resiste a denominar a este medio de defensa propiamente como “recurso administrativo”³⁰⁷ aduciendo que en la inconformidad la instancia competente para resolverla no es la misma autoridad que dictó el acto ni una de jerarquía superior dentro de la misma organización y, además, porque se puede interponer contra cualquier acto del procedimiento y no solo contra el acto definitivo, prefiriendo calificarla únicamente como un “procedimiento administrativo seguido en forma de juicio”.³⁰⁸⁻³⁰⁹⁻³¹⁰

Dado que la regulación de los contratos administrativos en México se encuentra en ordenamientos disgregados por clase de contratos,³¹¹ lo propio sucede con la instancia de inconformidad.³¹²

³⁰⁶ Rafael Martínez Morales, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. (México D. F.: Oxford University Press, 2001), 215.

³⁰⁷ Rodrigo González Sandoval, *La licitación pública y el contrato administrativo. Aplicación y medios de defensa* (México D. F.: Porrúa, 2008), 132-133. En igual sentido, Daniel Ramos Torres, *Licitación pública en el marco de la doctrina de los contratos administrativos, su legislación vigente y la jurisprudencia* (México D. F.: Escuela Nacional de Administración Pública, 2004), n. 2, 475.

³⁰⁸ No obstante ello, la Secretaría de la Función Pública la describe como un “instrumento que los particulares tienen a su alcance para impugnar los actos que estimen irregulares en las licitaciones públicas (*lato sensu*)” y además que “la inconformidad cumple una función importante en la salvaguarda de las reglas que rigen a las licitaciones públicas, en un doble aspecto: protege a los particulares en contra de determinaciones irregulares de las autoridades convocantes y, con ello, se garantiza al Estado la obtención de las mejores condiciones de contratación”. Secretaría de la Función Pública, Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas, Subsecretaría de Atención Ciudadana y Normatividad, *Guía de inconformidades* (febrero 2011), 2. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/83117/MODELOS_Y_GUIAS_12.pdf

³⁰⁹ Véase también, Ismael Amaya Barón, *Los medios de impugnación en los procedimientos de contratación del Estado* (México D. F.: Ángel Editor, 2008); Christian Meade Hervert, *Licitación pública y medios de defensa* (México D. F.: Porrúa, 2002); Jorge Olvera Quintero, *Manual de licitaciones del sector público federal. Inconformidades en materia de contratación* (México D. F.: Cárdenas Editor, 2001); y César Chávez Flores, “La nueva instancia de inconformidad en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas”, *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, n. 16 (2011), 181-220. <http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/492?show=full>

³¹⁰ En sentido contrario, Manuel Lucero califica como recurso a este medio de impugnación. Véase Manuel Lucero Espinosa, *La licitación pública*, 4ª ed. (México D. F.: Porrúa, 1993), n. 26, 171.

³¹¹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

³¹² No obstante ello, dado el paralelismo de los regímenes, vamos a referirnos, para caracterizar este recurso, a la regulación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

La inconformidad procede únicamente contra los siguientes actos producidos en una licitación pública o en una invitación a cuando menos tres personas: la convocatoria a la licitación, y las juntas de aclaraciones; la invitación a cuando menos tres postores; el acto de presentación y apertura de propuestas y la adjudicación; la cancelación de la licitación; los actos y omisiones por parte de la convocante que impidan la formalización del contrato. La instancia de inconformidad dirigida contra cualquier otro acto del procedimiento de selección distinto de los mencionados será declarada improcedente.

En cuanto a la capacidad para proponer la inconformidad, se establece que solo podrá presentarla el interesado que cuente con legitimidad, lo cual se acredita por ser partícipe del proceso, haber manifestado su interés en participar, haber recibido invitación o haber presentado propuesta, según la clase de acto que se desee impugnar. Así, por ejemplo, para el caso de la convocatoria a la licitación y las juntas de aclaraciones está legitimado aquel sujeto que haya manifestado por escrito su interés en participar en el procedimiento. Y contra la cancelación del proceso están legitimados quienes hayan presentado propuesta.

La inconformidad debe ser presentada por el legitimado en forma escrita directamente en las oficinas de la Secretaría de la Función Pública o mediante medios virtuales a través de CompraNet.³¹³ Su sola presentación no tendrá un efecto suspensivo sobre el procedimiento de contratación en el cual se haya producido el acto lesivo impugnado. Dicho efecto, solo se producirá si la Secretaría de la Función Pública lo decreta³¹⁴ mediante acto administrativo fundado y se congreguen los siguientes requisitos: i) los solicite el inconforme en su escrito inicial justificando las razones para ello y la afectación que se pretende evitar con la suspensión en caso continuaran los actos del procedimiento de contratación;³¹⁵ ii) se advierta que existan o pudieren existir actos

³¹³ Es el Sistema de Información Pública Gubernamental sobre Adquisiciones, Arrendamientos, Servicios, Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas de la Administración Pública Federal.

³¹⁴ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, artículo 70.

³¹⁵ La Secretaría también puede decretar la suspensión del procedimiento de selección si advierte manifiestas irregularidades en el procedimiento de contratación impugnado, siempre que con ello no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público. El acuerdo relativo contendrá las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye para decretarla.

ilegales; y, además, iii) con la suspensión no se produzcan perjuicios al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.

La instancia de inconformidad será declarada procedente cuando se dirija contra actos distintos a los señalados anteriormente como impugnables, contra actos consentidos expresa o tácitamente, cuando el acto impugnado no pueda surtir sus efectos por haber dejado de existir el objeto o la materia del procedimiento, así como cuando se promueva por un licitante a título individual cuando su participación hubiera sido en forma conjunta.

En este procedimiento se alcanza la **suspensión del acto reclamado** mediante dos vías: de oficio o a pedido de parte. La suspensión de oficio procede exista o no petición, cuando la autoridad advierta manifiestas irregularidades en el procedimiento de contratación, siempre que con motivo de su concesión no se cause perjuicio al interés social ni se contravenga el orden público. Por su propia naturaleza, a diferencia de la suspensión a pedido de parte, no requiere garantía ni se entiende definitiva una vez otorgada hasta el fin del procedimiento o ella misma la deje sin efecto.

Por su parte, el procedimiento para la suspensión cautelar del procedimiento de selección a pedido de parte es bastante complejo, por cuando sigue dos etapas, con requisitos y condiciones propios: la suspensión provisional y la definitiva. Quien lo solicita debe expresar las razones del pedido y señalar la afectación que se produciría de seguirse adelante con el procedimiento. Una vez solicitada la suspensión, la autoridad que conozca de la inconformidad debe decidir, mediante acto motivado, concederla o negarla provisionalmente fijando las condiciones y efectos de la medida. Con posterioridad a ello, dentro de los tres días hábiles siguientes a que se haya recibido el informe previo de la entidad convocante, esto es teniendo ya en cuenta las dos posiciones en controversia, la autoridad se pronunciará respecto de la suspensión definitiva, debiendo en caso de otorgarla, precisar la situación en que habrán de quedar las cosas y se tomarán las medidas pertinentes para conservar la materia hasta que se dicte la resolución definitiva de la inconformidad.

Para decretar la suspensión definitiva, el solicitante debe garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar mediante un depósito de dinero constituido a través de certificado o billete de depósito, una fianza otorgada por institución autorizada, depósito de dinero constituido ante la Tesorería o cheque certificado o de caja, no menor al diez ni mayor al treinta por ciento del monto de su propuesta económica.³¹⁶ Una vez garantizada, la Secretaría dará vista al tercero o terceros interesados, a efectos de que, dentro del plazo de tres días hábiles, otorgue contragarantía equivalente a la presentada por el inconforme, supuesto en el cual la suspensión decretada dejará de surtir efectos.³¹⁷

El procedimiento de la instancia de inconformidad³¹⁸ permite ampliamente el contradictorio, puesto que la autoridad requiere la participación del convocante (para que presente dos informes sucesivos: uno en el que manifieste los datos generales del procedimiento de contratación y del tercero interesado, y pronuncie las razones por las que estime que la suspensión resulta o no procedente; y otro sobre las razones y fundamentos para sostener la improcedencia de la inconformidad, así como la validez o legalidad del acto impugnado), del tercero interesado, para que comparezca al procedimiento a manifestar lo que a su interés convenga y, además, al inconforme a quien se le permite ampliar sus motivos de impugnación cuando de lo aportado por las demás partes aparezcan elementos que no conocía; de lo contrario, cualquier nuevo argumento será desestimado por la Secretaría.

³¹⁶ Unas particularidades del régimen de la garantía para la suspensión del procedimiento es que esta no es ejecutada íntegramente por la autoridad como si fuera un daño tasado por anticipado, sino que luego que se dicta la resolución que pone fin a la instancia de inconformidad se debe iniciar un incidente de ejecución de garantía en el que se determinará finalmente el daño o perjuicio real que se produjo con la suspensión de los actos. Para ello, las partes deben acreditar, ante la Secretaría, las pruebas del daño y en el término de 10 días la autoridad resolverá el incidente planteado, decretando la procedencia de cancelar o de hacer efectiva la garantía o contragarantía de que se trate, según se hubiere acreditado el daño o perjuicio causado por la suspensión de los actos, o por la continuación de los mismos, según corresponda.

³¹⁷ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, artículo 120.

³¹⁸ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, artículo 71.

Agotado el procedimiento, la resolución definitiva³¹⁹ contendrá el análisis de los motivos de inconformidad, para lo cual podrá corregir errores u omisiones del inconforme en la cita de los preceptos que estime violados, así como examinar en su conjunto los motivos de impugnación y demás razonamientos expresados por la convocante y el tercero interesado a fin de resolver la controversia efectivamente planteada, pero atendiendo el principio de congruencia procesal, sin poder pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido expuestas por el promotor. En cuanto a su contenido, esta decisión podrá sobreseer en la instancia, declarar infundada la inconformidad, declarar que los motivos de inconformidad resultan inoperantes para decretar la nulidad del acto impugnado, cuando las violaciones alegadas no resulten suficientes para afectar su contenido, decretar la nulidad total del procedimiento de contratación, decretar la nulidad del acto impugnado a efectos de su reposición, subsistiendo la validez del procedimiento o acto en la parte que no fue materia de la declaratoria de nulidad, y ordenar la firma del contrato cuando haya resultado fundada la inconformidad promovida.

En caso se haya declarado infundada la inconformidad y además se advierta que la instancia se promovió con el propósito de retrasar o entorpecer la contratación se sancionará al inconforme, previo procedimiento y considerándose su conducta en anteriores procedimientos de contratación o de inconformidad, con una multa equivalente a la cantidad de cincuenta hasta mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al mes, en la fecha de la infracción y, adicionalmente, con inhabilitación no menor de tres meses ni mayor de cinco años.³²⁰

La resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad podrá impugnarse opcionalmente por el inconforme o tercero interesado mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien ante las instancias jurisdiccionales competentes. El ordenamiento prevé un incidente de ejecución con el objetivo de asegurar el cumplimiento del mandato dictado, en la cual se podrán

³¹⁹ Ibíd., artículo 73.

³²⁰ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, artículo 110.

cuestionar, por el interesado, la repetición del acto, los defectos de implementación, excesos de la autoridad o las omisiones o retrasos de cumplimiento. Si en dicho incidente se acredita que la resolución no ha sido cumplida, anulará los actos indebidos de la entidad y ordenará la reposición del procedimiento en sede de la entidad fijando plazo máximo de tres días, bajo apercibimiento de denunciarlo por contravenir la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos

11. El caso uruguayo y los recursos ordinarios con particularidades en materia de contratación³²¹

En el ordenamiento uruguayo no se ha establecido algún recurso especial en materia de contratación, por tanto, se aplican los recursos generales administrativos. Así, tenemos en el orden nacional: el **recurso de revocación** (recurso ante la misma autoridad que los haya emitido), el **recurso jerárquico** (cuando ha sido emitido por una autoridad sometida a jerarquía podrá ser impugnado, además, con el recurso jerárquico, que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al recurso de revocación) y, por último, mediante el **recurso de anulación** (procedente por razones de legalidad cuando el acto es emitido por una autoridad sometida a tutela administrativa, como los servicios descentralizados), ante el Poder Ejecutivo, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al recurso de revocación.

³²¹ Texto Ordenado de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera
“Artículo 73. Los actos administrativos dictados en los procedimientos de contratación podrán ser impugnados mediante la interposición de los recursos correspondientes en las condiciones y términos preceptuados por las normas constitucionales y legales que regulan la materia.
El plazo para recurrir se computará a partir del día siguiente a la notificación o publicación.
El interesado remitirá copia, del escrito o impugnación presentada, al Tribunal de Cuentas, disponiendo de un plazo de cuarenta y ocho horas a tales efectos.
Los recursos administrativos tendrán efecto suspensivo, salvo que la Administración actuante por resolución fundada declare que dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le causa graves perjuicios.
Resuelto el recurso, se apreciarán las responsabilidades de los funcionarios actuantes y del propio recurrente. Si se comprobara que el recurrente hubiere actuado con mala fe, manifiesta falta de fundamento o malicia temeraria, previa vista, podrán aplicarse sanciones de suspensión o eliminación del Registro Único de Proveedores del Estado y del Registro del organismo, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder por reparación del daño causado a la Administración”.

En todos los procedimientos de selección, sin exclusión alguna,³²² es la propia Administración activa la que conoce del recurso, careciendo de una instancia con independencia respecto a la propia gestión y de una especialidad apropiada para conocer la revisión.³²³

No obstante, ello, poseen dos elementos particulares que merecen revisarse en función del presente trabajo: i) el efecto suspensivo *ope legis* que posee en este caso el recurso,

³²² Augusto Durán Martínez, "Particularidades del régimen recursivo en los procedimientos de contratación administrativa", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 11, a. 6 (2007), 59.

³²³ Pese a que en Uruguay se creó una Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE) como órgano desconcentrado y con autonomía, con la finalidad de promover y proponer acciones tendientes a la mejora de la gestión y la transparencia de las compras y en general, de las contrataciones del sector público. A dicho efecto, posee con funciones principales:

- a) Asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración y seguimiento de políticas de compras públicas y en los procesos de actualización de la normativa.
- b) Asesorar a los organismos dependientes del Poder Ejecutivo en materia de compras y contrataciones estatales y, mediante convenios, a los demás organismos públicos autónomos.
- c) Desarrollar y mantener el Registro Único de Proveedores del Estado al servicio de las administraciones públicas estatales y de las empresas proveedoras de los mismos.
- d) Desarrollar y aplicar el catálogo común de bienes y servicios adecuados para el intercambio de información entre los organismos públicos.
- e) Realizar la más amplia difusión, preparación de materiales y capacitación en las normativas relativas a las contrataciones del Estado y a las mejores prácticas aplicables, propugnando la aplicación de criterios y procedimientos simples y uniformes que faciliten la tarea de compradores y proveedores.
- f) Desarrollar y mantener el sitio web de compras y contrataciones estatales donde las administraciones públicas estatales publiquen la información referida a contrataciones de obras, bienes y servicios, de forma tal que constituya una herramienta de transparencia puesta a disposición de la ciudadanía.
- g) Desarrollar normas de calidad de productos y servicios, coordinando con organismos de normalización y certificación y con el Instituto Nacional de Calidad.
- h) Asesorar a las administraciones públicas estatales para mejorar su gestión de compras, proponer manuales de procedimientos, sugerir acciones que contribuyan a la eficiencia y eficacia de los procesos y realizar evaluaciones posteriores de las contrataciones.
- i) Asesorar a los proveedores en las mejores prácticas y los procedimientos y herramientas aplicables en los procesos de contratación. La Agencia de Compras podrá comunicarse directamente con todas las administraciones públicas estatales, los organismos públicos y las entidades privadas para el cumplimiento de sus cometidos.
- j) Determinar los lineamientos del órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, Unidad Centralizada de Adquisiciones que funciona en el Inciso 05 - "Ministerio de Economía y Finanzas", sin perjuicio de su autonomía técnica.
- k) Imponer las sanciones de: advertencia, multa económica, ejecución de garantía de mantenimiento de la oferta o de fiel cumplimiento del contrato y suspensión, en los casos sustanciados por la Unidad Centralizada de Adquisiciones a raíz de las denuncias por incumplimiento que deriven de los procesos de contratación por ella convocados.

a diferencia del régimen general de los recursos; y, ii) el tratamiento de los recursos interpuesto con mala fe manifiesta falta de fundamento o con malicia temeraria.

En lo referido al primer punto, el ordenamiento prevé en este caso una solución inversa al régimen común de los recursos ordinarios uruguayos. Esto es que los recursos administrativos interpuestos tendrán efecto suspensivo salvo que la Administración actuante por resolución fundada declare que “dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le causa graves perjuicios”.

Dependiendo del acto que sea impugnado, el recurso paraliza la continuidad afectando su fuerza ejecutoria o ejecutoriedad, y el avance del procedimiento, sin necesidad que la autoridad emita algún decreto suspendiendo el procedimiento. Incluso la doctrina enseña que este efecto suspensivo no debe entenderse únicamente desde la impugnación formal, sino “mientras está pendiente el tiempo para recurrir”, de modo que los actos del procedimiento de selección nacen con efectos suspendidos.³²⁴ Esta suspensión por mandato legal, conforme lo establece la doctrina, permanece en el tiempo “[...] hasta tanto ocurra una de dos cosas: o se resuelva el recurso o se levante el efecto suspensivo de la impugnación mediante el dictado de un acto fundado, el cual además debe estar apoyado en la circunstancia real de afectar inaplazables necesidades del servicio o causar graves perjuicios”.³²⁵

Por último, una vez decidida la impugnación se apreciarán las responsabilidades de los funcionarios actuantes y del propio recurrente. Si se comprobara que el recurrente hubiere actuado con mala fe, manifiesta falta de fundamento o con malicia temeraria, previa vista, podrán aplicarse sanciones de suspensión o eliminación del Registro Único de Proveedores del Estado y del Registro del organismo, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder por reparación del daño causado a la Administración.

³²⁴ Durán Martínez, “Particularidades del régimen recursivo en los procedimientos de contratación administrativa”, 62.

³²⁵ Carlos Delpiazzo, *Contratación administrativa* (Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 1999), 200.

12. El caso peruano y el tribunal administrativo de contrataciones más antiguo de la región

El ordenamiento jurídico peruano presenta un sistema de recursos contra actos precontractuales asentado en dos instrumentos esenciales: las denominadas observaciones a las reglas contenidas en las bases de los procesos y el recurso de apelación contra los actos posteriores del proceso de selección. Ambos instrumentos de protección de los derechos de los postores y de control de la formación del contrato han sido gradualmente debilitados en función de una mal entendida celeridad del procedimiento de contratación, dando lugar a otros instrumentos complementarios y menos eficientes como son las denuncias por actos de corrupción y las denuncias ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Un elemento importante en este esquema de recursos es el OSCE, un organismo técnico especializado que mantiene relación de adscripción o tutela con el Ministerio de Economía y Finanzas, posee personería jurídica de derecho público que le permite tener su presupuesto (constituye un pliego presupuestal diferenciado de otros organismos) bienes, personal propio y la ley le reconoce autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. Cuenta en el máximo nivel organizacional con un consejo de tres miembros designados –mediante Resolución Suprema suscrita por el Presidente de la República y el ministro de Economía y Finanzas– por tres años renovables por un periodo adicional.

El Consejo Directivo es presidido por el presidente ejecutivo, quien es su máxima autoridad ejecutiva, titular del pliego y representante legal de la entidad, designado de igual manera. Estos cargos pueden ser vacados por causas objetivas como fallecimiento, condena penal, inhabilitación administrativa y vencimiento del plazo del mandato, pero

también por otras subjetivas que le privan de autonomía, como la remoción por pérdida de confianza, falta grave (que no tiene desarrollo normativo) e incapacidad moral sobreviniente.

Funcionalmente, este organismo está a cargo de cometidos de promoción, gestión, supervisión y generador de normativa secundaria (porque el Ministerio de Economía y Finanzas mantiene la capacidad reglamentaria en esta materia. Entre sus principales funciones se encuentran:

- Velar y promover que las entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su Reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.
- Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, respecto de los métodos de contratación contemplados en la Ley, salvo las excepciones previstas en el Reglamento.
- Efectuar acciones de supervisión a pedido de parte, de acuerdo con lo dispuesto en las directivas vigentes.
- Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado, así como de difusión en materia de contrataciones del Estado.
- Proponer las modificaciones normativas que considere necesarias en el marco de sus competencias.
- Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia.
- Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP).
- Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE).
- Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y un banco de laudos arbitrales de fácil acceso en el que se pueda identificar árbitros, temas, plazos del proceso, partes, entre otros.

- Acreditar a las instituciones arbitrales que presten servicios de organización y administración de arbitrajes en materia de contrataciones del Estado y supervisarlas, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento.
- Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral.
- Absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado formuladas por las entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil. Las consultas que le efectúen las entidades son gratuitas.
- Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las transgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado, de comisión de delito, o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo con el marco legal vigente.
- Suspender procedimientos de selección en los que, durante el procesamiento de la acción de supervisión, de oficio o a pedido de parte, se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la entidad continúe con el procedimiento.

12.1. Las observaciones a las bases del proceso ante la entidad y el OSCE

Los participantes en los procedimientos de licitación pública,³²⁶ concurso público³²⁷ y adjudicación simplificada tienen derecho a cuestionar cualquiera de las disposiciones de las bases en lo relativo a cualquier disposición en materia de contrataciones (p. ej., principios, reglas del procedimiento, condiciones mínimas de las bases) o que siendo ajenas al procedimiento como tal mantengan relación intrínseca con el proceso de selección (p. ej., normas sobre impuestos o requerimientos técnicos para bienes o servicios). Como anotamos, este instrumento de las observaciones a las bases está habilitado únicamente para los procesos de licitación y concursos públicos, pero no está contemplado en otros procedimientos de contratación como son: la selección de

³²⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 49.

³²⁷ *Ibíd.*, artículos 59 y 60.

consultores individuales, la comparación de precios, la subasta inversa electrónica, los acuerdos marco y la contratación directa, por lo cual en estos casos se carece de un instrumento de control respecto de las reglas que imponen las entidades como bases para la competencia en estos procedimientos.

En este sentido, la observación persigue la anulación o la modificación de la regla considerada ilegal para que el proceso prosiga conforme al ordenamiento. Por eso la denominada observación a las bases constituye una de las manifestaciones del control participativo, preventivo y oportuno con que la normativa empodera a los participantes para que trascendiendo de su rol pasivo de administrados puedan cuestionar aquellas exigencias del proceso de selección consideradas ilegales.

De este modo, el observante asume el papel de promotor del control de la acción administrativa para impedir que avance un procedimiento de selección irregular, de modo que colabora en la detección de los desvíos de las licitaciones y concursos. A través de la observación se pueden corregir de manera oportuna requisitos técnicos mínimos desproporcionados, factores de evaluación tendenciosos, cronogramas equivocados, valores referenciales irreales o desactualizados, proyectos de contratos con cláusulas ilegales, etc.

Si bien en teoría podrían considerarse como alternativas posibles de legitimidad para cuestionar las bases del proceso, si se debe exigir al pretensor la sola condición de ser un potencial ofertante, la de haber adquirido las bases o acreditar encontrarse en condiciones de hacer una oferta admisible según las reglas del proceso, nuestra normativa opta por indicar que tienen legitimidad para formular observaciones cualquier “participante”³²⁸ en el proceso, esto es, quien se registra como tal ante la entidad.

³²⁸ El anexo de definiciones contenido en el Reglamento, define como “participante” al proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haber realizado su registro ello.

Hace bien la normativa en descartar que se exija como factor de legitimidad del observante que se encuentre en condiciones subjetivas de ser efectivamente un ofertante al proceso (cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos o estar comprendido en el alcance de la descripción de quienes pueden ser postores al proceso) en razón de que, precisamente, los requisitos técnicos mínimos o las reglas sobre quiénes pueden ser postores al proceso pueden ser el objeto de cuestionamiento, por ejemplo, si son sesgados o tendenciosos.

En nuestra opinión, el derecho de observar las bases no debería ser solo para los proveedores registrados, sino también para quienes aun sin haberse registrado como participantes puedan demostrar su derecho a participar en el procedimiento de selección convocado por la Administración. Compartiendo la opinión de la doctrina, a nuestro juicio, el derecho a formular observaciones a las reglas del proceso debería configurarse con la sola habilitación para ser postor que otorga el registro de proveedores de Estado.³²⁹

Las observaciones, para ser admisibles, deben cumplir con las exigencias de fundamentación y ser interpuestas dentro del término hábil. Nótese que en el caso de licitaciones, concursos y en la adjudicación simplificada el plazo para observar es simultáneo al de formular consultas sobre las bases, con lo cual no se tiene un tiempo apreciable que le permita al postor comprender íntegramente las extensas reglas del proceso y cotejarlas con la realidad para saber si amerita cuestionarlas con fundamento.³³⁰ Por ejemplo, en el caso de convocatorias para la construcción de obras será necesario no solo analizar los documentos contractuales (incluyendo el expediente técnico), sino hacer indagaciones preliminares de mercado sobre materiales e insumos, cuando no realizar visitas a la zona donde está prevista la construcción. De este modo consideramos que resulta absolutamente inapropiado pretender que el participante –

³²⁹ Julio Comadira, *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)* (Buenos Aires: Depalma, 2000), 125-126.

³³⁰ Mientras que en el caso de licitaciones y concurso los participantes tienen el plazo de 10 días desde el día siguiente de la convocatoria para presentar las observaciones, en el procedimiento de adjudicación simplificada se tiene con el exiguo plazo de dos días.

frente a todo tipo de proceso, sea complejo o no— se encuentre en condiciones de realizar todas estas acciones en el mismo plazo para la formular las consultas.

En primera instancia, es el comité especial de cada entidad el que tiene la competencia para apreciar el mérito de cada una de las observaciones presentadas y absolverlas en forma fundamentada. Su conclusión tiene tres alternativas: acogerla, acogerla parcialmente o denegarla. Para ello, el comité especial tiene el deber de absolver las observaciones de manera motivada, identificando y transcribiendo todas las observaciones formuladas, detallando su análisis respecto de cada una y la precisión exacta del impacto que ella tiene en las bases.³³¹

Cuando la observación tiene fundamento, debe ser acogida íntegramente por el comité especial y, en ese sentido, proceder a realizar las correcciones a las bases para adecuarlas al ordenamiento legal. Se trata de una modificación a instancia de parte que debe ser consultada previamente con las áreas técnicas en caso de versar sobre las características técnicas o el valor referencial, y aprobado por la autoridad administrativa competente. El comité especial no se encuentra autorizado a realizar de oficio modificaciones a las bases, aun cuando sea para atender observaciones presentadas extemporáneamente por los interesados.

Cuando se trate de observaciones complejas, compuestas por varios elementos, existe la posibilidad adicional de que el comité especial acoja una parte de la observación y deseche otra parte. En ese caso se sigue el trámite del acogimiento total. Finalmente, si el comité considera que la razón jurídica no ampara al observante, decidirá no acoger la observación, en cuyo caso las reglas del proceso se mantienen tal cual.

En cualquiera de los tres supuestos deberá formular y notificar un pliego con indicación de la observación, su análisis y su opinión definitiva de manera clara. Lo importante es que para que las bases queden integradas como reglas definitivas del proceso, la

³³¹ Numeral 7.1., Directiva Nº 004-2017-OSCE/CD aprobada por Resolución Nº 004-2017-OSCE/CD de 31/05/2017.

absolución de las observaciones debe haber adquirido firmeza, es decir, que cualquiera de los interesados no haya solicitado elevar el caso al OSCE. De proceder así, la entidad habrá precipitado la situación e impedido agotar el debate sobre las bases del proceso.

No puede perderse de vista que el comité de selección³³² es un órgano colegiado conformado por tres miembros designados por el titular de la entidad, o a quien este haya delegado la competencia, con la misión de preparar, convocar, conducir y realizar el procedimiento hasta su culminación. Entre sus funciones está la de preparar y aprobar las bases de los procesos, empleando los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica, y económica contenida en el expediente que se le entrega.³³³ De ello se puede apreciar que si bien el comité de selección posee autonomía nominal respecto al resto de la organización administrativa y el conocimiento inmediato de las reglas del proceso sujetas a las observaciones de los participantes, adolece de la alteridad para ser objetivo y admitir la existencia de errores e ilegalidades incurridas por ellos mismos. En términos prácticos, se asemeja a la efectividad del recurso de reconsideración en el sistema recursal ordinario.

La verdadera garantía que la observación va a ser analizada de manera objetiva es contemplar la posibilidad que el aspecto cuestionado sea dilucidado por una instancia independiente que no haya participado en la definición de necesidades, en la elaboración de especificaciones técnicas o en la confección de las reglas del proceso. Por ello, en caso de que el participante considere que su pretensión no ha sido satisfecha por el comité de selección, tiene el derecho a que el asunto sea sometido a una instancia superior y distinta a la entidad convocante, para que dirima la controversia. Así sucederá tanto en caso el comité de selección haya denegado la observación, como si declarando acogerla (total o parcialmente) la corrección no satisface la pretensión del observante. Hay que anotar que igual derecho tienen los demás participantes en el proceso de selección respecto al acogimiento de una observación que consideren indebida.

³³² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículos 22 a 25.

³³³ *Ibíd.*, artículo 26.

Con la imparcialidad del órgano rector de las adquisiciones estatales emitiendo su “pronunciamiento sobre la elevación de cuestionamientos al pliego de absoluciones de observaciones a las bases” concluirá el debate sobre las bases del proceso. En su pronunciamiento podrá desechar definitivamente la observación o acogerla –total o parcialmente–, en cuyo caso la entidad deberá implementar los mandatos para integrar las bases, aunque para ello deba suspender el proceso hasta superar sus propias impericias.

Ahora bien, las sucesivas reformas a la ley de la materia han devenido en una serie de restricciones a esta facultad de acceder a la autoridad distinta de la entidad mediante sus observaciones, empleando diversas reglas.

La primera es permitir únicamente elevar para pronunciamiento del OSCE las decisiones de los comités especiales en caso de “procedimientos de licitación y concurso públicos”, mas no en los procesos de adjudicación simplificada –cuya recurrencia es mucho mayor–, de suerte que en ellos el procedimiento de observación se agota en la propia entidad –ante el comité especial– sin posibilidad alguna de llegar a la autoridad administrativa distinta, que es el OSCE.

Una segunda restricción es respecto a la legitimación, dado que únicamente pueden pedir la elevación del caso al OSCE los participantes registrados en el proceso de selección hasta la culminación de la etapa de formulación de observaciones,³³⁴ de modo que no pueden hacerlo quienes se registren con posterioridad a ese momento, pese a que adviertan de alguna irregularidad y sean afectados por ella.

Una tercera vía de restricción al derecho a elevar al OSCE la absoluciones de la observación realizada por la entidad se encuentra en la serie formalidades impuestas que debe verificar la propia entidad convocante y que de no cumplirse dan lugar a la inadmisibilidad del pedido. Dichas exigencias son: i) identificar claramente la normativa

³³⁴ Numeral 8.1.1. de la Directiva Nº 004-2017-OSCE/CD aprobada por Resolución Nº 004-2017-OSCE/CD de 31/05/2017.

vulnerada en que habría incurrido el comité de selección; ii) el pago de una tasa económica por la elevación de observación a las bases al OSCE.

A ello debe agregarse otro aspecto adverso al control sobre las reglas de los procesos que el ordenamiento ha incluido como una infracción sancionable con inhabilitación temporal o definitiva si el participante “presenta cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de observaciones”³³⁵ con el ánimo evidente de desalentar las observaciones a las reglas de los procesos.

12.2. El recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado

El Derecho Administrativo peruano posee la peculiaridad de haber organizado, con anterioridad a la tendencia impulsada por el Derecho internacional de las contrataciones, un sistema de recursos administrativos a cargo de los postores y un tribunal administrativo especializado³³⁶ y separado de las entidades convocantes para resolver las impugnaciones. En efecto, cerca de cumplir con sesenta años de este esquema nacional, su evolución ha atravesado por cuatro etapas sucesivas.

12.2.1. Fase 1: de 1958 a 1961

Con la vigencia del Reglamento General de Licitaciones de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo Nº 8 del 01/04/1958, se estableció un régimen de control administrativo sobre los actos de las entidades de preparación del contrato hasta el

³³⁵ Ley de Contrataciones del Estado, artículo 50 literal n.

³³⁶ En el Derecho Administrativo peruano es común, desde inicios del siglo XIX, la creación de organismos de conformación colegiada, ubicados fuera del modelo organizacional jerarquizado institucional, que tienen la facultad por sí mismos de agotar la vía administrativa (sus actos son susceptibles de control judicial ulterior, controlando la legalidad de los actos emitidos por otras entidades en materias especializadas, aseguran su análisis y decisión técnica, permiten al Gobierno asegurar que la aplicación de una determinada política de Estado se ajuste al marco normativo, desalentar la litigiosidad ante el Poder Judicial. Así tenemos el Consejo de Minería (el más antiguo), el Tribunal Fiscal (en materia tributaria), Tribunal de Indecopi, Tribunal Registral, los Tribunales de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, etc.

momento de la adjudicación. Era dentro del mismo procedimiento de selección, se activaba por los postores del proceso y se resolvía por las propias entidades convocantes. Nos encontramos frente a un recurso administrativo propiamente jerárquico. A dicho efecto se preveía como recurso válido la reclamación ante la propia entidad y, en caso de desestimación, procedía únicamente la queja si hubiera alguna entidad superior a la entidad convocante. Fenecida esta vía administrativa, la secuencia quedaba agotada y, con ello, quedaba expedita la vía judicial, de ser el caso.

Este modelo, que se plasmó en el artículo 29 de dicho Reglamento, establecía lo siguiente: “Las reclamaciones sobre adjudicación de las obras por infracción de las Bases de Licitación, podrá ser planteadas ante la entidad licitante, dentro del plazo de cuarentaiocho horas, a partir del otorgamiento de la buena pro en vía de reconsideración. Resuelta esta en forma desfavorable, los interesados dentro del plazo de cinco días podrán recurrir en queja ante la Autoridad Superior de la entidad licitante, la que resolverá en última instancia”.

Nótese que por la ubicación de la norma que la contenía, esta vía recursiva estaba reservada únicamente para los contratos de obra, mas no para los otros contratos administrativos que se celebraban.

12.2.2. Fase 2: de 1961 a 1981

Con la vigencia del Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por el Decreto Supremo Nº 036 del 6 de octubre de 1961, fue modificado el mecanismo de control administrativo sobre las adjudicaciones ilegales de los contratos de obra para crear por primera vez una instancia separada de las entidades convocantes para resolver estas reclamaciones de los postores. Esta nueva autoridad con competencia concentrada, especializada y separada de la línea jerárquica de las entidades convocantes fue denominada “Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas”.

Este consejo tenía, entre otras atribuciones, la de “dirimencia, en última instancia, de los desacuerdos que eventualmente se produzcan entre las entidades licitantes y los postores o contratistas, sobre cualquiera de los aspectos contemplados en el presente reglamento”.³³⁷ Con sus decisiones quedaba agotada la vía administrativa, solo procediendo su cuestionamiento en la sede judicial en forma posterior.

Una de las particularidades de este organismo es que tenía una conformación mixta de funcionarios públicos y representantes de la sociedad civil como una forma de abrir a la participación ciudadana la resolución de las controversias de los contratos de obra pública. En efecto, este organismo se reunía bajo la presidencia del Ministro de Fomento y Obras Públicas y estaba integrado por el secretario general del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, dos directores y el asesor legal del mismo ministerio, un delegado del Ministerio de Hacienda y Comercio, el secretario general del Fondo Nacional de Desarrollo Económico, un delegado de la Cámara Peruana de la Construcción y otro de la Asociación de Ingenieros Constructores del Perú. Cabe resaltar que estos dos últimos eran designados por personas jurídicas privadas constituidas por las empresas constructoras y por los profesionales de la ingeniería.³³⁸

Este ordenamiento diseñó que los cuestionamientos que los postores podrían presentar contra la adjudicación de la buena pro serían dos: la reconsideración ante la propia entidad –manteniendo el recurso ordinario que previó la norma predecesora– y, en caso de obtener un resultado contrario a sus intereses, el de revisión ante el Consejo antes mencionado. Surgió aquí el recurso especial de contratación ante un organismo colegiado central y distinto de las entidades contratantes.

El artículo 8.03 al respecto reguló: “Las reclamaciones sobre adjudicación de las obras podrán ser planteadas, en vía de reconsideración, ante la Entidad Licitante, dentro del plazo de cuarentaiocho (48) horas de día hábil a partir de la publicación del

³³⁷ Artículo 2.05 literal c) del Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo N° 036 del 6 de octubre de 1961.

³³⁸ Artículo 2.02 del Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo N° 36 del 6 de octubre de 1961.

otorgamiento de la buena pro. En caso de solicitarse revisión de la reconsideración, la Entidad licitante remitirá el reclamo con su informe en un plazo máximo de cinco (5) días al Consejo Superior, el cual resolverá en última instancia en un plazo de quince (15) días devolviendo el expediente a la Entidad Licitante para que dé cumplimiento a la resolución del Consejo Superior”.

En suma, en esta fase se asignó la competencia para resolver controversias precontractuales a una instancia separada de la administración contratante bajo forma de tribunal administrativo, que además poseía notas de participación ciudadana en su integración. Para activar este control, los postores tenían que seguir el camino de la reconsideración, en primer orden, y luego plantear la revisión ante el Consejo especializado antes mencionado. Cabe advertir que a diferencia de lo que sucederá después, en este modelo la interposición del recurso administrativo no estaba condicionada a la presentación de ninguna garantía para su admisibilidad.

12.2.3. Fase 3: de 1981 a 1997

A partir del año 1981 surgen en paralelo tres distintos regímenes jurídicos para la contratación administrativa en función del tipo de contrato del cual se trate: obra, suministros de bienes o servicios, y consultoría. Cada uno contaba con mecanismos diferenciados (plazos, competencias, organización administrativa, etc.) de control administrativo sobre la adjudicación. Si bien podría parecer una fragmentación del modelo, en verdad era la complementación del modelo anterior ya que antes solo estaba previsto para los contratos de obra únicamente, mientras que los demás contratos carecían de una vía de recurrencia en sede administrativa.

12.2.3.1. El Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP: los recursos en materia de obras públicas

En materia de **contratos de obras públicas** el régimen de control administrativo sobre la adjudicación estuvo regulado por el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de

Obras Públicas –RULCOP– aprobado por Decreto Supremo N° 034-80-VC de 21/11/1980 en sus artículos 4.3.15 y 4.3.16, 4.3.17 y 4.3.18.³³⁹

Conforme a este ordenamiento, cualquier postor no conforme con la adjudicación de la buena pro podía interponer recurso de reconsideración ante la propia entidad, debiendo esta correr traslado al adjudicatario y resolver dentro del plazo de nueve días. Contra esta resolución, o el silencio administrativo negativo producido, cabía recurso de revisión ante el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, para cuyo efecto se debía presentar una fianza solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a favor de este organismo, que se ejecutara si la decisión fuera declarar infundado el recurso. Como particularidad cabe anotar que se consideraba que el otorgamiento de la buena pro quedaba en suspenso mientras no quedara consentido ni ejecutoriado (artículo 4.3.18). El Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras era un organismo que tenía entre otras funciones la de resolver en última instancia administrativa las discrepancias que con relación a obras públicas se produjeran entre las entidades licitantes o contratantes y los postores o contratistas.

En su composición³⁴⁰ había una representación mixta de la Administración con la sociedad civil, ya que contaba con dos representantes del Presidente de la República que ocupaban la Presidencia y Vicepresidencia del organismo, representantes de los Ministerios de Vivienda, Transportes, Energía y Minas, Agricultura, Industria y Justicia, y representantes de los gremios de empresas constructores, de ingenieros constructores y de la Asociación de Alcaldes Provinciales.

³³⁹ Posteriormente, el Gobierno le dio fuerza de ley en virtud a la Ley N° 23350, ratificado por la Ley N° 24422 y el Decreto Legislativo N° 398.

³⁴⁰ Según Ley N° 23317.

12.2.3.2. El Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales para el sector público

En materia de **contratos de suministro de bienes y prestación de servicios no personales**, el régimen de control administrativo sobre la adjudicación estuvo regulado por el Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales para el sector público aprobado por Decreto Supremo N° 065-85-PCM (conocido como RUA, por sus iniciales).

Este régimen de impugnaciones preveía causales específicas para su procedencia, permitía presentar hasta tres recursos: reconsideración ante la propia entidad; apelación ante el director departamental o regional (en caso de entidades desconcentradas), o el segundo funcionario en jerarquía de la entidad; y, finalmente, un recurso de revisión ante el Consejo de Adquisiciones Departamental.

Conforme a esta norma, habían Consejos de Adquisiciones Departamentales con competencia para resolver los recursos de revisión sobre las decisiones en las licitaciones efectuadas dentro de su territorio y su conformación era mixta, entre funcionarios públicos (representante de las corporaciones de desarrollo, del Poder Judicial, un director del Ministerio de Industria, un regidor de la provincia) y cuatro de la sociedad civil (gremio de industriales y comerciantes). Al igual como sucede en los regímenes que se instauran en esta fase, se incluye como condición de admisibilidad del recurso presentar un cheque de gerencia por el 10 % del monto adjudicado, que será ejecutado si el recurso resulta infundado. Como particularidad podemos advertir que por primera vez se aborda el tema del efecto suspensivo del recurso de manera automática y general en tanto no se resuelva el mismo (artículo 7.2.8.).

12.2.3.3. El Reglamento General de las Actividades de Consultoría

En materia de contratos de consultoría, el régimen de control administrativo sobre la adjudicación estuvo regulado en el Reglamento General de las Actividades de

Consultoría aprobado por Decreto Supremo Nº 208-87-EF. Este régimen estaba caracterizado por considerar un régimen impugnativo único ante un organismo central especializado ajeno a cada entidad (Consejo Nacional de Consultoría) conformado por funcionarios y representantes del gremio del sector (Asociación Peruana de Consultoría), de los colegios profesionales (abogados e ingenieros) y de la universidad peruana.³⁴¹

En este régimen, los postores podían interponer recurso de apelación administrativa únicamente en dos momentos: una vez producida la publicación del orden de méritos de los postores aptos y luego contra la adjudicación producida (artículos 55,56, 57 y 63 del Reglamento General de Actividades de Consultoría). Dicho recurso era competencia del Consejo Nacional antes mencionado y podría concluir declarando la nulidad del procedimiento seguido, declarando su improcedencia o su calidad de infundado. En este último caso, el Consejo imponía una multa equivalente a 20 veces el valor del expediente técnico, siendo un modelo alternativo al de la garantía como condición de admisibilidad.

Como se puede apreciar, en este periodo se abrieron en paralelo instancias, procedimientos y competencias para realizar el control administrativo de las adjudicaciones según el tipo de contrato del que se trate mediante recursos administrativos especiales. Y se introduce como importante novedad los mecanismos de garantizar económicamente la fundabilidad del recurso administrativo en favor de la entidad competente, regla que aún se mantiene.

12.2.4. Fase 4: de 1997 a la actualidad

Con la Ley Nº 26850 de fecha 27 de julio de 1997, de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se inicia la fase de integración y centralización del control administrativo de la legalidad de las adjudicaciones.

³⁴¹ Ley Nº 23554, artículo 11.

Esta norma integraba la regulación de los diversos contratos de suministros de bienes, servicios, consultorías y obras públicas, estableciendo que en todos estos casos las discrepancias de los postores relacionadas con aspectos anteriores al acto público de presentación de propuestas o sobre el otorgamiento de buena pro podrán dar lugar a la interposición de los recursos administrativos,³⁴² y luego respecto de lo así resuelto procede la demanda contencioso-administrativa.

La autoridad especializada y colegiada para conocer los recursos es unificada en el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que es un órgano al interior del originalmente denominado Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y con competencia nacional para conocer los recursos en materia de contratación estatal. Está compuesto íntegramente por funcionarios públicos nombrados por resolución suprema, refrendada por el presidente del Consejo de Ministros. La interposición de la acción contencioso-administrativa cabe únicamente contra lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; dicha interposición no suspende la ejecución de lo resuelto por el referido Tribunal.

Cabe advertir respecto de este régimen que se diferencian, para fines de impugnación, por primera vez entre las reglas del proceso (bases o pliegos), los actos de formación hasta el perfeccionamiento contractual y los de ejecución contractual. Los primeros son controlables en sede administrativa mediante un instrumento denominado “Observaciones a las bases”. Los actos de formación, adjudicación y perfeccionamiento son controlables mediante recursos en vía administrativa, y luego, en vía judicial. Finalmente, los actos de ejecución contractual son revisables mediante los mecanismos de solución de controversias autocompositivo (conciliación) y heterocompositivo (arbitraje).

³⁴² Al contrario del desarrollo alcanzado en los procesos de selección de contratos de aprovisionamiento en los demás contratos estatales, como, por ejemplo, los de APP, no se ha estructurado normativamente un recurso administrativo que permita cuestionar actos ilegales de la administración convocante ante otra instancia administrativa.

En este periodo se mantiene la regla de suspensión automática y general del proceso de contratación hasta que sean resueltos los recursos interpuestos, así como la necesidad de presentar una garantía en favor de la fundabilidad del recurso.

Como vamos a apreciar a continuación, el desarrollo normativo en este periodo ha debilitado gradualmente la utilidad del recurso administrativo, mediante diversas y sucesivas reformas, fundamentalmente por valorarlo negativamente como un instrumento que afectaba una pronta contratación de las entidades y así, la atención de las necesidades públicas. Por ello, se ha manifestado correctamente que “Resulta claro que este régimen disputado fue generalmente impopular a nivel de las entidades públicas, como puede resultar todo mecanismo de control de las decisiones de la administración en general, en el que la decisión sobre la corrección o incorrección de sus decisiones quedara librada a un tercero. Ello, aunado a la duración del trámite de disputa, como a un contexto en el cual se pasó de una estrechez fiscal a una relativa abundancia de recursos (aunada a una escasa capacidad de gestión), generó una constante presión sobre las normas que regulaban los recursos impugnativos”.³⁴³

Los cambios más significativos se han apreciado principalmente en siete aspectos: el número de recursos a interponerse, la reducción de los actos impugnables, los tipos de procesos de selección a los que se aplica el recurso, la autoridad que lo resuelve, los plazos para su interposición, los momentos de la interposición del recurso y el monto de la garantía a presentarse para su admisibilidad.

12.2.5. El modelo original de la Ley Nº 26850 y su Reglamento

El modelo original de la Ley Nº 26850 y su reglamento diseñaba los recursos administrativos en esta materia del modo siguiente: a) las discrepancias relacionadas a los actos administrativos producidos desde la convocatoria hasta la suscripción del

³⁴³ Marco Martínez Zamora, “El régimen de impugnaciones en la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Reflexiones en torno a las variantes sobre la forma de disputar un proceso de selección a propósito del Decreto Legislativo Nº 1017”, *Actualidad Jurídica*, t. 176 (julio 2008), 257-262.

contrato inclusive, en cualquier procedimiento de selección daban lugar a dos recursos sucesivos: recurso de apelación con naturaleza jerárquica (respecto del cual únicamente el titular de la propia entidad convocante tenía la competencia resolutoria) y, luego, recurso de revisión (ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado);³⁴⁴ b) ambos recursos tenían efecto suspensivo automático a partir de su sola presentación;³⁴⁵ c) ambos recursos tenían el plazo de cinco días hábiles para su interposición contados desde el día siguiente de haber tomado conocimiento del acto que se desea impugnar;³⁴⁶ d) el sistema recursal permitía interponer la impugnación contra cualquier acto que se produjera después de la integración de las bases del proceso y hasta incluida la buena pro tan pronto sucedía el acto, con lo cual se producían impugnaciones sucesivas en un mismo proceso respecto de diversos actos del proceso; e) ambos recursos estaban sujetos al pago de tasas administrativas por su interposición fijadas por la entidad (en el caso del recurso de apelación) y por el Consucode (en el caso del recurso de revisión) como requisitos para su admisibilidad;³⁴⁷ f) la admisión del recurso de revisión estaba sujeto, además, a la presentación de una garantía (fianza o abono en cuenta) ascendente al 1 % del valor referencial del proceso que se impugna, que se devolvía en caso el recurso sea declarado fundado o el impugnante se desista del recurso.³⁴⁸

Durante algunos años se mantuvo vigente este modelo original de recursos, pero fue objeto de diversas críticas, injustas en mi opinión, en particular por su “énfasis en pro del administrado en su diseño [...] Caracterizado por la existencia universal de tres instancias (comité especial, entidad y el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), en el que se hacía escaso énfasis en la celeridad del trámite, con la única excepción de la figura del silencio negativo como una obligación del postor (a nivel de la

³⁴⁴ Decreto Supremo Nº 012-2001-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, artículos 53 y 54.

³⁴⁵ *Ibíd.*, artículo 55.

³⁴⁶ Decreto Supremo Nº 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, artículo 167 y 172.

³⁴⁷ *Ibíd.*, artículos 168 numeral 8 y 175.

³⁴⁸ *Ibíd.*, artículo 176.

entidad) y una garantía del 1 % del valor referencial a efectos de llevar el caso ante el citado Tribunal, como único elemento disuasivo”.³⁴⁹

Un aspecto relevante de este modelo fue su universalidad que propiciaba un amplio control de los actos precontractuales. Con este esquema cualquier procedimiento de formación de contrato cubierto por este régimen podían ser objeto de revisión, debate y control administrativo por tres instancias y llegar al Tribunal central con competencia nacional, independientemente de su valor económico.

12.2.6. La Ley Nº 28267 del 1 de julio del 2004 y el inicio del debilitamiento del sistema de recursos

Con la Ley Nº 28267, del 1 de julio del 2004, se incorporaron relevantes modificaciones sustantivas al esquema de recursos en la línea de reducir el tiempo de decisión de los recursos, descargar al Tribunal de Contrataciones del universo de impugnaciones que recibía y debilitar el control no jerárquico de los actos precontractuales.

De este modo, si bien se mantuvieron ambos recursos administrativos, ya no serían sucesivos en todos los casos, sino que, por el contrario, se dispuso que el recurso de revisión únicamente procedía tratándose de impugnaciones de actos producidos en los procesos de selección de mayor monto (licitación y concursos públicos), y respecto de los demás tipos de procesos menores en monto pero mayoría en número (adjudicaciones directas y menores cuantías), exclusivamente en caso de que el titular de la entidad no hubiese resuelto la apelación a tiempo incurriendo en silencio positivo.³⁵⁰ En ese mismo sentido, se estableció que contra los actos incurridos en procedimientos de montos menores (adjudicaciones directas y menores cuantías), pero sustantivamente más recurrentes por las entidades, el competente para resolver el recurso de apelación era el titular de la entidad, contando con la posibilidad de delegarlo

³⁴⁹ Martínez Zamora, “El régimen de impugnaciones en la nueva Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado”, 258.

³⁵⁰ Artículo 54, modificado por Ley Nº 28267.

en sus subalternos, quien agotaba la vía administrativa. De este modo, estos procesos – significativamente mayoritarios en número– ya no serían controlados por el órgano especializado externo, sino únicamente por la propia entidad, mediante su instancia máxima del control interno. La experiencia ha evidenciado que la propia entidad, mediante el recurso jerárquico, carece de la objetividad para realizar una evaluación desapasionada del recurso presentado.

Un aspecto favorable de la reforma fue la disminución de la garantía por la interposición del recurso de revisión al 0,25 % del valor referencial del proceso de selección objeto del recurso.³⁵¹

12.2.7. La modificación vía reglamentaria por medio del Decreto Supremo Nº 148-2006-EF de 22 de septiembre de 2006

En el año 2006, vía la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado³⁵² se produjo un importante cambio en el sistema de recursos en la búsqueda de evitar los recursos múltiples y sucesivos en un mismo procedimiento de selección, que producía su intermitente suspensión y, en conjunto, dificultaba llegar a obtener la buena pro del contrato.

Hasta ese momento, un mismo procedimiento de selección podía ser objeto de innumerables paralizaciones debido a que conforme iba avanzando los postores realizaban impugnaciones sucesivas –todas con efectos suspensivos– contra actos como la descalificación de postores, asignación de puntaje, subsanación de propuestas, adjudicación de la buena pro. Para evitar ello se estableció que el momento de impugnación no se computaba a partir de cada acto dictado, sino luego de haberse producido la adjudicación de buena pro. Es decir, será a partir de ese momento conclusivo que los postores recurrentes podrían hacer valer su derecho a impugnar

³⁵¹ Ibíd.

³⁵² Decreto Supremo Nº 148-2006-EF de 22 de septiembre de 2006.

contra cualquier acto producido en el procedimiento. Como bien se ha manifestado refiriéndose a esta modificatoria:

*De esta forma, en todos los casos, todos los plazos para impugnar iniciarán su cómputo recién con el último y decisivo acto provisional del proceso, momento en el cual todos los postores que en las diversas etapas previas hayan sostenido disconformidad con las decisiones del comité especial, podrán impugnar en etapa única. Es decir, si durante el proceso se descalifica a un postor, este tendrá que esperar hasta el acto de otorgamiento de la buena pro, para empezar a contar el plazo con el que cuenta para impugnar el acto que lo afectar. Con ello se busca simplificar y reducir etapas, evitando que antes del acto de otorgamiento de la buena pro existan recursos impugnatorios intermedios que suspendan de modo prematuro el proceso de selección.*³⁵³

Así, mediante esta reforma se reguló que: “La apelación contra los actos o actuaciones que se produzcan desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro inclusive, debe ser interpuesta dentro de los ocho (8) días siguientes de haberse otorgado la buena pro”³⁵⁴ y, además, que “la interposición de un recurso de apelación y, en su caso, el recurso de revisión suspende el proceso de selección luego de otorgada la buena pro o, en el caso de impugnación de actos posteriores al otorgamiento de la buena pro, desde el día siguiente de interpuesto”.³⁵⁵

12.2.8. La Ley N° 28911 y la centralización de los recursos en el Tribunal de Contrataciones del Estado

La Ley N° 28911 de 2 de diciembre del 2006 incorporó una reforma estructural –que en cierto modo implicaba regresar al modelo concentrado anterior– al esquema de recursos en materia de contratación al suprimir el recurso jerárquico ante la propia

³⁵³ Martínez Zamora, “El régimen de impugnaciones en la nueva Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado”, 260.

³⁵⁴ Artículo 153 del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 148-2006-EF de 22 de septiembre de 2006.

³⁵⁵ Artículo 149 del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 148-2006-EF de 22 de septiembre de 2006.

entidad y dejar únicamente como medio impugnatorio de los actos precontractuales al recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones (que antes se llamaba revisión).³⁵⁶ Con esta reforma las impugnaciones de todos los procesos de selección, sin importar su cuantía, fueron de conocimiento concentrado y universal del Tribunal de Contrataciones.

En concordancia con ello, se incorporaron algunas modificaciones al Capítulo específico del régimen de impugnaciones contenido en el Reglamento de la Ley:³⁵⁷ a) el plazo máximo de impugnación fue establecido en ocho (8) días hábiles después de otorgada la buena pro; b) la garantía por interposición del recurso asciende al 1 % del valor referencial del proceso que se impugna; c) se desalienta el desistimiento del recurso penalizándole con el 30 % de la garantía presentada.

12.2.9. El Decreto Legislativo Nº 1017 y el esquema actual de recursos a partir de la Ley de Contrataciones del Estado

Por el Decreto Legislativo Nº 1017 se dictó una nueva Ley de Contrataciones del Estado, cuyo modelo de impugnación de actos precontractuales permanece hasta nuestros días en lo fundamental.

Con esta nueva ley se mantiene el recurso de apelación como único medio de impugnación, pero con competencias resolutorias excluyentes en función del monto del proceso de selección. Así, cuando el valor referencial del proceso no supere las 600 UIT –la mayoría de los procesos– serán conocidos y resueltos únicamente por el titular de la entidad, mientras que aquellos que lo superen sí podrán acceder a la competencia del Tribunal de Contrataciones. Como se puede apreciar, estamos en el primer caso frente a un recurso jerárquico propiamente dicho, pero en el segundo será un recurso jerárquico impropio, por lo cual no responde a la misma naturaleza. Mediante esta

³⁵⁶ Artículo 54, modificado por Ley Nº 28911.

³⁵⁷ Decreto Supremo Nº 028-2007-EF de 2 de marzo de 2007.

medida se recentralizan los recursos ante la propia contratante, que se asume el inconveniente rol de control y parte interesada adverso a la eficacia del sistema.³⁵⁸

El otro punto desalentador de esa reforma fue el incremento de la garantía de impugnación al 3 % del valor referencial para todas las impugnaciones (sean de conocimiento del Tribunal o de la entidad), lo cual confirma la tendencia de la reforma a dificultar al postor la promoción del control sobre los actos precontractuales.

Como podremos advertir luego del análisis que presentaremos a continuación, el sistema de control de la formación contractual peruano resulta claramente insuficiente y alejado del estándar requerido por el Derecho internacional de las contrataciones estatales. Si sumamos la ausencia de un control independiente a la propia entidad para las reglas y bases de los procesos en la mayoría de los contratos (veremos cómo solo existen para los procesos convocados como licitación y concursos públicos que si bien congregan los montos mayores en número de procesos, son los menores) y que únicamente se puede recurrir ante una autoridad independiente las adjudicaciones de contratos cuando excedan las 50 UIT –y con las limitaciones que señalamos– se puede apreciar que resulta extremadamente amplio el ámbito de decisiones de conformación del contratos que pueden perpetrar las entidades sin un control medianamente independiente y eficaz.

12.2.10. En resumen: el modelo actual del recurso de apelación

Como hemos podido apreciar, los actos formativos del contrato desde la convocatoria hasta la integración de las bases (reglas definitivas del proceso son objeto del instrumento denominado “observaciones”. Los actos posteriores hasta el perfeccionamiento del contrato mismo son objeto de otro instrumento denominado “recurso de apelación”, que según como veremos, según montos económicos será

³⁵⁸ Alberto Retamozo Linares, “Del juez y parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, n. 7 (2009), 114 y ss.

conocido bien por el propio titular de la entidad o por un Tribunal de Contrataciones que integra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.³⁵⁹⁻³⁶⁰

En caso de discrepancia con las decisiones del Comité de Selección producidas después de la integración de las bases (por ejemplo, descalificación, subsanación indebida de ofertas, asignación de puntaje ilegalmente, adjudicación) hasta la suscripción del contrato (por ejemplo, luego de la adjudicación se puede producir la cancelación del proceso, la nulidad de la adjudicación, la pérdida de la buena pro), el postor³⁶¹ tiene derecho a interponer el recurso de apelación. Una de las particularidades del recurso es el momento definido para presentar el recurso para evitar la proliferación de recursos durante el transcurrir del procedimiento. Si bien pueden ser impugnados diversos actos desde la integración de las bases hasta el perfeccionamiento del contrato, no pueden ser impugnados en el momento en el que se producen cada uno de ellos, sino una sola vez otorgada la buena pro.³⁶² Es en ese momento que se interpone el recurso sustentando los vicios que se han producido a lo largo del procedimiento y la manera en

³⁵⁹ Este Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano al interior del OSCE cuyos miembros son denominados vocales y son designados por resolución suprema del Presidente de la República y el Ministerio de Economía y Finanzas por un mandato de tres años, previo concurso público conducido por una Comisión *ad hoc* conformada por representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio de Economía y Finanzas y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Su conformación y el número de salas son establecidos mediante decreto supremo, refrendado por el ministro de Economía y Finanzas. Al ser un órgano del OSCE no conforma un pliego presupuestal propio y en cuanto al personal e infraestructura tampoco pueden tener titularidad sobre ellos. La norma declara que tienen autonomía funcional, es decir, para resolver bajo su propio criterio los asuntos de su competencia, no teniendo superior jerárquico ni dependencia funcional de otro organismo del Estado. En una muestra de la injerencia del Poder Ejecutivo en el Tribunal, en el año 2011, mediante Decreto Supremo Nº 163-2011-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de septiembre de 2011, se dispuso un proceso de ratificación de los vocales designados e incluso en su artículo 4 señalaba: “[...] Los vocales que no se presenten al proceso de evaluación, quedarán automáticamente descalificados y contra dicha decisión no cabe interponer recurso impugnativo alguno”.

³⁶⁰ Este Tribunal de Contrataciones tiene asignadas como principales atribuciones:

- a) Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores durante el procedimiento de selección y los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, manteniendo coherencia entre sus decisiones en casos análogos.
- b) Aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas, según corresponda para cada caso.

³⁶¹ El recurso también puede ser presentado por un participante al que no se le haya dejado presentar propuesta, en cuyo caso deberá dejar el sobre en custodia del notario o del juez de paz. Eso mismo se produce cuando se trate de participantes que no hayan sido precalificados y deseen impugnar.

³⁶² Ley de Contrataciones del Estado, artículo 41.

que estos han impactado en la buena pro. Esta regla de “interposición única” busca evitar la proliferación de recursos que interrumpan sucesiva o intermitentemente un mismo proceso, de modo que recién luego de otorgada la buena pro todos los que tuvieran que reclamar algún acto de la entidad pueden hacerlo valer mediante la apelación debiendo demostrar legitimidad.

En caso el recurso de apelación se presentará antes de haberse efectuado el otorgamiento de la buena pro, es rechazado de plano por la Unidad de Trámite Documentario de la entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o por las oficinas desconcentradas del OSCE, según corresponda, con la simple verificación en el Seace de la fecha programada para el otorgamiento de la buena pro, sin perjuicio de que el recurso se presente cuando corresponda.

No son impugnables en esta vía³⁶³ las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, las actuaciones preparatorias de la entidad convocante destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, los documentos del procedimiento de selección, bases y/o su integración (que pudieron ser objeto de observaciones en los casos de licitaciones, concursos y adjudicación simplificada), las actuaciones materiales referidas al registro de participantes ni los procedimientos de contrataciones directas (exoneraciones).

En una injustificada decisión legislativa, y en desacuerdo con los criterios del Derecho internacional de las contrataciones, la competencia³⁶⁴ para conocer de este recurso es distinta según sea el valor referencial del proceso. En procedimientos de selección cuyo valor referencial sea igual o menor a cincuenta (50) UIT,³⁶⁵ el recurso de apelación se presenta ante la entidad convocante y es conocido y resuelto por su titular,³⁶⁶ es decir,

³⁶³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 96.

³⁶⁴ *Ibíd.*, artículo 95.

³⁶⁵ Es un factor de referencia esencialmente tributario que se actualiza anualmente. Para el año 2018 es de cuatro mil ciento cincuenta y 00/100 soles (S/ 4150,00), aproximadamente 1270 dólares.

³⁶⁶ Este monto se encuentra por debajo de los umbrales establecidos por los tratados de libre comercio que sí exigen contar con una instancia independiente de la entidad ante la que interponer el recurso.

los postores tienen pocas o nulas garantías de neutralidad para analizar las decisiones de los subalternos del titular. Únicamente cuando el valor referencial del procedimiento de selección es mayor a dicho monto, se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco o el acto impugnado sea la declaración de nulidad del proceso o la cancelación de este (independientemente del monto del proceso), el recurso de apelación se presenta ante y es resuelto por el Tribunal de Contrataciones, es decir, un órgano distinto de la propia entidad convocante.

La apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precios, la apelación se presenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de subasta inversa electrónica, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles, salvo que su valor referencial corresponda al de una licitación o concurso públicos, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles. En caso del procedimiento de implementación o extensión de vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, el plazo para la interposición del recurso es de ocho (8) días hábiles.

Una particularidad del régimen es la legitimación limitada a los postores y participantes que demuestren interés en la decisión del Tribunal. En nuestro régimen únicamente tienen legitimidad para interponer un recurso de apelación los postores (persona natural o jurídica que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta) y los participantes (cuando pese a intervenir en un proceso de selección, su propuesta no fuera admitida la competencia) siempre que acrediten un agravio directo por la decisión adoptada y a la vez, posibilidad de obtener la buena pro ya adjudicada. En esa línea, no se admite la legitimidad de terceros no postores, de la ciudadanía indeterminada, de gremios o de funcionarios públicos a cargo de labores de control. Tampoco se admite la impugnación de quien ha sido objeto de un acto arbitrario

(p. ej., no admisión de la propuesta, asignación de puntaje incorrecto, descalificación de la oferta) si no tuviere posibilidad de revertir la buena pro ya adjudicada a otro postor (p. ej., si la propuesta del otro es más ventajosa).

Una de las particularidades del recurso de apelación peruano es el efecto suspensivo *ope legis* en todos los casos, desde su sola presentación y durante todo el procedimiento del recurso, sin posibilidad de dejarlo sin efecto mediante acto singular por parte del Tribunal de Contrataciones.³⁶⁷ En efecto, según el régimen nacional, la sola interposición del recurso de apelación suspende el procedimiento de selección, son nulos los actos expedidos con infracción a ello y si el contrato hubiera llegado a suscribirse, será declarado nulo en sede administrativa. Por ello, tanto la entidad como el Tribunal, según corresponda, deben informar de la interposición del recurso de apelación a través de su registro en la ficha del procedimiento de selección obrante en el sistema electrónico, el mismo día de su interposición.

Para su admisibilidad, el recurso³⁶⁸ debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Lugar de presentación: ser presentado ante la Unidad de Trámite Documentario de la entidad o Mesa de Partes del Tribunal, según corresponda. El recurso de apelación dirigido al Tribunal puede presentarse ante las oficinas desconcentradas del OSCE, las que lo derivan a la Mesa de Partes del Tribunal al día siguiente de su recepción.
- La identificación del impugnante, debiendo consignar su nombre y número de documento oficial de identidad, o su denominación o razón social y número de Registro Único de Contribuyentes, según corresponda. En caso de consorcios, el representante común debe interponer el recurso de apelación a nombre de todos los consorciados.
- Identificar la nomenclatura del procedimiento de selección del cual deriva el recurso.

³⁶⁷ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 98.

³⁶⁸ *Ibíd.*, artículo 99.

- El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se solicita, y sus fundamentos.
- Las pruebas instrumentales pertinentes.
- La garantía por interposición del recurso, que vamos a analizar a continuación.³⁶⁹
- Copia simple de la promesa formal de consorcio cuando corresponda.
- La firma del impugnante o de su representante. En el caso de consorcios basta la firma del representante común señalado como tal en la promesa formal de consorcio.
- Copias simples del escrito y sus recaudos para la otra parte, si lo hubiera.

Independientemente que el recurso sea interpuesto ante la entidad o ante el Tribunal,³⁷⁰ el análisis de la conformidad de los requisitos de admisibilidad –pese a que la norma afirma que es en un solo momento– se realiza en dos oportunidades. La regla es que, al momento de la presentación del recurso de apelación, por la Unidad de Trámite Documentario de la entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o por las oficinas desconcentradas del OSCE, según corresponda. Aquí, la Mesa de Partes del Tribunal y las oficinas desconcentradas del OSCE notifican, en el acto de recepción, las observaciones y el plazo de subsanación, las que deben ser publicadas en el Seace al momento de registrar el recurso de apelación. En caso de omisión de requisitos formales, el apelante puede subsanarla dentro del plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación del recurso de apelación. Durante ese plazo queda suspendido el procedimiento de impugnación. Transcurrido el plazo de subsanación sin que se verifique su cumplimiento, el recurso de apelación se considera como no presentado sin necesidad de pronunciamiento alguno y los recaudos se ponen a disposición del apelante para que los recabe. Como habíamos advertido, también puede la entidad o el Tribunal, según sea el caso, advertir que el recurso de apelación no contiene alguno de los requisitos de admisibilidad no advertidos al momento de la presentación del recurso; la entidad o el presidente del Tribunal concede un plazo

³⁶⁹ Acuerdo de Sala Plena Nº 002-2014, Subsanación de garantías en la interposición del recurso de apelación presentado ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

³⁷⁰ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 100.

máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de las observaciones para la subsanación respectiva. Transcurrido el plazo sin que se realice la subsanación, el recurso se tiene por no presentado.

Otra de las particularidades del régimen nacional está constituida por exigir para la admisibilidad del recurso que el impugnante presente una garantía por la interposición, que puede ser una póliza de caución, una fianza o un depósito en la cuenta bancaria de la entidad que resuelve el recurso. Esta garantía que respalda la interposición del recurso de apelación debe otorgarse a favor de la entidad o del OSCE, según a quien corresponda resolverlo, por una suma equivalente al tres por ciento (3 %) del valor referencial del procedimiento de selección impugnado,³⁷¹ teniendo como tope superior que en ningún caso la garantía pueda ser mayor a doscientas (200) UIT vigentes al interponerse el recurso.³⁷² Dicha garantía en caso el recurso de apelación se presente ante la entidad, debe tener un plazo mínimo de vigencia de treinta (30) días calendario contados desde el día siguiente de su emisión. Si competiera al Tribunal su conocimiento, la garantía debe tener un plazo mínimo de vigencia de sesenta (60) días calendario, contados desde el día siguiente de su emisión, debiendo ser renovada oportunamente, en cualquiera de los casos, hasta el momento en que se agote la vía administrativa. Si no fuese renovada hasta la fecha consignada como vencimiento de esta, es ejecutada para constituir un depósito en la cuenta bancaria del beneficiado, según corresponda, el cual se mantiene hasta el agotamiento de la vía administrativa.

El fundamento de este recurso es realmente curioso porque por su diseño no llega a ser una forma de disuadir recursos maliciosos, pero tampoco es una indemnización

³⁷¹ El monto de esta garantía ha sido sostenidamente incrementado desde su inclusión en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo Nº 013-2001-PCM. En dicha norma se estableció que el monto era solo del 1 % del valor referencial del proceso:

“Artículo 176.- Garantía por interposición de recurso de revisión

La garantía que respalda la interposición del recurso de revisión, de conformidad con el inciso c) del Artículo 52 de la Ley, deberá otorgarse a favor del Consucode (hoy OSCE), por una suma equivalente al uno por ciento (1 %) del Valor Referencial del proceso de selección en cuyo desarrollo se produce la impugnación”.

³⁷² Fue necesario incorporar este monto máximo porque en los procesos de valores referenciales muy altos la garantía resultaba impagable para cualquier postor.

adelantada por los daños que pudiere generar la suspensión automática del proceso a las entidades. No es lo primero porque la ejecución o devolución no está asociada a la comprobación de la malicia o mala fe del recurrente, y de hecho es exigible por igual al recurrente diligente como al que obra con malicia. De otro lado, tampoco llega a calzar como un instrumento compensatorio de los daños y perjuicios ocasionados porque se ejecuta totalmente en favor de la entidad que conoce y resuelve el recurso y no en favor de quien supuestamente sufre esos perjuicios ni tampoco hay una acreditación de la existencia de ese daño y menos una cuantificación de este.

El destino de esta garantía está asociado a cómo sea resuelto finalmente por la autoridad el recurso de apelación, de modo que cuando sea declarado infundado o improcedente, o aun cuando el impugnante se desista, se procede a ejecutar el íntegro de la garantía. Únicamente procede la devolución al recurrente cuando su recurso sea declarado fundado en todo o en parte, se declare la nulidad y/o que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto, si con posterioridad a la interposición del recurso de apelación sobrevenga al recurrente un impedimento para contratar con el Estado o, si opera la denegatoria ficta por no resolver y notificar la resolución dentro del plazo legal. Cuando esto sucede, el plazo para la devolución de la garantía al recurrente es de cinco (5) días hábiles de solicitada.

El procedimiento recursal es muy similar aunque se tramite ante la entidad o el Tribunal: hay contradictorio con la entidad y los demás postores³⁷³ que tengan derechos o intereses afectados por el recurso, existe preclusión para plantear los temas objeto del proceso, plazo sumario (10 días de resolución desde su admisorio) y estructura concentrada del procedimiento (recurso, traslado a la entidad y otros legitimados), informe de la entidad, actuación de pruebas, informe oral (de haberse solicitado) y resolución.

³⁷³ Este contradictorio no convierte al procedimiento en una trilateral como mal ha entendido el Tribunal, dado que siempre será un procedimiento de revisión de una decisión administrativa donde los terceros administrados participan como coadyuvantes de la entidad.

En el procedimiento recursal seguido ante la entidad,³⁷⁴ cabe acumulación de recursos de haberse interpuesto dos (2) o más recursos de apelación respecto de un mismo procedimiento de selección o ítem. La entidad traslada la apelación a los postores que tengan interés directo en la resolución del recurso para que dentro del plazo de dos días hábiles contados desde su interposición absuelvan su traslado. Las partes formulan sus pretensiones y ofrecen los medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, por lo que la determinación de los puntos controvertidos se sujeta únicamente a lo expuesto por las partes en dichos escritos,³⁷⁵ sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento. De haberlo solicitado se concederá uso de la palabra, lo cual debe efectuarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de culminado el plazo para la absolución del traslado del recurso de apelación. Finalmente, a efectos de resolver el recurso de apelación, el titular de la entidad o a quien haya delegado la facultad, debe contar con la opinión previa de las áreas técnica y legal, cautelando que en la decisión de la impugnación no intervengan los servidores que participaron en el procedimiento de selección.

En cuanto al procedimiento recursal seguido ante el Tribunal, tiene como notas diferenciales: no contar con un plazo máximo para resolver, sino que eso se define según la complejidad del caso (aunque si tiene hitos internos del procedimiento como que el plazo total de evaluación no debe exceder de diez (10) días hábiles⁸ y que la resolución no debe ser expedida con posterioridad al quinto día que el propio tribunal declara el expediente listo para resolver), la entidad debe remitir el expediente de contratación completo, incluyendo, la oferta del impugnante y todas las ofertas cuestionadas en su recurso, y un informe técnico legal en el cual se indique expresamente la posición de la entidad respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, bajo responsabilidad.

³⁷⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 103.

³⁷⁵ Acuerdo de Sala Plena N° 002-2012, Evaluación y adopción de criterio respecto de los alcances de los artículos 114 y 118 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referidos a la oportunidad de plantear los puntos controvertidos en la interposición y trámite de recursos de apelación.

En cuanto a estructura la resolución expedida por el Tribunal o por la entidad, debe consignar como mínimo³⁷⁶ los antecedentes del procedimiento en que se desarrolla la impugnación, la determinación de los puntos controvertidos definidos, el análisis de cada uno de los puntos controvertidos, el pronunciamiento respecto de los extremos del petitorio del recurso de apelación y de la absolución de los demás intervinientes en el procedimiento, conforme a los puntos controvertidos.

Finalmente, en cuanto a las formas de concluir el procedimiento recursivo, el Tribunal puede resolver de una de las siguientes formas:³⁷⁷

- Declara infundado el recurso de apelación y confirma el acto objeto de este, cuando el acto impugnado se ajusta a la Ley, al Reglamento, a los documentos del procedimiento de selección y a las demás normas conexas o complementarias.
- Declara fundado el recurso de apelación y revoca el acto impugnado retrotrayendo el procedimiento a la etapa que corresponda, cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de la Ley, del Reglamento, de los documentos del procedimiento de selección o demás normas conexas o complementarias.
- Declara fundado el recurso de apelación, anula la decisión objeto del recurso y adjudica la buena pro cuando el impugnante ha cuestionado actos directamente vinculados a la evaluación, calificación de las ofertas y/u otorgamiento de la buena pro, y cuenta con la información suficiente para efectuar el análisis sobre el fondo del asunto.
- Declarar improcedente el recurso interpuesto cuando sea presentado ante un órgano carente de competencia para resolverlo (sin serle exigible el deber de reconducirlo de oficio a quien corresponda) si se interpuso contra algún acto que

³⁷⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 105.

³⁷⁷ *Ibíd.*, artículo 106.

no sea impugnante; si se interpuso de manera extemporánea;³⁷⁸ si quien suscribe el recurso no sea el impugnante o su representante; si el impugnante se encuentra impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado o incapacitado legalmente para ejercer actos civiles; si el impugnante carece de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento, entre otros casos; si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta; o si no existe conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

- Declara la nulidad de los actos que correspondan cuando verifique que hayan sido dictados por órganos incompetentes, sean ilegales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento. Por ejemplo, si hubo cláusulas indebidas en las bases del proceso, tales como fijación de plazos incumplibles, características técnicas de bienes o servicios dirigidas, factores de competencia desproporcionados, insuficiencia del estudio de mercado. En ese caso, debe precisar la etapa hasta la que se retrotrae el procedimiento de selección, las pautas para su implementación, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre los temas planteados por los impugnantes. Cuando el Tribunal advierta de oficio esos vicios de nulidad debe correr traslado a las partes y a la entidad, para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

- Aceptar el desistimiento que el impugnante hubiere formulado, siempre y cuando la respectiva solicitud de desistimiento haya sido formulada hasta antes de haberse declarado que el expediente está listo para resolver y no comprometa el interés público. Este desistimiento, va aparejado de la ejecución de la garantía.³⁷⁹

³⁷⁸ Acuerdo de Sala Plena N° 03-2017 referido a la improcedencia de recursos de apelación por extemporaneidad.

³⁷⁹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 111.

Como se puede apreciar, las competencias del Tribunal se concretan en la tutela restitutiva o anulatoria del proceso, sin poder comprender otras pautas recomendadas por el Derecho internacional de las contrataciones administrativas. Nuestro ordenamiento no contempla que el Tribunal pueda adicionalmente responsabilizar administrativa y/o patrimonialmente a las entidades o funcionarios por decisiones ilegales que haya anulado.

La resolución del Tribunal o de la entidad del recurso de apelación o de la denegatoria ficta, por no emitir y notificar su decisión dentro del plazo respectivo, agota la vía administrativa, por lo que no cabe interponer recurso administrativo alguno. Únicamente cabe contra ella demanda contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.

12.3. Los otros instrumentos de control de los actos precontractuales

12.3.1. La denuncia por actos de corrupción en contrataciones ante el titular de la entidad

La denuncia anticorrupción³⁸⁰ constituye un mecanismo de legitimidad abierta para incentivar y facilitar las denuncias de actos de corrupción en cualquier entidad de la Administración Pública por cualquiera de las siguientes conductas: adecuación o manipulación de las especificaciones técnicas, el expediente técnico o términos de referencia; favorecer indebidamente a un proveedor específico; generación de falsas necesidades con la finalidad de contratar obras, bienes o servicios; otorgamiento de la buena pro obviando deliberadamente pasos requeridos por ley; permisibilidad indebida frente a la presentación de documentación incompleta de parte del ganador de la buena pro, otorgamiento de la buena pro a postores de quienes se sabe han presentado documentación falsa o no vigente, otorgamiento de la buena pro (o ejercicio de

³⁸⁰ Decreto Legislativo N° 1327 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 010-2017-JUS.

influencia para el mismo fin) a empresas ligadas a exfuncionarios que están impedidos para contratar con el Estado; admisibilidad de postor (o ejercicio de influencia para el mismo fin) ligado a una misma empresa, grupo empresarial, familia o allegado que está impedido para contratar con el Estado; pago indebido por obras, bienes o servicios no entregados o no prestados en su integridad; sobrevaloración deliberada de obras, bienes o servicios y su consecuente pago en exceso a los respectivos proveedores; negligencia en el manejo y mantenimiento de equipos y tecnología que impliquen la afectación de los servicios que brinda la entidad.

Esta denuncia se presenta ante la entidad contratante, la que se encuentra obligada a garantizar la absoluta reserva de la información relativa a la identidad del denunciante cuando este lo requiera, a la materia de denuncia y a las actuaciones derivadas de la misma, así como a dotarle de medidas de protección al denunciante tal como su identidad será confidencial, reemplazándola por un código cifrado generado mediante un aplicativo informático; medidas de protección laboral tal como el traslado temporal del denunciante o del denunciado a otra unidad orgánica, sin afectar sus condiciones laborales o de servicio, ni el nivel del puesto; la renovación de la relación contractual, convenio de prácticas pre o profesionales o de voluntariado o similar, debido a una anunciada no renovación; dar licencia con goce de remuneraciones o exoneración de la obligación de asistir al centro de labores de la persona denunciada en tanto su presencia constituya un riesgo cierto e inminente para la determinación de los hechos materia de denuncia.

12.3.2. La denuncia ante OSCE

Es la comunicación de cualquier transgresión a la normativa de contrataciones que puede hacer cualquier proveedor, asociación, organización gremial, autoridad o ciudadano al OSCE.³⁸¹

³⁸¹ Directiva Nº 004-2017-OSCE/CD, acciones de supervisión a pedido de parte.

Posee una naturaleza residual, por lo que será considerada improcedente si se trata de un denunciante que por ser postor o contratista en un caso específico y la transgresión es una que le afecta directamente y correspondiera ser canalizada por medio de las observaciones a las bases, recurso de apelación o reclamo contractual en arbitraje o conciliación. Por ello, los hechos deben ser distintos a los que se deben canalizar por medio de observaciones o recursos como, por ejemplo, una mala integración de bases sin cumplir con pronunciamiento del OSCE.

13. La valoración de los modelos existentes desde la perspectiva del Derecho internacional de las contrataciones

Nos corresponde ahora realizar una valoración comparativa de las principales características de los modelos de control de la formación de contrato en la región. Lo vamos a realizar analizando de modo transversal los modelos de organización adoptados, para lo cual consideramos relevante estudiar varios de los aspectos relevantes existentes.

En principio, podemos apreciar que los modelos no siempre han acudido a instituir un solo recurso administrativo o medio de impugnación de los actos precontractuales, sino que han creado más de uno, en función del tipo de actuación que se intenta cuestionar. Asimismo, vamos a apreciar que en la región no solo se da la disyuntiva entre un modelo jurisdiccional y administrativo, sino que dentro de este último existen algunas variantes relevantes, pues algunos han creado tribunales administrativos, pero otros han asignado la tarea a otros organismos administrativos de diversas categorías (organismos autónomos fuera del ámbito del Ejecutivo, órganos dentro organismos dedicados a diversas tareas de control de la administración activa, entre otros), siendo algunos colegiados, pero en otros unipersonales. Finalmente, apreciaremos que, por diversas consideraciones, los modelos han adoptado ciertos umbrales o rangos para la aplicación de los recursos administrativos.

13.1. La autoridad competente para conocer los recursos en materia de contratación: ¿modelo jurisdiccional o administrativo?

Un primer aspecto que constatar es el tipo de modelo predominante en la región, entre los dos modelos existentes: el judicialista o el administrativo. Aquí estamos valorando el aspecto orgánico del diseño, identificando la naturaleza de la autoridad que desempeña en rol principal del control jurídico sobre los actos precontractuales, independientemente que puedan actuar otros complementarios o concurrentes. En la región apreciaremos que el modelo predominante es el de control administrativo (que lo ubicamos en Costa Rica, Panamá, Nicaragua, Paraguay, México y Perú) y, en menor medida, el jurisdiccional (que lo ubicamos Argentina, Uruguay, Brasil y Chile), que involucra los casos en que se accede por vía directa o por medio del agotamiento de las vías recursales jerárquicas administrativas.

En los países que siguen el modelo administrativo de control no podemos identificar una tendencia uniforme sobre la autoridad misma que desempeña el rol de control de los actos.

13.1.1. Los tribunales administrativos especializados en Perú y Panamá

Por un lado vamos a encontrar dos países (Perú y Panamá) que van a contar con tribunales administrativos especializados en materia contractual; no tienen la misma naturaleza, dado que uno es un organismo autónomo (Panamá) y el otro es un órgano al interior del organismo especializado en supervisar las compras del Estado (Perú), y además no poseen la competencia para conocer de todos los reclamos contra los actos precontractuales, sino únicamente respecto a los actos decisorios del contrato (adjudicación, declaración de desierto, anulación y similares).

El caso de los tribunales de contrataciones establecidos en Perú y Panamá, aunque tienen el mismo nombre, presentan una diferencia notable en su autonomía porque el primero no es un organismo administrativo separado, sino una unidad orgánica dentro

del organismo a cargo de regular, supervisar y promover la contratación pública, mientras que el segundo sí es propiamente un organismo diferenciado de todos los demás. No obstante, se encuentran sujetos fuertemente al Poder Ejecutivo, que designa a todos sus titulares. Así, en el caso del Tribunal Administrativo de Contrataciones de Panamá,³⁸² que es una entidad administrativa –no judicial– independiente e imparcial con competencia nacional³⁸³ integrada por tres miembros designados directamente por el Presidente de la República, de una terna presentada por los ministros de Seguridad, de la Presidencia y el Ministerio de Economía y Finanzas, para un periodo de cinco años y con estabilidad en cargo, salvo incurran en causales tasadas de destitución (incumplimiento de deberes y obligaciones, incapacidad física o mental, morosidad o negligencia en sus deberes y faltas al Código de Ética de los Servidores Públicos), de apreciación únicamente por el Presidente de la República.³⁸⁴ Posee algunas condicionantes que aportan esa garantía de independencia tales como elegir a su propio presidente y tener iguales categorías, remuneraciones, incompatibilidades, inhabilidades, restricciones y prohibiciones que los magistrados de los tribunales de justicia.

Por el contrario, en el caso del Tribunal de Contrataciones del Perú no se trata de un organismo propiamente dicho, sino un órgano al interior del OSCE cuyo titular es el máximo administrador del presupuesto, asigna el personal, los recursos y la infraestructura. Los vocales integrantes del Tribunal son designados por el Ministerio de

³⁸² Para la doctrina panameña es claro que “El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas es una instancia independiente, lo que se traduce en que no hace parte de ninguno de los tres Órganos del Estado, si bien es creación del Ejecutivo, ejerce el control de la legalidad de los actos de la Administración sin su injerencia ni dependencia, tanto es así que las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas serán justipreciadas no por el Ejecutivo, sino por otro órgano de Estado como lo es el Judicial, en consecuencia, desde el aspecto jurisdiccional es clara la independencia”. Padilla Lozano, *Realidad de las contrataciones públicas en Panamá*, 31.

³⁸³ TUO Ley 22 de 27 de junio de 2006, artículo 136: “Este Tribunal posee competencia material para conocer en instancia única sobre: i) el recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de desierto o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista; ii) el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la sanción al contratista por incumplimiento del contrato y contra la resolución que emita la Dirección General de Contrataciones en la que impone multa a los servidores públicos; y, iii) las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver”.

³⁸⁴ TUO Ley 22 de 27 de junio de 2006, artículo 140.

Economía y Finanzas, siendo que la norma le asegura nominalmente contar con autonomía técnica en las decisiones que quedan a su cargo, mas no poseen autonomía financiera ni administrativa.

13.1.2. Las contralorías generales como autoridades de control de contrataciones: Costa Rica y Nicaragua

Posee igual presencia en la región la asignación de la competencia para conocer de los recursos en materia de contratación a organismos autónomos conforme a la Constitución, como es el caso de Costa Rica y Nicaragua (lo asignan a la Contraloría General de la República como autoridad definitiva que conoce el recurso). Son ejemplos interesantes por asignar esta tarea no a un órgano jurisdiccional ni a un organismo administrativo especializado bajo forma de tribunal. Lo asignan a un organismo constitucionalmente autónomo preexistente, creado por la Constitución y fuera del Poder Ejecutivo y de su administración activa. Nos referimos a la Contraloría General de la República, que ejerce por antonomasia el control sobre la actividad administrativa y hacendaria. Es decir, no crean un organismo nuevo o *ad hoc*, sino que adiciona esta función a un organismo preexistente con competencia general de control administrativo.

Es importante tener en cuenta que en América se observó la aparición progresiva y sostenida en los textos constitucionales de diversas instituciones o entidades, preexistentes en la estructura estatal o creadas primariamente por el constituyente, que coexisten al lado de las clásicas funciones esenciales del poder (llamados tradicionalmente poderes públicos) que gozan de un grado máximo de autonomía e independencia dentro del Estado. Con ello, los constituyentes se fueron apartando de la histórica estructura tripartita del poder creada a inicios del Estado moderno y ha dado paso a la identificación de funciones nuevas a partir de las tradicionales tareas esenciales del Estado y simultáneamente ha creado nuevas organizaciones para su ejercicio con niveles altos de autonomía. A estas organizaciones se les vino a llamar “organismos

constitucionales autónomos”,³⁸⁵ afirmando su particular autonomía nacida en la Constitución o como “órganos extra poderes”,³⁸⁶ poniendo énfasis en distintas particularidades de su ubicación en la estructura estatal.³⁸⁷

En ese sentido, aparecieron los organismos constitucionalmente autónomos como aquellas instituciones creadas por el constituyente de manera permanente sin adscribirlos a ningún otro organismo del Estado y asignándoles competencias esencialmente diferenciadas de las demás por considerarse fundamentales dentro del esquema constitucional de derecho. Por su previsión constitucional e importancia tenemos que su propia existencia y las principales características no resultan disponibles para el poder constituido, sino que, a la inversa, son impuestas al poder constituido. Así, la Constitución determina la forma de integración de sus jerarcas (generalmente, con la participación colaborativa de varios poderes del Estado), sus competencias básicas, los aspectos en que radicará su autonomía y sus mecanismos de responsabilidad y vacancia de los cargos.

La creación de esta categoría de organismos dentro del Estado contemporáneo ha obedecido –afirma Sagüés–³⁸⁸ a dos razones confluyentes: una de índole técnica y otra política. Tenemos, en primer lugar, la característica del Estado contemporáneo hacia la diversificación de funciones y la multiplicación de estructuras estatales, de modo que: “Determinadas funciones, otrora aglutinadas en los tres poderes principales, actualmente se subdividen, descentralizan y sincronizan con mayores detalles y

³⁸⁵ Esta ha sido la denominación empleada por el constitucionalismo mexicano y peruano a partir de los trabajos de Héctor Fix Zamudio, *Derecho Constitucional mexicano y comparado* (México D. F.: Porrúa, 2005), 413.

³⁸⁶ Esta ha sido la denominación empleada por el constitucionalismo argentino a partir de los trabajos de Germán Bidart Campos, *El derecho constitucional del poder*, t. 1 (Buenos Aires: Ediar, 1967), 129; y aparece también en los trabajos de Néstor Sagüés, “Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de poder”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007), 301-310, y recientemente de Fabián Canda, “Los órganos extrapoderes”. En AA. VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho* (Buenos Aires: Rap, 2005), 839-857.

³⁸⁷ La expresión “órganos extrapoderes” se emplea para enfatizar su ubicación fuera del ámbito de los tres poderes tradicionales del Estado, mientras que la calificación de “organismo constitucionalmente autónomo” acentúa la atribución funcional autónoma que le depara la constitución.

³⁸⁸ Sagüés, “Problemática de los órganos extrapoder”, 304,

especificaciones. Y ello explica que se programen nuevos sujetos estatales destinados a asumir con mayor idoneidad esos papeles, fuera de los moldes de los tres poderes iniciales”.³⁸⁹

A esta justificación debemos agregar –como lo hace el constitucionalista argentino– que la creación de estos organismos constitucionalmente autónomos lleva dentro de sí la búsqueda de perfeccionar un mejor control interorgánico sobre algunas funciones estatales, en línea con el esquema de frenos y contrapesos democráticos y también sobre actividades económicas relevantes. Por ello aparecen aquí organismos a cargo del control constitucional de las normas, controles sobre la Hacienda pública y la gestión de la Administración del Estado (p. ej., Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo, etc.).

La determinación de los elementos caracterizadores de los organismos constitucionales autónomos y su posición constitucional en la estructura del Estado ha sido desarrollada por el propio Tribunal Constitucional peruano,³⁹⁰ cubriendo el vacío dejado por la Carta Política de 1993 que solo asigna tal calidad a las personas jurídicas estatales que incorpora a su desarrollo.

De este modo, el Tribunal Constitucional ha incorporado la diferencia entre organismos constitucionalmente autónomos *stricto sensu* y aquellos solo de relevancia

³⁸⁹ Ibíd.

³⁹⁰ STC Exp. N° 00029-2008-PI/TC, LIMA. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Julio Ernesto Lazo Tovar, en representación de 5639 ciudadanos, contra el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

constitucional a partir de señalar que en los primeros deben concurrir tres elementos:³⁹¹⁻³⁹²

- i) Necesidad del organismo, de modo que sea insustituible en la estructura del Estado sin que su cometido pueda ser asumido por otro organismo. No basta que aparezca mencionada en la Carta, sino que su tarea sea esencial e insustituible en la estructura del Estado.³⁹³
- ii) Inmediatez constitucional de los aspectos fundamentales de sus atribuciones y funciones esenciales (estatuto funcional creado por la Constitución). Como afirmaba García Pelayo,³⁹⁴ en un recordado trabajo sobre uno de los principales órganos constitucionales autónomos, es característico de estos organismos que vengán configurados en su esquema fundamental por el legislador

³⁹¹ La sentencia analiza este aspecto en sus fundamentos 4 a 6, del modo siguiente: “A juicio de este Colegiado para que un órgano pueda ser considerado de naturaleza constitucional deben concurrir los siguientes elementos: **(a) necesidad**, lo que implica que el órgano de que se trate sea un elemento necesario del ordenamiento jurídico, al punto que su ausencia determinaría una paralización de las actividades estatales (aunque sea parcialmente) o produciría una ilegítima transformación de la estructura del Estado. Este elemento también implica que el órgano debe ser insustituible, en el sentido de que sus tareas solo pueden ser realizadas por este y no por otros órganos constitucionales.

Un segundo elemento es la **(b) inmediatez**, lo que significa que un órgano para ser constitucional debe recibir de la Constitución de manera inmediata y directa sus atribuciones fundamentales que lo hagan reconocible como un órgano que se engarza coordinadamente en la estructura estatal, bajo el sistema de frenos y contrapesos, propio de una concepción contemporánea del principio de división del poder (artículo 43, Constitución).

Un tercer elemento es su **(c) posición de paridad e independencia** respecto de otros órganos constitucionales. Esto quiere decir que un órgano constitucional para ser tal debe tener, por mandato constitucional, autonomía e independencia, de modo tal que no sea un órgano ‘autárquico’ ni tampoco un órgano subordinado a los demás órganos constitucionales e inclusive a los poderes del Estado.

Siendo ello así, la cuestión de si la regulación por ley orgánica es un elemento para determinar si un órgano ostenta el carácter de constitucional debe ser respondida de manera negativa por una razón fundamental: no todo órgano que se regula por ley orgánica debe ser considerado constitucional, pero sí todo órgano constitucional debe ser necesariamente regulado por ley orgánica. Ello se desprende de la STC 00022-2004-AI/TC (fundamento 20)”.

³⁹² Esta caracterización sigue cercanamente la visión maximalista e ideal que elaboró hace algunas décadas Manuel García-Pelayo pensando en el Tribunal Constitucional Español. Véase, Manuel García-Pelayo, “El *status* del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, vol. 1 (1981), 11-34.

³⁹³ Por ende, no alcanza esta categoría el Banco de la Nación que es mencionado en el artículo XXX de la Constitución, pero sin instituirlo como autónomo constitucional.

³⁹⁴ García-Pelayo, “El *status* del Tribunal Constitucional”.

constituyente en aspectos como su composición, designación de integrantes, estatus institucional, competencias básicas, entre otros.

- iii) Contar con una posición de paridad, igualdad e independencia recíproca respecto de otros órganos constitucionales, esto es, no están jerarquizados respecto de otros organismos del Estado, por lo que cuentan con la máxima autoridad dentro del Estado en los temas de su competencia, es decir, no prevalecen unos a otros. No obstante, por la existencia del principio de unidad del Estado deben mantener relación de coordinación con las demás organizaciones del Estado y, además, en función del mecanismo de control interrorganos quedan sujetos a los instrumentos democráticos de control de sus actos en sede judicial y política.³⁹⁵

En el caso de Costa Rica, la Contraloría General de la República es una institución autónoma y a la vez auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda pública, pero con independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores consagrada por la Constitución Política del Estado. En cuanto al modelo nicaragüense, el sistema de recursos es conocido por la Contraloría General de la República que, conforme a la Constitución de Nicaragua de actualizada al 2014, es el organismo rector del sistema de control de la Administración Pública y fiscalización de los bienes y recursos del Estado, cuya dirección está a cargo del Consejo Superior de la Contraloría General de la República integrado por cinco miembros electos por la Asamblea Nacional para un periodo de cinco años, dentro del cual gozarán de inmunidad. Es un organismo independiente, sometido solamente al cumplimiento de la Constitución y las leyes, y goza de autonomía funcional y administrativa.

³⁹⁵ Como bien se afirma, debe destacarse que, no obstante su grado de autonomía y su paridad de rango con los otros órganos del poder, “las decisiones que sean tomadas por los órganos constitucionales autónomos no sean revisables o controlables, por ejemplo, por el Poder Judicial. Es decir, la autonomía o independencia que se les puede asegurar a dichos órganos no implica que puedan sustraerse del cumplimiento de los principios de legalidad a que se encuentran sujetas todas las autoridades del Estado”. David Cienfuegos Salgado, *Los órganos autónomos en el constitucionalismo guerrerense. Revisión y propuesta*, n. 481. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1784/28.pdf>

Estos dos casos simbolizan una búsqueda de independencia especial que siendo inusual cumple con los estándares del Derecho internacional de la contratación pública. Así, en ambos casos, el recurso resulta siendo conocido no solo por un organismo fuera de la entidad convocante, sino también ajena a los organismos de la administración activa, dado que es una autoridad independiente funcional y orgánicamente de la administración.

El punto por analizar será sobre la especialidad de dicho organismo, pues si bien no es un organismo especializado en materia de contratos administrativos, sí lo es en materia de control de los actos de las entidades de la administración activa.

13.1.3. Los organismos de control dependientes del Poder Ejecutivo

Finalmente, también existen en la región esquemas seguidos por dos países que si bien privilegian la separación de las entidades convocantes no observan la autonomía orgánica suficiente a que aspira el Derecho internacional de las contrataciones públicas. Nos referimos a Paraguay, que asigna la competencia a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (que es una unidad dependiente del Poder Ejecutivo, aunque con autonomía funcional) y a México, cuya competencia se encuentra a cargo de la Secretaría de la Función Pública (dependencia del Poder Ejecutivo Federal, cuyo titular es designado por el Presidente de la República y conduce sus actividades en forma programada y con base en las políticas que establezca el Presidente de la República).

El ordenamiento de México ha asignado la competencia ante una instancia administrativa distinta a las entidades convocantes: la Secretaría de la Función Pública que es un organismo del Poder Ejecutivo Federal cuyo titular es designado por el Presidente de la República con ratificación del Senado de la República, y conduce sus actividades en forma programada y con base en las políticas que establezca el Presidente de la República. Es, esencialmente, una autoridad a cargo de organizar y coordinar el sistema de control interno y la evaluación de la gestión gubernamental; inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos

de egresos; así como concertar con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y validar los indicadores para la evaluación de la gestión gubernamental en los términos de las disposiciones aplicables. Por ello, la revisión de recursos contra los actos de conformación de los contratos resulta afín con su rol de organizador del control interno de la Administración.

El caso extremo es el Paraguay, en que la función de solución de los recursos especiales en materia de contrataciones ha sido asignada únicamente a un órgano dentro del Ministerio de Hacienda, que es la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), cuya denominación fue cambiada por la Ley 3.439/07 a la de Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, considerada como unidad dependiente del Poder Ejecutivo e institución de regulación y verificación de las contrataciones que caen en el ámbito de la aplicación de la Ley. No obstante ser unidad dependiente y no un organismo propiamente dicho, la norma indica que es una institución autónoma y autárquica, con personería jurídica de derecho público y relacionado con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda.

13.1.4. La presencia del modelo jurisdiccional en la región

A la fecha, un grupo importante de países tiene un modelo jurisdiccional de control de los actos precontractuales, asentado en la vía contencioso-administrativa. Salvo la excepción del caso chileno, sobre el cual regresaremos luego, los demás países (Argentina, Brasil, Colombia, Uruguay) no cuentan con un diseño especial para el proceso contencioso contra los actos precontractuales, sino que lo insertan dentro del tratamiento general de las actuaciones estatales que pueden ser objeto de dicho proceso.

El caso singular, creado específicamente en materia de contratación pública, es el Tribunal de Contrataciones de Chile que, como ya expusimos, configura un ejercicio de la función jurisdiccional y no administrativa como los otros tribunales de contrataciones de la región. Conforme analizamos antes, este organismo está sujeto a la

superintendencia directa de la Corte Suprema, que implica su participación en la designación de sus miembros, en la capacidad para normar su actuación y aplicación de su régimen legal a sus miembros. El citado Tribunal está integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas ternas propuestas por la Corte Suprema,³⁹⁶ conformadas por la Corte de Apelaciones de Santiago a través de concurso público entre abogados que sean chilenos, destacados en la actividad profesional o universitaria, con acreditada experiencia en la materia y que tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al escalafón primario del Poder Judicial.³⁹⁷ Cuentan con algunos aspectos adicionales que refuerzan su autonomía como el periodo de mandato de los integrantes del Tribunal, que es de cinco años, pudiendo ser nuevamente designados de la misma forma antes establecida.

Este Tribunal conforma la categoría que la doctrina chilena denomina, dentro de su carencia de una justicia administrativa como se conoce en el Derecho comparado, “tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial”³⁹⁸ creados por el legislador, sometidos directamente a la superintendencia de la Corte Suprema, que es el máximo tribunal de la República y cuyos titulares son nombrados por el Presidente de la República, pero a instancia de la Corte Suprema. Esta autoridad posee un desinterés objetivo –alteridad o independencia– respecto de los asuntos sometidos a su revisión vía reclamación, puesto que no forma parte de la Administración Pública y, además, sus decisiones poseen la virtualidad para alcanzar carácter de cosa juzgada en caso no sean impugnadas por las partes.

³⁹⁶ Ley 19886, artículo 22.

³⁹⁷ Lo exiguo del número de magistrados a cargo de resolver todas las controversias precontractuales del país ha sido objeto de cuestionamiento en aras de mejorar su eficacia y de celeridad de resoluciones. Véase Lara Arroyo *et al*, “Aspectos críticos de la solución de controversias”, 415.

³⁹⁸ Juan Ferrada Bórquez, “Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el Derecho chileno”. En Jaime Arancibia Mattar y otros, coords. *Litigación pública* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011), 119-150.

13.2. ¿Uno o varios recursos contra los actos formativos del contrato reputados ilegales?

Un segundo aspecto que se advierte en la región es que el control de los actos formativos del contrato administrativo no necesariamente se realiza por medio de un solo tipo de recurso administrativo especial, sino, mayoritariamente, mediante un conjunto de ellos, conformados por más de uno con distinto alcance. Como veremos, este desdoblamiento de recursos se realiza en función de la diferencia entre los tipos de actos precontractuales que se pretende cuestionar y ocasiona, en algunos casos, competencias distintas en las autoridades para resolverlos. En este caso, los sistemas diferencian entre actuaciones preparatorias según su momento de producción: el control a las reglas de proceso y a los actos de aplicación de esas mismas reglas: admisión, exclusión, asignación de puntaje, adjudicación y perfeccionamiento contractual.

Por un lado, tenemos los países que poseen un recurso único especial y no jerárquico para cuestionar cualquier acto precontractual. En esta línea tenemos a Chile con su acción de impugnación ante el Tribunal de Contrataciones, a Paraguay con su protesta ante la Dirección Nacional de Contrataciones y a México con la inconformidad ante la Secretaría de la Función Pública.

Pero, por otro lado, se encuentra un grupo mayoritario de países que muestran más bien un sistema dual de recursos o medios de impugnación de actos contractuales. Es el caso de Perú, que cuenta con las denominadas “observaciones” para cuestionar las reglas del proceso establecidas por cada entidad y, posteriormente, el recurso de apelación dirigido contra los actos decisivos del procedimiento de selección, aunque su interposición esté diferida en el tiempo para plantearse luego de la adjudicación, como momento único. También se encuentra en esta misma situación Costa Rica, que tiene el recurso de objeción, para dirigirse contra el cartel o pliego de bases del proceso y, por otro lado, el recurso de apelación específicamente contra la adjudicación (ambos son conocidos por la Contraloría General de la República). En el mismo sentido, tenemos a

Panamá, que cuenta con la denominada acción de reclamo para cuestionar los actos previos de la adjudicación ante la Dirección General de Contratación y, por otro lado, el recurso de impugnación (para plantearlo contra la adjudicación del contrato y es conocido por el Tribunal de Contrataciones).

Finalmente, el cuarto país en este mismo esquema es Nicaragua, que instituye el recurso de aclaración contra la evaluación de las propuestas realizadas por el Comité de cada entidad y se cuestiona ante el mismo, y, por otro lado, el recurso de impugnación que se dirige contra la adjudicación del contrato y es conocido por la Procuraduría y luego por la Contraloría General de la República.

Este esquema dual de medios de impugnaciones parece sustentarse en la diferente naturaleza de los actos a cuestionarse y, simultáneamente, atendería a una distinta exigencia de legitimación con la que se permite promover su revisión. Así, a los actos de formación del contrato hasta la fijación de las reglas definitivas del proceso de selección se les provee de un mecanismo de control—que en la mayoría de las veces curiosamente no es denominado recurso, sino la acción de reclamo, aclaración y observación—cuya promoción amerita una legitimidad más amplia (simples interesados hasta ese momento del proceso), por cuanto propiamente no son actos de administración singulares, sino actos de alcance general.

Por el contrario, la impugnación de los actos administrativos singulares de definición del ganador del proceso de selección, asignación de puntaje o de descalificación se concentran en un solo instrumento o recurso administrativo que exige una legitimidad más restringida acotada a los afectados por la medida.

No obstante, la diferente naturaleza de las reglas del proceso comparadas con el acto de adjudicación, de descalificación de una propuesta o la anulación del proceso, no justifica técnicamente—como lo demuestran los otros modelos y el caso español—que puedan ser cuestionadas por instrumentos distintos. Ello más plantea el riesgo de

permitir distintos criterios de control administrativos entre ambas autoridades y, con ello, un debilitamiento de la eficacia del sistema de recursos.

Es de anotar que en los países en los que se ha presentado esta diferencia (salvo Costa Rica) la competencia para conocer del medio de impugnación contra las bases del proceso o la evaluación del postor es una autoridad de menor o de escasa autonomía con relación a la que conoce del recurso de apelación contra la adjudicación. Así comprobamos que la competencia para conocer los cuestionamientos a las reglas del proceso es la misma entidad convocante (caso de Nicaragua), una unidad dependiente del organismo a cargo de la supervisión de las compras dependiente del propio Poder Ejecutivo (Perú) y la Dirección General de Contratación (Panamá). Con ello se aprecia que en estos casos existe una debilidad no compatible con la recomendada independencia para controlar estos actos precontractuales cuya ineficacia se ve acrecentada si nos percatamos que la experiencia indica que los direccionamientos de los procesos de selección provienen de bases ilegales, sesgadas, subjetivas, exigencias incumplibles por otros postores, entre otras.

13.3. ¿Los umbrales económicos para diferenciar competencias y recursos en materia de contratación?

Otra realidad evidenciada en la región es la existencia de una mayoría de países que cuentan con el recurso especial de contratación de alcance universal, esto es, comprenden en su ámbito de control a todos los procesos de selección de contratos administrativos sin discriminarlos por su monto económico. Es el caso de Chile³⁹⁹ (omnicomprensivo, pero por vía jurisprudencial se ha autolimitado a las contrataciones que requieren procesos de selección), Panamá, Paraguay y México.

Sin embargo, contamos también en la región con un grupo de países en los cuales el recurso administrativo en materia de contratación se haya reservado únicamente para

³⁹⁹ Aunque, como vimos en su momento, en vía jurisprudencial ha autolimitado su alcance a las contrataciones que se realizan mediante “procesos de selección”, específicamente.

los procesos de selección estimados de mayor monto, limitando su alcance. Es el caso de Costa Rica, en el cual los actos indebidos en la formación de contratos ocurridos en procedimientos distintos a la licitación pública son únicamente objeto de la objeción de cartel y de recurso de revocatoria, cuya competencia es de la propia entidad convocante. Igualmente, en el caso de Perú, las observaciones a las bases de los procesos de selección distintos a los de licitación y concurso, así como los recursos de apelación planteados en procesos de selección que no superen 600 UIT son únicamente conocidos por la propia entidad convocante.

En estos casos, un grupo importante (por su recurrencia en los procesos de compras por las entidades) de procesos de selección quedan únicamente bajo el control de las propias entidades, lo cual no es compatible con las recomendaciones provenientes del Derecho internacional de las contrataciones. En favor de este diferente trato se emplean argumentos como la celeridad de las contrataciones, así como la sobrecarga que generaría un recurso universal en la autoridad independiente y especializada. No obstante, la aplicación de los umbrales cuantitativos para delimitar el alcance del recurso de apelación implica dejar fuera de cobertura de un control especializado y separado de la propia entidad las contrataciones más recurrentes llevadas a cabo por las entidades de la Administración Pública. Así, por ejemplo, vale preguntarnos: ¿de todas las contrataciones que realiza una entidad, la mayoría son realizadas por encima o por debajo de los umbrales establecidos? Indudablemente, serán por debajo de los umbrales. Por ello, la mayoría de las contrataciones conducidas por las entidades quedan sujetas al propio autocontrol jerárquico de la organización.

CAPÍTULO III

LAS CARACTERÍSTICAS JURIDICAS ESENCIALES DEL RECURSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

El presente capítulo está dedicado a analizar aquellos elementos que hemos identificado como las características comunes del recurso administrativo en materia de contrataciones. Partiremos en cada caso de las pautas que brinda el Derecho internacional de las contrataciones a nivel de *soft law* y de los tratados internacionales pertinentes, para luego verificar cómo es que ellos se han presentado y, acaso, si se irrespetan en los ordenamientos jurídicos que hemos seleccionado en Hispanoamérica.

Para ello, hemos constatado como las características jurídicas comunes y esenciales del recurso, las siguientes:

- El efecto útil como expresión del principio de eficacia en el sistema de recursos y sus principales manifestaciones.
- La tendencia expansiva del ámbito objetivo del recurso en materia de contratación.
- El acceso al expediente de contratación y el tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación.
- El debido procedimiento de los partícipes en la licitación.
- La garantía de indemnidad para el impugnante.
- La gratuidad o mínima onerosidad del procedimiento del recurso.
- La transparencia del procedimiento como principio y el respeto a la confidencialidad como excepción del procedimiento del recurso.

1. El efecto útil como expresión del principio de eficacia del sistema de recursos

1.1. La eficacia del diseño de los recursos según el Derecho internacional de las contrataciones

Como es propio de toda institución del Derecho Administrativo, el Derecho internacional de las contrataciones públicas exige al sistema de recursos que los Estados desarrollan que deba reunir las características de ser “eficaz” y a la vez “oportuno”. Concurren en esa exigencia de manera inequívoca la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción,⁴⁰⁰ el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio,⁴⁰¹ las Directivas europeas según las modificatorias producidas por la Directiva 2007/66/CE,⁴⁰²⁻⁴⁰³ así como los acuerdos de libre comercio como, por ejemplo, el suscrito entre Perú y Europa.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ “Artículo 9. Contratación pública y gestión de la hacienda pública

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

[...]

d) 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 conforme al presente párrafo”.

⁴⁰¹ “Artículo XVIII. Procedimientos internos de revisión

1. Cada Parte establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, **eficaz**, transparente y no discriminatorio, mediante el cual el proveedor pueda presentar una impugnación”.

⁴⁰² “Artículo 1

[...] los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser **recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible** [...]”.

Derivado de este criterio, el Tribunal Europeo ha empleado el concepto del “efecto útil de las directivas de recursos” aplicando el criterio de interpretación común de los tratados internacionales del Principio del efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*), por el que los tratados han de interpretarse atendiendo a su objeto y sus fines declarados o manifiestos y cada disposición ha de interpretarse de modo que se les dé toda la fuerza y todo el efecto compatibles con el sentido normal de las palabras y con otras partes del texto, y de suerte que a cada parte del texto se le pueda atribuir una razón de ser y un sentido.

⁴⁰³ La eficacia y la rapidez poseen tal relevancia en las directivas comunitarias que se las califica como los únicos principios expresos a los que deben sujetarse el procedimiento del recurso. Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 140.

⁴⁰⁴ “Artículo 190.- Procedimientos internos de revisión

Ello denota la preocupación porque el diseño del recurso sea eficaz, entendido como la “idoneidad genérica del modelo normativo de procedimiento que se establezca para conseguir, en circunstancias normales, que el recurrente pueda impugnar las decisiones que le lesionen y obtener un fruto real de su resolución, si fuera estimatoria”.⁴⁰⁵

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afianzado estos valores afirmando que la finalidad del sistema de recursos “consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurribles de manera eficaz y lo más prontamente posible (Sentencia del 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau, entre otros)”. Más en concreto, las disposiciones de las citadas Directivas sobre recursos tienden a reforzar los mecanismos existentes para asegurar la aplicación efectiva de las reglas comunitarias sobre contratos públicos, “en particular en un momento en que las violaciones aún pueden ser corregidas (Sentencia de 24 de junio de 2006, Comisión/Austria, C-212/02). Eso significa que los Estados miembros están obligados a establecer en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización de daños y perjuicios cuando el contrato ya ha sido celebrado, un procedimiento de recurso que permita obtener la anulación de la decisión anterior a la celebración del contrato (Sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria, C-81/98 y Sentencia de 3 de abril de 2008, Comisión/España)”.⁴⁰⁶

1. Cada Parte mantendrá o establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, mediante el cual el proveedor que tenga o haya tenido un interés en una contratación pública cubierta pueda impugnar”.

⁴⁰⁵ Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 74.

⁴⁰⁶ Miguel Sánchez Morón, dir. *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros* (Valladolid: Lex Nova, Universidad de Alcalá, 2011), 95.

Al respecto, la doctrina –con algunas diferencias–⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸ se ha preocupado por desarrollar cuáles son los elementos del diseño de recursos que afianzan el logro de la eficacia en el sistema de recursos, influyendo, de esta manera, en las reglas que cada Estado puede elegir para caracterizar su régimen propio.

Desde la perspectiva de la OCDE, también se considera relevante evaluar que los mecanismos de apelaciones de adquisiciones sean eficaces y eficientes en la contribución al marco de cumplimiento del país y a la integridad del sistema de adquisiciones públicas.⁴⁰⁹ En este documento, para apreciar la eficacia de un sistema,

⁴⁰⁷ Afirma Valcárcel que las condiciones del sistema para ser eficaz se traducen en que “a) el recurso lo conozca un órgano independiente, b) se resuelva en un plazo breve de tiempo, y, c) el procedimiento previsto para resolverlo impida que el contrato en relación con el que se plantea se perfeccione antes de que se resuelva el recurso, pudiendo adoptarse para ello medidas cautelares. Desde la perspectiva de quienes interponen los recursos, cabría añadir, además, que un sistema de recursos se considerara atractivo cuando: a) se sustancia con resoluciones de calidad, b) dictadas en poco tiempo y c) con un coste bajo”. Patricia Valcárcel Fernández, “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración. Ponencia al XI Congreso AEPDA”. En Fernando López Ramón, 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: INAP, 2016), 305.

⁴⁰⁸ Santamaría Pastor, coincidiendo parcialmente con Valcárcel, señala como las principales derivaciones de este criterio para el diseño de los recursos, los siguientes:

- Que deben ser interpuesto ante un órgano independiente del de contrataciones, con el objeto de que la resolución sea imparcial.
- Que para su interposición debe establecerse un plazo suficiente desde la fecha de notificación o conocimiento de la actuación que pretenda impugnarse.
- Que para que la interposición pueda hacerse de manera fundamentada es exigible que la notificación del acto contenga las razones y elementos imprescindibles para poder ser impugnada.
- Que debe preverse un plazo suficiente entre la adjudicación y la formalización del contrato, con el objeto de que el recurso pueda interponerse y, en su caso, resolverse.
- Que cuando lo que se recurra sea la adjudicación, el recurso tenga efecto suspensivo de la formalización del contrato hasta que aquel se resuelva o hasta que la suspensión sea levantada por el órgano al que corresponda resolverlo.
- Que debe preverse la imposición de sanciones en los casos en que se infrinja el deber de respetar el plazo que ha de mediar entre la adjudicación y la formalización, así como la suspensión de la adjudicación.
- Que pueda solicitarse medidas cautelares, en cualquier hipótesis, para asegurar la utilidad de la resolución del recurso, que también podría consistir en la suspensión del procedimiento cuando lo que se recurra sea algún acto previo al de la adjudicación.
- Que el régimen de trámites en que consista la tramitación y resolución del recurso sea lo más breve posible.

Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 74.

⁴⁰⁹ Indicador 13 de la Metodología para la evaluación de los sistemas de compras públicas (MAPS), versión de 2016.

en su conjunto, se valoran tres (3) de sus elementos, que son denominados subindicadores:

- El proceso de impugnaciones y apelaciones en sí mismo.
- La independencia y capacidad del órgano de apelaciones.
- Las decisiones del ente de apelaciones, conforme a las siguientes cuestiones.

En cuanto al proceso de impugnación mismo, es necesario valorar: a) si las decisiones se toman sobre la base de pruebas disponibles presentadas por las partes; b) si la primera revisión la lleva a cabo la entidad especificada por la ley; c) si el ente de apelaciones (o autoridad) tiene la autoridad suficiente para hacer cumplir sus decisiones; y, d) si los plazos establecidos para la presentación y revisión de impugnaciones/apelaciones y la emisión de decisiones no retrasan de manera indebida el proceso de adquisiciones.

En cuanto a la capacidad con la que cuenta el órgano de apelaciones, es menester apreciar si: a) no está involucrado de ninguna forma en las transacciones de adquisiciones ni en el proceso que lleva a las decisiones de adjudicación de contratos; b) no cobra tarifas que impidan el acceso de las partes afectadas; c) sigue procedimientos claramente definidos y disponibles públicamente para la presentación y resolución de reclamos; (d) si ejerce su autoridad legal para suspender los procedimientos de adquisiciones e imponer rectificaciones; e) si expide decisiones dentro del plazo especificado en la ley o los reglamentos; f) si expide decisiones que son vinculantes para todas las partes; y, g) si cuenta con los recursos y el personal adecuado para cumplir sus funciones.

Finalmente, en relación con las decisiones del órgano de apelaciones, la eficacia de la regulación se puede valorar en función a los criterios siguientes: a) si las decisiones se basan en información relevante al caso; b) si las resoluciones son equilibradas y no sesgadas, teniendo en cuenta la información relevante; c) si las decisiones pueden estar sujetas a revisión de una instancia superior (revisión judicial); d) si resultan en reparaciones, si así se lo requiere, que son relevantes para corregir la implementación

del proceso o de los procedimientos; y, e) si se publican en el portal en línea centralizado del Gobierno dentro de un periodo especificado y de acuerdo con lo que determine la ley.

1.2. El efecto suspensivo del recurso sobre el acto de contratación recurrido

1.2.1. El problema del efecto suspensivo o no del recurso en materia de contratación

Un primer aspecto trascendente para cautelar la eficacia del recurso en materia de contratación es que la decisión a emitirse pueda tener una aplicación oportuna y directa sobre el acto impugnado emitido durante la formación contractual, tanto confirmando su corrección como rechazándola, si tuviera vicio de ilegalidad. La institución del recurso administrativo perdería bastante de utilidad y legitimidad si no pudiera impedir la consumación de un contrato irregularmente conformado.

A este punto se le ha llamado comúnmente el efecto suspensivo del recurso interpuesto y, por su vinculación, ha atraído hacia sí la tesis tradicional de los países hispánicos sobre la inviabilidad de dicho efecto debido al predominio de la ejecutoriedad de la actuación administrativa, de la presunción de legalidad de las decisiones de la autoridad y, en última instancia, de la autotutela de la Administración.⁴¹⁰

En específico sobre el recurso en materia de contratación confluyen varios intereses en juego: del postor impugnante, del postor adjudicatario, y de la entidad licitante, siendo que ninguno refleja suficientemente el interés público el juego. El impugnante tendrá el interés que la decisión se controle, se revierta y se le restituya el interés o derecho que considera afectado. El postor adjudicatario tendrá el interés en formalizar el contrato adjudicado a la brevedad para cumplir las prestaciones a las que se ha comprometido y para lo cual seguramente habrá realizado compromisos que deberá honrar (p. ej., financiamientos, proveedores, trabajadores). La entidad convocante tendrá el interés

⁴¹⁰ Una revisión crítica a esta tesis la podemos encontrar en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)* (Madrid: Montecorvo, 1986).

de provisionarse de la manera más rápida posible de los bienes, servicios u obras para cuyo procedimiento de selección ha invertido tiempo y recursos, sin contar –en el caso de proyectos de infraestructura– del interés político de poder inaugurar la “primera piedra de una obra” o publicitar la suscripción del contrato. Pero ¿cuál de ellos representa el verdadero interés general? En nuestra opinión, consideramos que el interés público está reflejado por la necesidad de comprobar oportunamente que se ha adoptado conforme a derecho una adjudicación, un pliego de bases, una exclusión de candidato o cualquiera otra decisión relevante para conformar un contrato de manera correcta, económica y conveniente a los intereses de la entidad. A este interés no se puede oponer la precipitación de la entidad de formalizar lo que ella ha decidido según su saber y entender, ni el interés del adjudicatario de concretar el contrato en los términos que se ha adjudicado sin que la corrección este comprobada suficientemente, así como el interés político de publicitar una “primera piedra” de un proyecto.

Por ello, en materia de recursos, aporta en mucho a su eficacia que la impugnación pueda ser atendida en un momento que permita corregir las deficiencias incurridas o confirmar la corrección de lo actuado.

Con ese presupuesto descartamos por incompatible con la aspirada eficacia del recurso, que el ordenamiento prevea que pese a su interposición la entidad proseguirá la fase de perfeccionamiento contractual, suscriba el contrato y proceda a la ejecución. Bajo este planteamiento, la adjudicación seguiría manteniendo todos sus efectos en tanto no sea decidido de manera definitiva el recurso interpuesto. Estaremos ante un paralelismo entre el contrato en ejecución, aunque acusado de ilegal, y el procedimiento del recurso que se seguirá tramitando en sede administrativa.

Esta posición seguramente se sustentará en la necesidad de no afectar la inmediatez con que la entidad desea obtener la prestación contratada y, con ello, cuando así corresponda, no dilatar la inmediata satisfacción de las necesidades colectivas comprometidas en el proceso de selección. Pensemos, por ejemplo, cuando el contrato

se refiera al suministro de medicinas o alimentos para programas de apoyo social que no cuenten con *stock* en almacén para proseguir con su actividad.

Sin embargo, esta opción tiene dos aspectos vulnerables que esterilizan la eficacia del recurso como control de la legalidad de la adjudicación. Por un lado, hacen inoportuna, extemporánea o póstuma cualquier decisión de control, dado que se tratará de un contrato en ejecución (si fuera de ejecución continuada) o de uno ya liquidado plenamente (si fuera de ejecución inmediata). Y aun en el caso de resultar oportuna, conducirá a innumerables problemas prácticos de aplicación por sus efectos sobre la prestación en ejecución, como el perjuicio al contratante en funciones, la indefinición de las contraprestaciones pendientes y hasta la superposición de proveedores.

Por ello, cuando se acoge este efecto, el resultado común de los procesos de impugnación es la obtención de una indemnización añadida a la anulación (que muchas veces ya será declarativa) o simplemente sustitutiva de la anulación, al no ser ya posible adjudicar el contrato al postor afectado.

Además, y en nuestra opinión es lo más importante, la continuación de la ejecución del contrato no obstante su cuestionamiento fundado, propicia en el sistema la tolerancia de cualquier modalidad de adjudicación ilegal porque las entidades convocantes y los postores saben de antemano que la obtención de una adjudicación ilegal será difícilmente revertida aunque se presente un reclamo contra ella, desalentando cualquier cuestionamiento y funcionara como un incentivo a las incorrecciones en la expectativa que podrán ser consumadas, con lo cual se desalienta también el interés de los postores honestos de poder cuestionar comprobados casos de adjudicaciones irregulares (salvo que persigan únicamente posibles resarcimientos económicos).

Por tanto, para ser compatible con la búsqueda de eficacia, el recurso debe poseer un efecto suspensivo automático sobre el acto recurrido (por su sola interposición) o debe dotarse a la autoridad del recurso de la competencia clara para dictar medidas cautelares en sede administrativa para la suspensión del perfeccionamiento del

contrato adjudicado. Sin embargo, puede invitar a la proliferación de recursos temerarios o imprudentes con el mero objetivo de afectar a la autoridad o al adjudicatario, como, por ejemplo, el que pudiera plantear el actual proveedor de la entidad que no ha sido beneficiario de la licitación convocada, con el objetivo de impedir el ingreso del nuevo proveedor y así para mantenerse en su condición por un periodo mayor a lo debido.

Cada una de las opciones presenta factores adversos y favorables, pero en ambos casos, el problema a tratar será cómo determinar, cuantificar y evitar los perjuicios económicos inferidos a la entidad por el lapso que medie hasta la resolución del recurso cuando se concluya confirmando la corrección de la decisión impugnada.

1.2.2. El efecto suspensivo de los recursos en el Derecho internacional de la contratación pública

Este es un tema en el cual los instrumentos del Derecho internacional de la contratación muestran divergencias importantes. Por un parte, la Ley Modelo de Contratación Pública - Uncitral plantea que el efecto del recurso sea como regla la de suspensión automática del proceso de selección, salvo que mediando solicitud de la entidad adjudicadora se le

permita concluir el contrato en curso por razones de interés público urgente y el organismo del recurso se lo autorice mediante decisión motivada.⁴¹¹⁻⁴¹²

⁴¹¹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2014)

“Artículo 65. Efectos de un recurso

1. La entidad adjudicadora no adoptará ninguna medida que dé vigencia a un contrato en vías de adjudicación o a un acuerdo marco en vías de negociación si:

- a) Se le presenta una solicitud de reconsideración dentro del plazo indicado en el párrafo 2 del artículo 66; o si
- b) El [nombre del órgano independiente] le notifica una solicitud de revisión conforme al párrafo 5 b) del artículo 67 de la presente Ley; o si
- c) El [nombre del foro o de los foros judiciales competentes] le notifica una solicitud o apelación.

2. La prohibición enunciada en el párrafo 1 caducará a los ... días laborables [el Estado promulgante fijará el plazo] siguientes a la fecha en que la decisión de la entidad adjudicadora, del [nombre del órgano independiente], o del [nombre del foro o de los foros judiciales competentes] haya sido comunicada al autor de la solicitud o apelación y a cualquier otra parte litigante, así como, en su caso, a la entidad adjudicadora.

3. a) La entidad adjudicadora podrá solicitar, en cualquier momento, al [nombre del órgano independiente], o al [nombre del foro o de los foros judiciales competentes], que le sea permitido concluir el contrato en curso de adjudicación o el acuerdo marco, para lo que deberá alegar alguna razón de interés público urgente que lo justifique.

b) El [nombre del órgano independiente], a raíz de su examen de esa solicitud [o actuando de oficio], podrá autorizar a la entidad adjudicadora a concluir el contrato que sea objeto de adjudicación o el acuerdo marco, si estima que razones de interés público urgentes lo justifican. Esa decisión del [nombre del órgano independiente], y las razones que la motiven pasarán a formar parte del expediente del proceso de contratación, y deberán ser comunicadas sin tardanza a la entidad adjudicadora, al autor del recurso, a las demás partes litigantes y a todos los demás participantes en el proceso de contratación”.

⁴¹² Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994) contemplaba un efecto suspensivo provisional al recurso sujeto a ratificación por el órgano del recurso posteriormente. Así afirmaba:

“Artículo 56. Suspensión del proceso de contratación

1) La presentación oportuna de un recurso de conformidad con el artículo 53 [o 54] dejará en suspenso el proceso de contratación por un periodo de siete días, a condición de que el recurso no sea temerario y de que incluya una declaración que, de ser corroborada, haga evidente que el proveedor o contratista sufrirá un daño irreparable de no decretarse la suspensión, que el recurso tiene probabilidades de prosperar y que la suspensión del proceso no causará un daño o perjuicio desproporcionado a la entidad adjudicadora ni a los demás proveedores o contratistas.

2) Una vez que el contrato adjudicado entre en vigor, la presentación oportuna de un recurso de conformidad con el artículo 54 dejará en suspenso la ejecución del contrato adjudicado por un período de siete días, siempre que el recurso cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1) del presente artículo.

3) El jefe de la entidad adjudicadora (o de la autoridad que dio su aprobación) [o el [nombre del órgano administrativo]] podrá prorrogar el período de suspensión previsto en el párrafo 1) del presente artículo [y el [nombre del órgano administrativo] podrá prorrogar el período de suspensión previsto en el párrafo 2) del presente artículo,] a fin de salvaguardar los derechos del proveedor o contratista que presente el recurso o entable la acción en tanto se dirime el recurso, a condición de que la suspensión no dure en total más de 30 días.

4) La suspensión prevista en el presente artículo no será aplicable cuando la entidad adjudicadora certifique que el proceso de contratación debe seguir adelante por consideraciones urgentes de interés público. La certificación, en la cual se harán constar las razones por las cuales se afirme la existencia de esas consideraciones urgentes y que será consignada en el expediente del proceso de contratación, será definitiva en todas las instancias de la vía administrativa y solo podrá impugnarse por la vía contencioso-administrativa.

La Guía sobre esta Ley Modelo indica que su opción planteada en términos amplios tiene por “objeto 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”. Con ello se propone impedir que la entidad convocante no solo evite la suscripción del contrato, sino cualquier otra medida dirigida. Sin embargo, no se trata de una prohibición absoluta, dado que admite 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. Por lo tanto, el órgano independiente podrá ordenar a la entidad adjudicadora que proceda a adoptar medidas que desemboquen en la entrada en vigor de uno u otro”.

Por otro lado, el Acuerdo OMC (artículo XVIII) propone únicamente dotar a la entidad del recurso de la capacidad de dictar como medida cautelar la suspensión del recurso previa consideración del contexto del caso. En efecto, el acuerdo aludido indica que “Cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos que prevean: medidas provisionales rápidas para preservar la posibilidad del proveedor de participar en la contratación. Esas medidas provisionales podrán tener por efecto la suspensión del proceso de contratación. Los procedimientos podrán prever la posibilidad de que se tengan en cuenta las consecuencias desfavorables predominantes para los intereses afectados, incluido el interés público, al decidir si deberán aplicarse esas medidas. Se consignará por escrito la justa causa para no adoptar esas medidas”.

La evolución de la regulación comunitaria en esta materia también denota el tránsito paulatino desde la resistencia a dotar de efecto suspensivo automático al recurso hasta posteriormente concluir en la necesidad de dotar de eficacia al recurso implementando

5) Se consignarán en el expediente del proceso de contratación las decisiones que adopte la entidad adjudicadora con arreglo al presente artículo, así como sus fundamentos y circunstancias. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Ley Modelo de la CNUDMI Sobre La Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios con la Guía para su Incorporación Eventual al Derecho Interno*. (s/l, 1994). <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/ml-procurement-s.pdf>

el efecto suspensivo automático. En efecto, las directivas iniciales apostaban firmemente por el efecto suspensivo del recurso únicamente derivado de las cautelares que los órganos podían emitir discrecionalmente al conocer del recurso. Tan es así que las mismas indicaban concluyentemente –con redacción idéntica– que: “Por sí mismos, los procedimientos de recurso no deberán tener necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los que se refieran”.⁴¹³ Empero se constató que “la falta de suspensión de los efectos de la adjudicación llevaba en muchos casos a la imposibilidad de restituir las posiciones jurídicas”.⁴¹⁴

En estas normas se optó únicamente por la posibilidad que cada Estado pueda dar al órgano del recurso la competencia para suspender el acto reclamado únicamente por medida provisional valorando discrecionalmente “las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas”.⁴¹⁵

Con posterioridad a ello, el legislador comunitario advirtió que una condición para que el recurso sea eficaz debe llevar aparejada la suspensión automática, por lo que en la reforma posterior se apostó por la suspensión automática, cuando se trate de impugnar la decisión de adjudicación, y la medida provisional discrecional que el órgano del recurso puede adoptar cuando se impugne otros actos del proceso de formación del contrato. Así, ahora se establecían dos reglas para ello,⁴¹⁶ según se trate de un recurso ante el propio órgano convocante o cuando se trate de uno distinto. En el primer caso se estableció: “Los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso, en primer lugar, ante el poder adjudicador. En tal caso, los Estados

⁴¹³ Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989, artículo 2 numeral 3 y Directiva 92/13/CEE del Consejo Directivo de 25 de febrero de 1992, artículo 2 numeral 3.

⁴¹⁴ Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 137.

⁴¹⁵ Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989, artículo 2 numeral 4 y Directiva 92/13/CEE del Consejo Directivo de 25 de febrero de 1992, artículo 2 numeral 4.

⁴¹⁶ Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007, por las que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

miembros velarán porque la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato” (artículo 1, numeral 5), que “Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, 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. La suspensión no finalizará antes de que expire el plazo suspensivo a que se refieren el artículo 2 bis, apartado 2, y el artículo 2 *quinquies* apartados 4 y 5” (artículo 2 numeral 3).

1.2.3. El efecto suspensivo del recurso en los ordenamientos de España y de América

Los ordenamientos de contratación de la región se han desarrollado en tres caminos distintos para reconocer efectos suspensivos a los recursos en materia de contratación.

Por un lado, se encuentran aquellos países que han dotado al recurso desde la propia norma legal de **efecto de suspensión automático** sobre el acto reclamado por su sola interposición y durante todo el procedimiento recursivo. Aquí la suspensión de la adjudicación se produce de manera directa por mandato legal desde el momento mismo de la presentación del recurso (no es necesario pedirlo ni tampoco sería adecuado condicionarlo a un juicio de admisibilidad previo), la suspensión alcanza la actuación objeto de cuestionamiento y todos los actos subsecuentes, incluyendo la adjudicación o suscripción del contrato, de modo que si se llegara a perfeccionar de manera

precipitada, el contrato estaría atacado en su validez, siendo nulo. Es el caso de Perú⁴¹⁷ y, con matices, Brasil⁴¹⁸ (aunque se trata de un recurso administrativo jerárquico).

La suspensión automática por mandato legal, pero facultando normativamente a que el órgano de resolución pueda levantar la suspensión legal⁴¹⁹ antes de la resolución definitiva si aprecia que existiría agravio grave al interés público de proseguir con ese

⁴¹⁷ Texto Único Ordenado de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado Decreto Supremo Nº 082-2019-EF

“Artículo 42. Suspensión del proceso de selección

La presentación de los recursos interpuestos de conformidad con lo establecido en el artículo precedente dejará en suspenso el proceso de selección hasta que el recurso sea resuelto por la instancia competente, conforme a lo establecido en el reglamento, siendo nulos los actos posteriores practicados hasta antes de la expedición de la respectiva resolución”.

⁴¹⁸ En la ley brasileña el efecto suspensivo es automático, pero solo cuando el recurso se dirija contra la habilitación o inhabilitación de un licitante, y evaluación de propuestas y facultativo en los demás casos.

⁴¹⁹ Esta es la situación de la ley española que prevé: “Asimismo en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53, entendiéndose vigente esta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento” (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, artículo 56). De esta manera la suspensión automática no es definitiva sino revisable discrecionalmente por el propio órgano del recurso cuando ya tenga a la vista el mérito del recurso. Como afirma Díaz Bravo, es “llamativo que la facultad de levantamiento no se asocie a algún requisito o circunstancia especial o agravada que el órgano de resolución deba tener presente al momento de resolver sobre una solicitud de alzamiento de la suspensión automática, que en palabras de Santamaría Pastor (*op. cit.*, p. 175) supone una relativización total de la regla de suspensión automática [...] especialmente porque en los hechos la suspensión automática en la gran mayoría de los casos será revisada por el Tribunal u órgano competente, puesto que el órgano de contratación solicitará su levantamiento tan pronto conteste el recurso principal, sin siquiera requerirse audiencia de los interesados en el procedimiento, siendo una suspensión automática por un plazo mínimo, sujeto siempre a la evaluación discrecional del tribunal, sin perjuicio que, por el carácter jurisdiccional del órgano, su resolución debe ser fundada, pero sin regla especial para proceder a su levantamiento”. Enrique Díaz Bravo, “La regulación del recurso en materia de contratación pública en la Unión Europea y su aplicación en España e Italia” (tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2018).

estado de cosas. Es el caso de la legislación uruguaya⁴²⁰ (aunque se trata de un recurso jerárquico) y, con alguna variante, de España.⁴²¹

Finalmente, la mayoría de los ordenamientos siguen la tesis de la **suspensión del acto reclamado y del procedimiento de selección a pedido del impugnante y por decisión discrecional de la autoridad, es decir, la suspensión como medida provisional o cautelar**. A diferencia del modelo de suspensión automática este diseño hace necesario seguir un incidente cautelar anterior al recurso (medida anticipada), juntamente con el recurso o incluso iniciado el procedimiento del recurso (medida provisional propiamente). Ese incidente se conforma progresivamente por el pedido debidamente fundamentado, el contradictorio con las posiciones de la entidad y, si hubiese los terceros administrados, la deliberación del órgano y, finalmente, llegar al momento decisorio mismo debidamente motivado,⁴²² lo cual le priva de la celeridad que es necesaria para asegurar eficacia a una medida como esta. Aunque con matices, este

⁴²⁰ Texto Ordenado Ley de Contabilidad y Administración Financiera
"Artículo 62.- Los actos administrativos dictados en los procedimientos de contratación podrán ser impugnados mediante la interposición de los recursos correspondientes en las condiciones y términos preceptuados por las normas constitucionales y legales que regulan la materia.

El plazo para recurrir se computará a partir del día siguiente a la notificación o publicación.

El interesado remitirá copia del escrito o impugnaciones presentadas al Tribunal de Cuentas, disponiendo de un plazo de cuarenta horas a tales efectos.

Los recursos tendrán efecto suspensivo, salvo que la Administración actuante, por resolución fundada, declare que dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le causa graves perjuicios.

Resuelto el recurso, se apreciarán las responsabilidades de los órganos o funcionarios responsables y del propio recurrente. Si este hubiere actuado con mala fe o con manifiesta falta de fundamento, se le aplicarán sanciones de suspensión o eliminación del Registro de Proveedores y Contratistas del Estado; ello sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder por reparación del daño causado a la Administración".

⁴²¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

"Artículo 53. Efectos derivados de la interposición del recurso.

Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación con estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3".

⁴²² La valoración para el otorgamiento de la cautela en estos casos es más compleja que verificar la existencia de los requisitos tradicionales de la cautelar (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* y adecuación de la medida).

modelo lo podemos encontrar en el caso de Chile,⁴²³ Panamá,⁴²⁴ México,⁴²⁵ Paraguay⁴²⁶ y en España (respecto a impugnaciones referidas actos distintos a la adjudicación).⁴²⁷

En estos casos, el tratamiento de esta suspensión se plantea a instancia del impugnante y es resuelta por el órgano de recurso ponderando los intereses en controversia, en particular comparando la apariencia de ilegalidad que demuestra el impugnante (*fumus boni iuris*) con los intereses institucionales de la entidad contratante (continuidad del

⁴²³ Ley 19.886: “Artículo 25. Acogida a tramitación la impugnación, el Tribunal oficiará al organismo público respectivo, acompañando el texto íntegro de la demanda interpuesta, para que, en el plazo fatal de diez días hábiles, contado desde la recepción del oficio, informe sobre la materia objeto de impugnación y las demás sobre las que le consulte el Tribunal.

El Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación.

⁴²⁴ Ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la contratación pública, artículo 120.

⁴²⁵ Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, artículo 70.

⁴²⁶ Ley N° 2051/03 de contrataciones públicas, artículo 82.

⁴²⁷ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

“Artículo 49. Solicitud de medidas cautelares

1. Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

2. El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas cautelares dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten.

A estos efectos, el órgano que deba resolver, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento.

Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano competente para resolverlo acumulará a este la solicitud de medidas cautelares.

Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

3. Cuando de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir, así como los requisitos para su devolución que en todo caso deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto y el objeto afectados.

4. Salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

5. Las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido”.

servicio o función a cargo de la entidad, posible desabastecimiento para la atención de sus necesidades, ejecución del presupuesto asignado con posible pérdida de lo asignado al no poder comprometerlo, etc.).

Lo singular que hemos advertido en este tema es la manera como han tratado estos ordenamientos la tradicional exigencia al impugnante de extender una garantía o caución suficiente en favor de la entidad convocante por los daños y perjuicios que la medida de suspensión pueda ocasionarle.⁴²⁸ Cabe tener presente, en nuestra opinión, que la suspensión del acto reclamado y la prosecución del procedimiento de selección no tiene necesariamente por qué acarrear perjuicios a la entidad convocante en todos los casos, si la decisión del órgano del recurso es emitida en un plazo breve y previsible, más aún cuando la decisión corrobora la ilegalidad de la decisión de la entidad. Por eso es por lo que hay ordenamientos que han dispuesto por mandato legal el efecto suspensivo del recurso sin ninguna compensación económica a la entidad convocante afectada por la medida cautelar. En ese sentido, el planteamiento más adecuado es el brindado por la ley española mediante la cual esa exigencia debe proceder únicamente cuando “de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza” y que, en todo caso, si bien el reglamento da un rango referencial para fijar las garantías “deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto objeto afectados” (artículo 49).⁴²⁹

⁴²⁸ No confundir con la garantía o caución por la interposición del recurso que también hemos comentado en este capítulo.

⁴²⁹ Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

”Artículo 26. Garantías

1. Cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, o 103.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, el Tribunal acuerde la adopción de las medidas provisionales a solicitud del recurrente o reclamante podrá condicionar la eficacia de las mismas a la constitución de una garantía para responder de los perjuicios que de su adopción pudieran derivarse para el órgano o entidad autor del acto recurrido o para cualquiera de los interesados en la adjudicación.

2. En tal caso, en el mismo acuerdo en que la adopte fijará el importe de la garantía y el plazo para constituirla, que no podrá exceder de diez días hábiles.

El importe de la garantía se fijará en el cinco por ciento del presupuesto de licitación del contrato si no se hubiera procedido aún a la adjudicación y del importe de ésta en caso contrario, **salvo que entienda justificadamente que la responsabilidad en que el solicitante de la medida provisional pueda incurrir alcanzará previsiblemente una cuantía inferior o superior**. Si se tratara de un

En esa línea, es correcto que los daños y perjuicios que se hayan producido deban ser efectivamente acreditados y con posibilidad de contradecirlo en un incidente de ejecución de garantía posterior a la emisión de la resolución negativa para el impugnante, pues no se trata de una ejecución de la garantía como si fuera una penalidad por recurso infundado.⁴³⁰ Como al efecto establece la ley mexicana (artículo 70): “A partir de que haya causado estado la resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad, podrá iniciarse incidente de ejecución de garantía, que se tramitará por escrito, en el que se señalará el daño o perjuicio que produjo la suspensión de los actos, así como las pruebas que estime pertinentes”.

Contrariamente a ello, consideramos adversa a la finalidad de la eficacia del recurso en contratación fijar el monto de esa garantía *a priori* sin ninguna asociación a algún daño en específico, como lo hace la ley mexicana cuando indica que “la garantía no deberá ser menor al diez ni mayor al treinta por ciento del monto de la propuesta económica del inconforme, y cuando no sea posible determinar dicho monto, del presupuesto autorizado para la contratación de que se trate, según las partidas que, en su caso,

procedimiento de adjudicación en el que no exista presupuesto de licitación o de adjudicación, el Tribunal fijará el importe de la garantía, exclusivamente, en base a la estimación que haga de los posibles daños.

En todo caso, para el cálculo del importe de la garantía no se tendrá en consideración la cuota correspondiente del impuesto sobre el valor añadido”.

⁴³⁰ En ese orden de ideas es correcta la Guía de Inconformidades de febrero de 2011 preparada por la Subsecretaría de Atención Ciudadana y Normatividad Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas, cuyo numeral 7.3. establece:

“7.3. Incidente de ejecución de garantía

Una vez que haya causado estado la resolución que pone fin a la instancia de inconformidad, podrá iniciarse el incidente de ejecución de garantía, el que se tramitará por escrito señalando el daño o perjuicio que produjo la suspensión de los actos, así como las pruebas que se estimen pertinentes. Con dicho escrito se dará vista al interesado que hubiere otorgado la garantía o contragarantía, para efecto de que, dentro del plazo de diez días, manifieste lo que a su derecho convenga.

Desahogadas las pruebas, en el término de diez días, la autoridad que conoce de la inconformidad resolverá el incidente planteado, en el que se decretará la procedencia de cancelar, o bien, de hacer efectiva la garantía o contragarantía de que se trate según se hubiere acreditado el daño o perjuicio causado por la suspensión de los actos, o por la continuación de los mismos, según corresponda”.

correspondan. De no exhibirse en sus términos la garantía requerida, dejara de surtir efectos dicha medida cautelar”.⁴³¹⁻⁴³²

Una regla como esta encubre mal el propósito de desalentar la suspensión de procedimientos de selección irregulares en resguardo del interés público, privilegiando el interés de la entidad convocante.

Cabe también preguntarse si puede la medida cautelar ser sustituida por una fianza, esto es, si el tercer postor afectado por la medida cautelar garantiza al impugnante resarcir los daños y perjuicios derivados de no suspender la adjudicación, puede permitirse a la entidad y al adjudicatario proseguir con perfeccionar el proceso sin perjuicio de la sustanciación de la impugnación ante el órgano del recurso. Esta pregunta es respondida afirmativamente por los ordenamientos de México⁴³³ y Paraguay,⁴³⁴ en nuestra opinión de manera equivocada, haciendo prevalecer el interés de las entidades y del adjudicatario de concretar el contrato, antes del interés público de verificar con independencia la corrección de la decisión.

⁴³¹ Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, artículo 70.

⁴³² En similar sentido lo hace el artículo 4 del Decreto Nº 7434 por el cual se establecen ciertas reglamentaciones para los procesos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) de Paraguay.

⁴³³ Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del Sector Público

“Artículo 70.-

[...]

La suspensión decretada quedará sin efecto si el tercero interesado otorga una contragarantía equivalente a la exhibida por el inconforme, en los términos que señala el Reglamento”.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del Sector Público

“Artículo 120.-

[...]

En caso de que el inconforme exhiba la garantía en el plazo a que se refiere el primer párrafo de este artículo, la autoridad que conoce de la inconformidad dará vista al tercero o terceros interesados, a efecto de que, dentro del plazo de tres días hábiles siguientes a aquel en que se notifique dicho proveído, otorgue contragarantía equivalente a la exhibida por el inconforme, supuesto en el cual la suspensión decretada dejara de surtir efectos”.

⁴³⁴ Ley 2051/03 de contrataciones públicas

“Artículo 82.- Investigaciones de oficio

Cuando sea el promotor de la protesta quien solicite la suspensión, este deberá garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar, mediante caución por el monto que fije la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), de conformidad con los lineamientos que al efecto ella expida, sin embargo, el tercero perjudicado podrá dar contra caución equivalente a la que correspondía a la caución en cuyo caso quedará sin efecto la suspensión”.

1.3. La admisión del recurso extemporáneo por razones de corrupción o fraude

Un aspecto adicional en el que puede ponerse en juego la eficacia del sistema de recursos es si el transcurso del plazo para interponer la impugnación impide a la autoridad conocer de las irregularidades graves que se pueden haber presentado en el proceso licitatorio, como son fraude, corrupción o colusión de postores. Aquí convergen dos frentes de argumentos. De un lado, la seguridad jurídica por la que se afirma que, si ha transcurrido el plazo para impugnar, el contrato debe ser perfeccionado, y el interés del postor adjudicatario de obtener el contrato si nadie legitimado lo ha recurrido en tiempo y en forma. De otro lado, se encuentra el interés general que el contrato no sea consumado si se han formado con vicios realmente graves, aunque quien lo impugna lo haya hecho a destiempo.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública opta por esta segunda opción cuando propone la admisión extraordinaria del recurso extemporáneo dentro de un plazo breve después de la moratoria si se sustenta en hechos graves de interés público. En efecto, dicha recomendación propone:

Artículo 67. Recurso de revisión presentado ante un órgano independiente

[...]

2. Todo recurso de revisión, ante el [nombre del órgano independiente] deberá ser presentado por escrito dentro de uno de los siguientes plazos:

[...]

c) No obstante lo dispuesto en el apartado b) i) del presente párrafo, todo proveedor o contratista podrá solicitar ante el [nombre del órgano independiente] que admita un recurso presentado tras la expiración de la moratoria, pero no después de los ... días laborables [el Estado promulgante indicará el número] siguientes a la entrada en vigor del contrato adjudicado o del acuerdo marco [, o a la decisión por la que se cancele la contratación], si el recurso presentado está motivado por razones de interés público importantes.

El [nombre del órgano independiente] podrá admitir a trámite el recurso si estima que un interés público importante justifica su admisión. La decisión que emita, al respecto, el

[nombre del órgano independiente], junto con las razones que la motiven, deberá ser comunicada sin dilación al proveedor o contratista interesado.

Conforme a esta propuesta, el órgano a cargo de resolver la apelación no puede simplemente emitir una resolución formal de inadmisibilidad por extemporaneidad de un recurso, sino, más bien, debe valorar su contenido para apreciar si tiene elementos graves que hagan insoportable al derecho y a la probidad permitir el perfeccionamiento del contrato o su ejecución, si ya fue apenas suscrito. Por ello, la Guía que expone los argumentos de la recomendación de la Uncitral, afirma que:

8. El apartado 2 c) faculta al proveedor o contratista para pedir al órgano independiente que admita a trámite un recurso presentado tras la expiración de la moratoria aplicable con arreglo al artículo 22, párrafo 2, aduciendo razones importantes de interés público. El Estado promulgante deberá establecer el plazo límite para la presentación de esos recursos tardíos, que deberá armonizarse con el que se establezca en el apartado 2 b), inciso ii). Incumbe al órgano independiente pronunciarse acerca de la existencia de las razones de interés público alegadas para justificar la admisión de un recurso tardío. En cuanto a la clase de cuestiones que pueden dar lugar a la admisión de un recurso presentado después de expirar la moratoria, cabe considerar que la más común será que se hayan descubierto irregularidades fraudulentas o actos de soborno. El Estado promulgante tal vez desee promulgar normas o impartir orientación sobre esos asuntos. El carácter facultativo de la disposición deja cierto margen para que el órgano independiente desestime el recurso, aun cuando se haya establecido que hay en juego razones de interés público importantes; tampoco le prohíbe admitir recursos tardíos cuando no existan esas razones. Dentro del plazo de prescripción normal de la ley del foro competente, también cabrá presentar esa clase de recursos directamente por la vía judicial.⁴³⁵

⁴³⁵CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 353.

1.4. La celeridad de la tramitación del recurso

El principio de celeridad administrativa busca imprimir a los procedimientos la máxima dinámica posible para alcanzar mayor prontitud entre el inicio y su decisión definitiva y así, dotar de agilidad a toda la secuencia. Debe tenerse presente que la celeridad no es una pauta meramente programática, sino que imprime una orientación jurídica de ineludible cumplimiento que exige a la autoridad emplear racionalmente el tiempo al ordenar los actos procesales durante toda la vida del procedimiento, por lo que se deben adoptar cuantas acciones procedan para dotar de celeridad al procedimiento.

En la perspectiva positiva de este principio, la celeridad induce a que el funcionario entre varias alternativas procedentes, en cualquier momento del procedimiento, opte por la que importe mayor celeridad y sencillez, cumpliéndola en el menor periodo posible. Pero, complementariamente, desde la vertiente negativa, consagra la interdicción de las dilaciones indebidas en el procedimiento, esto es, el deber del instructor del procedimiento de actuar dentro de los plazos, prevenir los retrasos y agotar los mecanismos para practicar los trámites del proceso, como notificaciones, actuaciones probatorias, evacuación de informes, etc., en el más breve tiempo posible atendiendo a todas las circunstancias del caso.

Como se sabe, en el administrado se titulariza el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, cuyo contenido concreto no necesariamente coincide con el cumplimiento de los plazos, sino que ha de ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso, de factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Únicamente, a partir de examinar aspectos como el carácter razonable de la duración del procedimiento, la complejidad tanto de los hechos como del derecho involucrado en el caso, los márgenes ordinarios de duración de los trámites del mismo tipo, el comportamiento del administrado y el propio comportamiento de la autoridad en la conducción del procedimiento, se puede valorar si la demora es una dilación indebida. De ahí, incluso, que podamos apreciar que el incumplimiento del plazo legal no necesariamente constituya en todos los casos una vulneración al derecho a

tener un procedimiento sin dilaciones indebidas y, por otro lado, se pueda identificar si se ha afectado este derecho en trámites o procedimientos.

Algunas de las aplicaciones prácticas de este principio, que hemos identificado en los ordenamientos de recursos en materia de contrataciones, son las siguientes:

- Incorporar nuevas tecnologías para la presentación de los recursos (p. ej., España, Chile), así la notificación electrónica en el procedimiento, incluso validando las publicaciones en portales especializados de contrataciones en sustitución de la notificación personal a los interesados y entidades (p. ej., Perú, Panamá, México, Costa Rica).
- La preclusión para la presentación de argumentos por parte del recurrente, la entidad y los terceros, de modo que solo pueden presentar sus cuestionamientos en el primer escrito que presenten, salvo aspectos de oficio que el órgano de resolución pueda incorporar (p. ej., Perú) y salvo hechos nuevos ocurridos o conocidos recién después de primer escrito (Paraguay).
- Prever un procedimiento abreviado para las controversias de puro derecho (Panamá) en las que el órgano competente debe resolver sin más trámite que el recurso y la absolución de posiciones, evitando la fase de apertura a prueba.
- He de considerar que el procedimiento deba ser desarrollado predominantemente de manera oral, en una o más audiencias en las que las partes expongan sus posiciones, practiquen las pruebas, presenten alegatos y se decida la controversia (Panamá y Costa Rica).
- Considerar desierto el recurso si el impugnante no compareciere en la audiencia a la que sea citado (Nicaragua).
- Establecer que cuando se trata de una impugnación a una adjudicación (cuando el proceso ya fue objeto de anterior recurso), el fundamento del recurso solo debe

girar contra las actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución anulatoria anterior, estando precluido cualquier cuestionamiento a los actos anteriores del procedimiento (p. ej., Costa Rica).

Sin embargo, conviene advertir que en ningún caso el alcance del principio de celeridad sirve para sustentar apresuramientos, precipitaciones u omitir reglas del debido proceso, tales como que el órgano del recurso omita pronunciarse sobre algún punto planteado por las partes, delegar a la entidad impugnada que continúe con el análisis y resolución de alguno de los puntos cuestionados por las partes, entre otros.

1.5. La eficacia en la ejecución de la decisión del órgano de control del recurso

La eficacia del sistema de recursos no se agota con la decisión del órgano que resuelve sobre la impugnación, sino cuando lo que ha ordenado efectivamente es corregido en el proceso de selección. Si cuando dispone que se vuelva a adjudicar, la decisión de readjudicar recaiga en la mejor propuesta siguiendo las instrucciones recibidas; si cuando anula una regla de las bases, esta sea suprimida efectivamente del concurso; si un postor que debería ser reincorporado, lo es efectivamente y no es excluido con cualquier otro pretexto. Ello nos lleva a plantear que es necesario analizar la efectividad del sistema desde la perspectiva de la real ejecución de lo dispuesto por la autoridad, conforme revisamos antes la metodología OCDE para valorar “Si el ente de apelaciones (o autoridad) tiene la autoridad suficiente para hacer cumplir sus decisiones”.

En principio, este elemento no tendría relevancia si las entidades convocantes cumplieran fielmente la decisión de la autoridad, pero lamentablemente eso no ocurre en todos los casos. Ante ello, no resultan eficientes los mecanismos ajenos al sistema de recursos para enfrentar estos incumplimientos como realizar denuncias penales o buscar responsabilidades funcionales contra los funcionarios renuentes a acatar la decisión, que intentan interpretar o desnaturalizar la decisión, que la privan de contenido o buscan una manera distinta de llegar a lo mismo. Por ejemplo, que ante la anulación por la autoridad competente de una regla del proceso de selección, la entidad

opte por cancelar o desistirse del proceso, o ante el mandato del órgano del recurso de reincorporar a un postor indebidamente excluido, buscar otro argumento para descalificarlo o darle un menor puntaje de lo debido. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado del Perú prevé este tipo de reacción:

Artículo 129. Cumplimiento de la resolución dictada por el Tribunal

129.1. La resolución dictada por el Tribunal es cumplida por las partes sin calificarla y bajo sus propios términos.

129.2. Cuando la entidad no cumpla con lo dispuesto en una resolución del Tribunal se comunica tal hecho a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al titular de la entidad. De ser el caso, se denuncia a los infractores según lo tipificado en el Código Penal.

Esta opción legislativa verdaderamente no empodera ni respalda a la autoridad del órgano de control por sí mismo, desplazando la solución definitiva a otra instancia con ritmos e intereses distintos, alejándose de la pauta de la efectividad del sistema. Es necesario que el órgano cuente con potestad de imperio para imponer a las partes sus decisiones con carácter ejecutivo.⁴³⁶

Ante estas situaciones, el propio sistema debería brindar alguna respuesta más eficiente. A falta de respuesta alguna en el Derecho internacional de las contrataciones,⁴³⁷ buscamos en los ordenamientos americanos encontrando únicamente el tratamiento dispensado en México por la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del Sector Público a este problema. La norma específica indica:

Artículo 75. *La convocante acatará la resolución que ponga fin a la inconformidad en un plazo no mayor de seis días hábiles. Solo podrá suspenderse la ejecución de las resoluciones mediante determinación de autoridad administrativa o judicial competente.*

⁴³⁶ Gimeno Feliu, *Novedades de la ley de contratos del sector público*, 355

⁴³⁷ Únicamente la Directiva 92/13/CEE plantea en el artículo 2, numeral 8 como deber estatal que “Los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por las instancias responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz”.

El inconforme y el tercero interesado, dentro de los tres días hábiles posteriores a que tengan conocimiento del cumplimiento que haya dado la convocante a la resolución, o bien que haya transcurrido el plazo legal para tal efecto y no se haya acatado, podrán hacer del conocimiento de la autoridad resolutora, en vía incidental, la repetición, defectos, excesos u omisiones, en que haya incurrido la convocante.

Con el escrito que se presente en los términos del párrafo anterior, se requerirá a la convocante para que rinda un informe en el plazo de tres días hábiles y dará vista al tercero interesado o al inconforme, según corresponda, para que en el mismo plazo manifieste lo que a su interés convenga.

Si se acredita que la resolución no fue cumplimentada según las directrices fijadas, la autoridad resolutora dejará insubsistente el acto respectivo, y ordenará a la convocante su reposición en un plazo de tres días hábiles, de acuerdo con lo ordenado en la resolución que puso fin a la inconformidad. Si resultare que hubo una omisión total, requerirá a la convocante el acatamiento inmediato.

La resolución que ponga fin al incidente previsto en este artículo podrá impugnarse por el inconforme o tercero interesado mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien, cuando proceda, ante las instancias jurisdiccionales competentes.

El desacato de las convocantes a las resoluciones y acuerdos que emita la Secretaría de la Función Pública en los procedimientos de inconformidad será sancionado de acuerdo con lo previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

En los casos en que existan contratos derivados de los actos declarados nulos, dichos acuerdos serán válidos y exigibles hasta en tanto se da cumplimiento a la resolución, pero será necesario terminarlos anticipadamente cuando la reposición de actos implique que debe adjudicarse a un licitante diverso, deba declararse desierto el procedimiento o se haya decretado su nulidad total.

Nos parece que esta opción legislativa resulta más interesante por varias razones: i) impone un plazo uniforme para que la autoridad cumpla con implementar lo decidido; ii) procesalmente encamina el control de esta situación en la vía de un incidente de ejecución, que es lo apropiado; iii) permite a los propios interesados controlar la efectividad del cumplimiento de lo ordenado informando al propio órgano del desacato incurrido; iv) respalda la autoridad del Tribunal al darle competencia para exigir el cumplimiento de su propia decisión; v) permite la vía incidental para ejecutar la decisión, en vez de tener que abrir procedimientos nuevos ante otras autoridades o iniciar un nuevo recurso ante el Tribunal.

2. La tendencia expansiva del ámbito objetivo del recurso en materia de contratación

Conforme a su finalidad, el ámbito objetivo del recurso en esta materia presenta en el Derecho comparado una vocación expansiva importante expresada en la progresiva incorporación de nuevos actos y supuestos contractuales dentro de su competencia, en la correlativa negación de los supuestos de excepción en los que se evite la posibilidad de impugnar actos contractuales y en la interpretación útil del concepto de “decisión impugnabile” a efectos de recurso que se contempla en las Directivas que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción.⁴³⁸ La tendencia expansiva se inscribe en el marco de potenciación de las políticas de transparencia e integridad en la contratación, así como del derecho de defensa de los licitadores.⁴³⁹

Esta constatación presenta dos facetas: una positiva referida al avance por incorporar en el ámbito del recurso nuevas decisiones contractuales (como sucedió con la extensión del ámbito de los recursos a los contratos no sujetos a regulación armonizada) y tipos de contratos, así como también a la faceta negativa de proscribir que dentro de

⁴³⁸ José Moreno Molina, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos* (Madrid: La Ley, 2011).

⁴³⁹ Elena Hernández Salguero, “El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación”. En Gimeno Feliu, José, dir. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi), 2018, 665.

los contratos susceptibles de control por la vía del recurso se incluyan excepciones que limiten la posibilidad de cuestionar determinadas decisiones contractuales.

Si, conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es indispensable adoptar “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”, responde a su propia naturaleza que su alcance objetivo sea progresivamente expansivo y no más bien regresivo.

Ello lo podemos confirmar en las modificaciones introducidas en España por la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (artículo 44) que acogiendo diversas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias incluyó dentro de su ámbito objetivo no solo a determinados actos emitidos durante el desarrollo de las licitaciones públicas por encima de determinado monto para los contratos de aprovisionamiento como fue su origen, sino además a:

- Acuerdos Marco y sistemas dinámicos de adquisición.
- Concesiones de obras o de servicios.
- Contratos administrativos especiales, cuando, por sus características, no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.
- Contratos celebrados por privados cuando sean subvencionados con fondos públicos.
- Los encargos a medios propios (administración directa).
- Las modificaciones contractuales cuando se cuestione por incumplimiento de la ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
- La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.
- Las decisiones de rescate de concesiones.

Como se puede apreciar, la expansión del ámbito permite incluir decisiones contractuales proferidas en procedimientos nuevos de contratación (p. ej., Acuerdos Marco), actuaciones dictadas fuera del ámbito contractual estrictamente, pero entendiendo que pueden ser manifestación de la evasión contractual (p. ej., encargos a medios propios) y hasta decisiones dictadas en la fase de ejecución contractual (p. ej., rescate de concesiones o modificaciones contractuales).

Un punto que cabe analizar desde esta perspectiva es la adecuación a los fines de la transparencia y probidad, considerar como materia excluida de impugnación por vía del recurso a las contrataciones que las entidades realizan sin acudir a procedimiento de selección aplicando supuestos legales habilitados para ello, comúnmente denominadas exoneraciones o contrataciones directas. Por ejemplo, en el caso peruano,⁴⁴⁰ expresamente no pueden ser impugnadas las contrataciones celebradas por las entidades independientemente de su monto si la entidad aplica las causales de exoneraciones previstas en la norma. Esta previsión parecería ser coherente con aquellas circunstancias en la que se trata de una causal apoyada en un contexto de emergencia o urgencia manifiesta,⁴⁴¹ pero no en otros casos en los que puedan darse

⁴⁴⁰ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo Nº 344-2018-EF

“Artículo 118. Actos no impugnables

No son impugnables:

- a) Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones.
- b) Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección.
- c) Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración.
- d) Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes.
- e) Las contrataciones directas”.

⁴⁴¹ La ley española considera expresamente la no aplicación del recurso cuando se trata de un contrato celebrado aplicando el trámite de emergencia (artículo 44), aunque el Tribunal de Central de Recursos Contractuales (R. 102/2017) se ha considerado competente para atender recursos contra las decisiones que se acogen a esta causal de exoneración argumentando que “corresponde a este Tribunal determinar si concurren las circunstancias establecidas en el artículo 113 TRLCSP por remisión del artículo 40.4 TRLCSP” y que “El hecho de que el órgano de contratación considere que concurren circunstancias que justifican la tramitación del procedimiento por urgencia (sic) no excluye sin más la posible competencia de este Tribunal para entrar a valorar si, efectivamente, la utilización de dicho procedimiento excepcional resultó conforme a Derecho, pues en otro caso el órgano de contratación podría eludir la oportuna revisión, mediante la mera invocación de tales circunstancias”. Véase al respecto Manuel Ruiz Daimiel, *¿Son competentes los tribunales de recursos para conocer las actuaciones de emergencia?* (Observatorio de Contratación Pública, 10/07/2017). <http://www.obcp.es/opiniones/son-competentes-los-tribunales-de-recursos-contractuales-para-conocer-las-actuaciones-de>

contrataciones ilegales. En estos casos se priva al sistema de una instancia especializada y autónoma para valorar si la decisión del organismo de contratación sobre la necesidad de tramitar una compra directa es o no ajustada a derecho.

En el Perú, por imperio de esta causal de inadmisión, no pueden ser objeto de recurso aquellos contratos que cualquier entidad realice argumentando que es un contrato con otra entidad a costo de oportunidad eficiente y técnicamente viable; afirme estar en una situación de desabastecimiento; cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor; para servicios personalísimos prestados por personas naturales; para servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación; para servicios de consultoría que son la continuación y/o actualización de un trabajo previo; los bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico; la adquisición de bienes inmuebles existentes y para el arrendamiento de bienes inmuebles; servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín para la defensa de funcionarios, exfuncionarios, servidores, exservidores; cuando la entidad necesite continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo; y por servicios de capacitación.

3. El tiempo suficiente para preparar y presentar la impugnación, y el necesario acceso al expediente de la licitación

El Derecho internacional de las contrataciones se ha preocupado también por proteger el derecho a la impugnación del postor por medio de dos sencillas condiciones: la primera es dar al legitimado un tiempo suficiente para preparar su impugnación y, por consiguiente, exigir a la entidad y al adjudicatario respetar un periodo de espera o de moratoria (*standstill*) para perfeccionar el contrato. Este periodo es una garantía que

[...] permite a todos los participantes de un proceso de licitación, teniendo a la vista todos los antecedentes, poder tomar una decisión respecto de si es viable la presentación de un

*recurso en contra de la resolución de adjudicación o bien, contra otro acto que solo a partir de dicho momento ha salido a la luz, y todo con el objeto de impedir que el acto de adjudicación, dictado con infracción a Derecho, pueda producir sus efectos, de modo tal que, el momento intermedio y previo a la suscripción del contrato, en el momento único y último, para que se puedan resguardar los derechos de un licitador agraviado, ya que no hay otro momento donde efectivamente se pueda corregir los efectos del acto infraccional.*⁴⁴²

Salvo el planteamiento del Acuerdo OMC que recomienda el plazo de 10 días hábiles como criterio para valorar la suficiencia del plazo del recurso y el Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea que propone como plazo de espera el de 14 días naturales,⁴⁴³ los demás componentes del Derecho internacional de las contrataciones no proponen un término exacto, ante lo cual en los ordenamientos nacionales existen plazos diversos, la mayoría por debajo del estándar del acuerdo de la OMC; así tenemos quince días hábiles en España,⁴⁴⁴ diez días hábiles en Chile⁴⁴⁵ y en Paraguay⁴⁴⁶, seis días hábiles en México,⁴⁴⁷ tres días hábiles en Nicaragua,⁴⁴⁸ cinco días hábiles en Panamá,⁴⁴⁹ y de ocho días y cinco días hábiles en Perú, así como diez días hábiles y cinco días hábiles en Costa Rica,⁴⁵⁰ según haya sido el procedimiento seguido para la contratación.⁴⁵¹

⁴⁴² Díaz Bravo, “La regulación del recurso en materia de contratación pública”, 111.

⁴⁴³ Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea
“IV-19 Periodo de espera previo a la firma del contrato

1) La autoridad contratante de la UE no firmará el contrato con el adjudicatario hasta que transcurran catorce días naturales. Este plazo comenzará a contar a partir del envío simultáneo de las notificaciones a los adjudicatarios y a los participantes no seleccionados”. Oriol Mir, Herwig *et al*, dirs., *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea* (Madrid: INAP, 2015).

<http://www.reneual.eu/images/Home/codigoreneualdeprocedimientoadministrativodelaue.pdf>

⁴⁴⁴ Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, artículo 50.1.

⁴⁴⁵ Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, artículo 24.

⁴⁴⁶ Ley 2051/03 de Contrataciones Públicas, artículo 79.

⁴⁴⁷ Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del Sector Público, artículo 65.

⁴⁴⁸ Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, artículo 112.

⁴⁴⁹ Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, artículo 130.

⁴⁵⁰ Ley de Contratación Administrativa Nº 7494, artículo 84.

⁴⁵¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

“Artículo 64. Consentimiento del otorgamiento de la buena pro

64.1. Cuando se hayan presentado dos (2) o más ofertas, el consentimiento de la buena pro se produce a los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación. En el caso de

Independientemente de los plazos específicos que se fijan por los Estados, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁵² ha planteado tres reglas interesantes a considerar como criterios para valorar su conformidad con la naturaleza del recurso en materia de contratación:

- La necesidad de que los plazos de los recursos, por su brevedad, no imposibiliten el derecho a recurrir. Por ello se ha afirmado que “los plazos nacionales de caducidad y sus condiciones de aplicación no deben, [...] por su propia naturaleza, imposibilitar ni dificultar excesivamente el derecho a recurrir que el derecho comunitario confiere”.⁴⁵³
- La claridad y previsibilidad de las reglas sobre los plazos. Afirmando que “las reglas sobre los plazos para recurrir del derecho interno de los Estados deben ser claras, precisas y previsibles por razones de seguridad jurídica, es decir, para excluir el riesgo de que los licitadores se vean privados de la posibilidad real de recurrir”.⁴⁵⁴
- La necesaria interdependencia entre el plazo para recurrir y el plazo para entregar la información a los postores. Por eso, ante el caso en el que se regularon plazos paralelos y distintas para el acceso a la información y el de interposición del recurso, el Tribunal

[...] estima incompatible con el Derecho comunitario la legislación irlandesa que prevé un plazo de catorce días para la celebración del contrato desde la fecha de la comunicación de la decisión de elección del contratista, por el hecho de que el poder adjudicador debe informar al recurrente sobre los motivos del rechazo de su

adjudicaciones simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles”.

⁴⁵² Cabe tener presente que este Tribunal ha considerado razonable el plazo de dos semanas para impugnar un acto del proceso de licitación (Sentencia del 12 de diciembre de 2001, Universale Bau).

⁴⁵³ Sentencias de 27 de febrero de 2002, Santex, 11 de octubre de 2007, Lummerzhat y 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda.

⁴⁵⁴ *Ibíd.*

*oferta en el plazo de quince días, lo que supone que aquel otro plazo suspensivo podría haber expirado antes de dicha información. No basta al efecto con que en el momento de notificación de la decisión los licitadores vencidos sean informados de los motivos principales del rechazo de sus ofertas, habida cuenta de que esta primera información puede ser insuficiente, por muy incompleta o general.*⁴⁵⁵

La segunda regla consiste en el reconocimiento del derecho a contar oportunamente con la información necesaria de lo acontecido en la licitación y, como correlato, el deber de la autoridad de dar la información previa necesaria a los interesados, así como el acceso al expediente.

Este segundo elemento es el correlato indispensable del primero para que no quede vaciado de contenido o conduzca a resultados ineficaces. Como bien afirma Díez Sastre “aunque se paralice el procedimiento de adjudicación y la celebración del contrato, no podrá ejercerse un verdadero derecho de defensa si no se conoce a tiempo el contenido de la decisión de adjudicación. Esta es la razón por la que el Derecho europeo ha introducido la obligación de informar a los competidores afectados por el sentido de la adjudicación, con el fin de que pueden defenderse de ella”.⁴⁵⁶ Esta información a los licitadores, según las Directivas comunitarias y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debe proporcionarse “cuanto antes” de manera que los interesados tengan una posibilidad real de recurrir.⁴⁵⁷

3.1. El tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación y el necesario acceso al expediente de la licitación en el Acuerdo OMC

El Acuerdo OMC considera esta regla:

Artículo XVIII.- Procedimientos internos de revisión

[...]

⁴⁵⁵ Sentencia de 23 de diciembre de 2009, Comisión/Irlanda, C-455/08.

⁴⁵⁶ Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 123.

⁴⁵⁷ Miguel Sánchez Morón, dir. *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea*, 94.

4. *Se concederá a cada proveedor un periodo de tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación, el cual en ningún caso será inferior a 10 días contados a partir del momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación o en que razonablemente debería haber tenido conocimiento.*⁴⁵⁸

Es claro que esta pauta plantea el derecho de cada proveedor de contar con un periodo suficiente para preparar y presentar una impugnación, el cual en ningún caso será inferior a diez (10) días contados a partir del momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación o en que razonablemente debería haber tenido conocimiento.

Nótese que el cómputo del periodo de espera o de moratoria no se realiza desde la fecha de la vigencia de la decisión que afecta al postor (p. ej., aprobación de las bases ilegales, descalificación del postor o adjudicación ilegal a otro postor), sino desde que el postor “haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación”, es decir, exige, además de haberse producido el acto lesivo, que el posible impugnante haya tenido la oportunidad de conocer los motivos y fundamentos de aquella decisión.

Esa diferenciación es importante para los casos en que la entidad, por ejemplo, descalifica sin expresión de causa al postor, hace lo propio adjudicando a otro postor sin explicar las razones de dicha acción o, simplemente, impide al postor conocer los motivos tenidos en cuenta por la Administración para su decisión. Por ello, dicho plazo debe entenderse desde que la Administración brinda la información suficiente de las razones de la decisión o, según consideramos, mejor aún, desde que efectivamente se tienen acceso al expediente de la licitación.

⁴⁵⁸ Esta regla ha inspirado los acuerdos de libre comercio celebrados en diversos países como, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Perú y la Comunidad Europea:
“Artículo 190.- Procedimientos internos de revisión
[...]

4. Se concederá a cada proveedor un periodo de tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación, el cual en ningún caso será inferior a 10 días contados a partir del momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación o en que razonablemente debería haber tenido conocimiento”.

3.2. El tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación, y la información de oficio en el Acuerdo OMC

En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se entiende por periodo de moratoria al momento que tiene como propósito permitir la revisión de la decisión, evitando la necesidad de anular un contrato o un Acuerdo Marco que haya entrado en vigor y que se computa “a partir del envío del aviso requerido por el párrafo 2 del artículo 22 de la presente Ley durante el cual la entidad adjudicadora no podrá aceptar la oferta ganadora y durante el cual los proveedores o contratistas podrán recurrir, en virtud del capítulo VIII de la presente Ley, contra la decisión así notificada”.⁴⁵⁹

Respecto al inicio del plazo de moratoria, la Ley Modelo es bastante más explícita que el Acuerdo de la OMC en señalar que no empieza con la notificación de la adjudicación o del acto del proceso de licitación, sino con el aviso motivado de las actuaciones del procedimiento seguido que debe ser entregado de manera personalizado a los postores. Por ello indica que “Como la moratoria empieza a correr a partir del momento en que se despacha el aviso, a fin de garantizar transparencia, integridad y un trato justo, igual y equitativo de todos los concursantes, se exige que se envíe un aviso simultáneamente y sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas interesados. Por ejemplo, no sería suficiente colocar un aviso en un sitio web”.⁴⁶⁰

El artículo 22 de la Ley Modelo establece también la forma de cómputo, el alcance del deber de información de la entidad y las excepciones en las que por monto o celeridad no aplicara el plazo mencionado, en los términos siguientes:

[...]

2. La entidad adjudicadora dará pronto aviso a todo proveedor o contratista que haya presentado ofertas de su decisión de aceptar la oferta ganadora al final de la moratoria. Dicho aviso deberá contener, al menos, los siguientes datos:

⁴⁵⁹ Artículo 2, apartado r).

⁴⁶⁰ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 129.

- a) El nombre y la dirección del proveedor o contratista que presentó la oferta ganadora;*
- b) El precio del contrato adjudicado o, cuando la oferta ganadora se haya determinado en función del precio y de otros criterios, el precio del contrato adjudicado y un resumen de otros rasgos y ventajas comparativas de la oferta ganadora; y*
- c) La duración de la moratoria que se haya fijado en el pliego de condiciones y que se ajuste a lo requerido en el reglamento de la contratación pública.*

La moratoria empezará a correr a partir del envío del aviso previsto en este párrafo a todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta.

[...]

5. Al expirar la moratoria, o de no ser aplicable moratoria alguna, la entidad adjudicadora enviará sin dilación, una vez determinada la oferta ganadora, un aviso de aceptación de esa oferta al proveedor o contratista que la haya presentado salvo que el [nombre del tribunal o tribunales] o [el órgano competente designado por el Estado promulgante] ordene otra cosa.

Como se puede apreciar, en una de sus más claras insuficiencias, la Ley Modelo no emplea la figura del acceso al expediente como el modo amplio para que los postores tomen conocimiento de los fundamentos de la decisión, sino que, en consideración a otros aspectos, emplea como método alternativo –ciertamente, de menor rigor– el de la información suficiente que debe enviar, de oficio, la autoridad sobre la decisión de adjudicación y el proceso seguido a la evaluación de la propuesta de los postores (propuesta ganadora, precio adjudicado y un resumen de otros rasgos y ventajas comparativas de la oferta ganadora), a lo cual agrega, como buena práctica, el envío oportuno de aclaraciones, sobre la evaluación de las demás propuestas desestimadas.

Así, la Guía de esta Ley⁴⁶¹ indica que:

6. El aviso de la moratoria se envía a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, incluido el que haya presentado la oferta ganadora. [...] Las disposiciones del artículo 24, relativo a la confidencialidad, indicarán si alguna información sobre la oferta ganadora prevista en el apartado b) debe reservarse por

⁴⁶¹ *Ibíd.*

motivos de confidencialidad. Si bien la necesidad de preservar la confidencialidad de la información delicada desde el punto de vista comercial puede surgir al establecerse las características y las ventajas relativas de la oferta ganadora, es muy importante que los concursantes reciban suficiente información sobre el proceso de evaluación de las ofertas para que puedan hacer buen uso de la moratoria.

Este deber de brindar información suficiente y oportuna es complementado con la buena práctica –que la Ley Modelo fomenta, mas no obliga– de ofrecer además a los postores aclaraciones sobre la evaluación realizada a las propuestas desestimadas. De este modo, indica que “8. No se exige que la entidad adjudicadora notifique (o aclare) los motivos de la decisión a los proveedores o contratistas cuyas ofertas no hayan resultado ganadoras. No obstante, es mejor responder a las solicitudes de aclaraciones de los concursantes, práctica que el Estado promulgante debería fomentar”.⁴⁶²

En este esquema, las aclaraciones constituyen “un proceso oficioso mediante el cual la entidad adjudicadora proporciona información, generalmente a los proveedores o contratistas cuyas ofertas no han prosperado, sobre los motivos para que no lo hayan hecho y, con menos frecuencia, a los proveedores o contratistas ganadores”.⁴⁶³

Las razones por la cual se fomenta esta información complementaria en la Ley Modelo son tres: “reducir las posibilidades de que se presenten recursos, responsabilizar a los encargados de la contratación de sus decisiones y reforzar la eficacia del proceso de contratación, así como la calidad de las futuras ofertas”,⁴⁶⁴ por ello estas aclaraciones “pueden hacerse por solicitud de los interesados u ofrecerse como trámite habitual a los concursantes que hayan quedado excluidos en la etapa de precalificación o al adjudicarse el contrato, pero deberían comunicarse lo antes posible”,⁴⁶⁵ esto último justamente para permitir un tiempo oportuno al excluido para decidir si impugna la medida.

⁴⁶² Ibíd.

⁴⁶³ Ibíd., 133.

⁴⁶⁴ Ibíd.

⁴⁶⁵ Ibíd.

En cuanto a la forma de exteriorizar las aclaraciones se indica que “pueden darse verbalmente (por ejemplo, en reuniones), por escrito, o mediante cualquier otro método aceptable para la entidad adjudicadora. Si bien las aclaraciones verbales pueden ser apropiadas o necesarias, desde el punto de vista de la buena gobernanza es importante hacerlas constar por escrito, y pueden facilitarse al proveedor o contratista interesado”.⁴⁶⁶

Lo importante es que la información que se brinde en la aclaración sea suficiente y útil para el postor (haciéndola compatible con el deber de proteger la información confidencial), lo cual implica fundamentalmente procesar y preparar información para cada postor y no solo formalmente trasladarle actuados del proceso. Por ello, la propia Guía indica que, como mínimo, la información que se ofrezca en las aclaraciones debe incluir:

- a) La evaluación hecha por la entidad adjudicadora acerca de las insuficiencias o deficiencias importantes de las calificaciones o la oferta del proveedor o contratista solicitante, según el caso.
- b) Una comparación de la información enunciada en el literal a) con la evaluación que haya hecho la entidad adjudicadora de las características, el precio y otros elementos de la calidad y las ventajas relativas de la oferta ganadora.
- c) Las calificaciones, el precio total considerado y la puntuación técnica, en su caso, del proveedor o contratista ganador y del que haya solicitado aclaraciones, e información sobre la calificación de este último.
- d) La clasificación general de todos los proveedores o contratistas, en caso de que el órgano pertinente la haya elaborado durante el procedimiento de contratación.
- e) Un resumen de las razones que justifiquen toda decisión sobre la idoneidad de los concursantes o sobre la adjudicación del contrato.

⁴⁶⁶ Ibíd.

- f) Respuestas razonables a las preguntas pertinentes sobre si se aplicó el procedimiento de contratación previsto en la convocatoria y en las reglamentaciones y demás normas aplicables.

Finalmente, respecto del periodo de moratoria, nos interesa resaltar que es preocupación de la Ley Modelo brindar a los postores la mayor previsibilidad sobre la duración y cómputo de este plazo, pues no basta tener en la reglamentación e incluso en las bases su extensión y forma de cómputo, sino que la indicación expresa de su duración y vencimiento debe aparecer desde el aviso de la moratoria de cómo será computado. La norma no quiere que el postor pueda estar inadvertido, ni le exige una supuesta diligencia en tener que establecer él mismo y bajo su responsabilidad la duración y el vencimiento de este relevante periodo. Así establece que “también se dispone que la entidad adjudicadora especifique en la notificación la duración de la moratoria, que se habrá establecido en el pliego de condiciones. Es importante proporcionar esa información en el aviso previsto en el párrafo 2 no solo como recordatorio, sino también para mayor precisión, ya que, como la moratoria empieza a correr desde que se envía el aviso, en este se especificarán las fechas de comienzo y terminación de la moratoria y, de esa manera, se reflejará la duración total del periodo, indicada en el pliego de condiciones”.⁴⁶⁷

Para ello se considera esto decisivo porque “10. El hecho de que, por una parte, los proveedores y contratistas y, por la otra, la entidad adjudicadora conozca con certeza las fechas de comienzo y terminación de la moratoria tiene una importancia decisiva para garantizar que los concursantes puedan adoptar toda medida justificada y que la entidad adjudicadora pueda adjudicar el contrato sin arriesgarse a sufrir contratiempos”.⁴⁶⁸

Es más, la Guía se pone en la situación que el cómputo puede ser dudoso por los días inhábiles o feriados que puedan producirse en el intermedio, para lo cual indica,

⁴⁶⁷ Ibíd., 130.

⁴⁶⁸ Ibíd.

además, que “13. Puede ser conveniente expresar la duración de la moratoria en días hábiles o en días civiles, según la duración y los días no laborables que pueda haber. Debe tenerse presente que el objetivo principal de esta es dar suficiente tiempo a los concursantes para decidir si impugnarán la decisión de la entidad adjudicadora de aceptar la oferta ganadora”.⁴⁶⁹

3.3. Aspectos generales del acceso a la información pública

Conforme hemos revisado antes, el Derecho internacional de la contratación incluye el periodo de moratoria y el deber de la autoridad de transmitir de manera suficiente y oportuna la información sustentadora de sus actuaciones. A su turno, también mencionamos que, para ello, se menciona la información descendente a los postores y aclaraciones complementarias, pero en ambos casos con cierto control de la información por parte de la autoridad. Si bien ello, resulta adecuado desde una perspectiva de apertura de competencia, no lo es tanto desde la perspectiva de la lucha contra la corrupción y las adjudicaciones ilegales. Por ejemplo, como considerar suficiente la información que la propia entidad brinda a los postores si se trata de una adjudicación colusoria o frente a una autoridad que no quiere transparentar sus vulnerabilidades en la gestión. Ante ello, surge como mejor opción permitir dentro del periodo de moratoria dar oportunidad a los postores el acceso al expediente de la licitación para que ellos mismos valoren los elementos de juicio y actuados sin intermediación alguna.

Por los principios de transparencia y de acceso a la información de interés general, dentro del marco de una buena administración, el funcionamiento, la actuación y la estructura de la Administración deben ser accesibles a todos los ciudadanos, de manera que estos, salvo la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo

⁴⁶⁹ Ibíd., 131.

momento, gracias a la existencia de archivos adecuados, la información poseída por las entidades.

No cabe duda que nos encontramos en la época del auge de la búsqueda de la transparencia en la gestión pública que se manifiesta en diversos modos: los compromisos de las entidades de responder por la gestión, exigencia de procedimientos transparentes y de consulta en la formulación de decisiones de gobierno, incluyendo la respuesta oportuna y relevante a los cuestionamientos ciudadanos a las propuestas y a su implementación; normas y procedimientos coherentes para la implementación de políticas y el manejo de recursos públicos, incluyendo controles internos efectivos, y clara asignación de responsabilidades, el control externo posterior, calificado e independiente, que particularmente evalúe la implementación de políticas y la efectividad y eficiencia de los sistemas de administración, información y control interno, así como la verificación de resultados operativos, capacidad investigativa y de acusación bien desarrolladas y finalmente, la apertura al libre escrutinio de la prensa, de modo oportuno, responsable y competente en cuanto a políticas públicas, operaciones gubernamentales y su integridad. Todas estas expresiones de la búsqueda de transparencia sirven para asegurar que en la provisión del servicio se respetan los derechos de los individuos (voz, elección, información, representación), valorar la participación en las decisiones que les afectan, construir confianza y legitimidad, así como prevenir o cuando menos limitar la corrupción.

En dicha búsqueda, el Derecho Administrativo ha desarrollado una serie de instituciones jurídicas específicas, tales como: el acceso a información y documentos que obran en las entidades, la publicidad de las normas, actas y documentos de gestión pública, el deber de dar información sobre las políticas y acciones gubernamentales y las facilidades para comprender las decisiones públicas, la identificación del nombre de las autoridades públicas, las gestiones públicas participativas, la visibilidad de procesos organizativos y resultados y los impactos alcanzados, todos englobados ahora de un modo u otro, en el término moderno de la “buena administración”.

Indudablemente, una institución emblemática en la búsqueda de la transparencia es el derecho de acceso a la información en posesión de los poderes del Estado, cuya titularidad, como bien público, reside en la sociedad. En concreto, este derecho fundamental faculta a toda persona, sin distinción alguna a: “Solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido⁴⁷⁰. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional [...]”.⁴⁷¹

Para ejercer dicho derecho y obtener la información solicitada no resulta exigible acreditar un interés directo o una afectación personal, basta el interés general propio de toda persona. Tampoco, una vez obtenida la información, puede imponerse al ciudadano la limitación a la difusión, puesto que quien accede a información tiene, a su vez, derecho a divulgarla en forma tal que esta circule en la sociedad para que la ciudadanía pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.

Igualmente, por su alcance, este derecho posee dos fases: una faz positiva, según la cual este derecho impone a los órganos de la Administración Pública el deber de informar; y, una faz negativa, la cual exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa.⁴⁷² Por ello, el Derecho también sirve para proteger afectaciones provenientes de la negación de su suministro sin existir razones constitucionalmente para ello, y también cuando la información que la entidad

⁴⁷⁰ El “costo que suponga su pedido” implica que únicamente corresponde sufragar el importe correspondiente a los costos de reproducción de la información requerida. Cualquier costo adicional se entenderá como una restricción al ejercicio del derecho regulado por esta Ley, aplicándose las sanciones correspondientes. Por tanto, no pueden exigirse pagos especiales por concepto de “derecho de búsqueda o de información o pago por remuneraciones e infraestructura que pueda implicar la entrega de información, ni cualquier otro concepto ajeno a la reproducción”.

⁴⁷¹ Texto artículo 2 numeral 5) Constitución Política del Perú. También está reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, del 19 de septiembre del 2006, fundamento 77.

⁴⁷² STC Exp. Nº 1797-2002-HD/TC, fundamento 16.

proporciona sea fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada.

Como correlato, la faz positiva de este derecho apareja para las entidades un conjunto de obligaciones particulares como, por ejemplo, la de responder sustancialmente a las solicitudes dentro del plazo razonable, determinando si existe o no el derecho de acceso a la información solicitada, agotar los medios de búsqueda de la información, proveer la información requerida y fundamentar expresamente la existencia de alguna causal para no acceder al pedido.

3.4. ¿Qué información es accesible al ciudadano por medio de este derecho?

La información a la que puede acceder cualquier ciudadano por este procedimiento es toda aquella que se encuentre bajo la custodia, administración o tenencia de la entidad, tanto la que ella misma produce como la que está obligada a producir, la que está bajo su poder; la información que capta y la que está obligada a recolectar de otros en cumplimiento de sus funciones.

La información es accesible cualquiera sea su medio de soporte (contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital) y sin perjuicio de la antigüedad de su tenencia.

Sin embargo, el derecho no implica la obligación de crear o producir información a pedido del solicitante si no se cuenta con ella o no se tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, la obligación de realizar evaluaciones o análisis de la información que posean ni emitir algún tipo de manifestación de voluntad o valoración particular respecto a la información que posee.

3.5. El acceso a la información durante los procesos de selección y cómo configurar su ejercicio

No cabe duda de que el ejercicio del derecho de acceso a la información dentro de un proceso de selección en curso participa de las mismas calidades y alcances de cuando es ejercido en otros ámbitos de la actuación gubernamental.

En esa medida podemos sintetizar que el derecho de acceso a la información en los procesos de selección corresponde a todos los postores del proceso que hayan llegado al final del proceso, hayan sido excluidos del mismo e, incluso, permite ejercerlo a terceras personas, aunque no hayan participado en el mismo, pudiendo o no haberlo hecho.

El objeto de este derecho en el marco de los procesos de selección recae sobre el expediente de contratación íntegramente considerado, entendido como el conjunto de documentos en el que aparecen todas las actuaciones referidas a una determinada contratación, desde la decisión de adquirir o contratar hasta la culminación del contrato, incluyendo los documentos de la entidad, de otras entidades, y de los postores (adjudicatario, descalificados, inadmitidos, etc.), la información previa referida a las características técnicas, valor referencial, la disponibilidad presupuestal y su fuente de financiamiento, aunque dicha información no haya sido organizada como expediente formal a esa fecha.

En cuanto a su alcance, el derecho no solo consiste en la posibilidad física de examinar el contenido del expediente, sino de obtener simultáneamente copia de los mismos documentos, cualquiera sea su soporte. Nótese que esta simultaneidad impide la indebida práctica de permitir el acceso meramente físico al expediente, pero diferir o condicionar a gestiones posteriores la obtención de copias de este para su correspondiente análisis y control.

Un último aspecto que resaltar es que en este escenario resalta particularmente el carácter instrumental o relacional⁴⁷³ del derecho de acceso a la información como

⁴⁷³ STC Exp. Nº 1797-2002-HD/TC, fundamento 10.

presupuesto o medio para ejercer otros derechos, como el del recurso o impugnación o valores constitucionales, el combate a la corrupción.⁴⁷⁴ En este caso, el derecho de acceso a la información es un instrumento indispensable que permite a los postores ejercer en tiempo, forma y calidad otro derecho como es el del recurso o impugnación para cuestionar en sede administrativa y judicial cualquier acción indebida de la entidad licitante o de otros postores y, en conjunto, el acceso a la información sirve de instrumento de control preventivo de actos indebidos y corrupción en la formación de los contratos estatales

Sin embargo, por las particularidades de los procesos de selección se necesita una adecuada regulación de su ejercicio en los pliegos y, para ello, consideramos, debe necesariamente diferenciar varias hipótesis y definir pautas de buena administración que hagan compatible esta exigencia con otros principios, valores y derechos también relevantes, como son la eficacia del proceso de selección seguido, la integridad, la prevención de prácticas indebidas por los interesados y, finalmente, el favorecimiento del control concurrente que este acceso a la información permite a los competidores.

En efecto, el acceso a la información dentro del proceso de selección debe ser oportuno, de modo que funcione como un mecanismo de control del proceso mas no como un desproporcionado instrumento para poner el riesgo la celeridad en la toma de decisiones internas en el proceso (p. ej., definir admisibilidad de propuestas) y la necesidad pública demandada. A su vez, el acceso a la información del competidor debe ser compatibilizado con el derecho a la reserva de la información sujeta a secreto comercial que transparenta a la entidad, en su propuesta, la empresa competidora a la entidad. A su vez, el acceso a la información debe funcionar con prudencia para no transparentar información del proceso –o, por lo menos, no hacerlo en momentos impertinentes– porque puede funcionar como un instrumento favorecedor de prácticas incorrectas de los interesados y postores, así como en procedimientos negociados de contratación.

⁴⁷⁴ STC Exp. Nº 1271-2008-PH/TC.

Si bien uno de los baluartes de la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas es la transparencia, debe estarse alerta a que “en ciertas circunstancias, las medidas de fomento de la transparencia pueden facilitar la colusión entre los proveedores”,⁴⁷⁵ permitiendo los acuerdos colusorios y dando las condiciones a los coludidos para identificar con quiénes buscar acuerdos o que controlen el cumplimiento del acuerdo. Por ejemplo, si bien es compatible con el acceso de la información conocer la relación de empresas que se han interesado en una convocatoria o son aptas para postular en el proceso, ¿es dable que ello sea conocido antes que las empresas decidan presentar propuestas?

Aunque parezca un contrasentido, el aumento de la transparencia de la información de un proceso en curso, pese a perseguir honestamente el objetivo de reducir la corrupción, puede conducir a ampliar el margen de maniobra de prácticas anticompetitivas. Como advierten las Naciones Unidas,⁴⁷⁶ la supresión artificial de la incertidumbre sobre la actuación de los competidores tiende a eliminar *per se* la rivalidad competitiva ordinaria y permitir los acuerdos indebidos, así como controlar mejor el cumplimiento del pacto por las empresas. Es conocido que “las regulaciones que requieren que los participantes en un mercado publiquen información sobre sus niveles de precios o de producción pueden contribuir en buena medida a la formación de carteles, ya que un requisito clave para la operación de esta estructura de mercado es que sus participantes tengan un seguimiento eficaz de la conducta de sus competidores (o coconspiradores en el mercado)”.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ OCDE, *Foro Latinoamericano de Competencia, Sesión III - Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción Documento de base 18-19 de septiembre de 2012*, Santo Domingo, República Dominicana, 10. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2012\)15&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2012)15&docLanguage=Es)

⁴⁷⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, *La política de la competencia y las adquisiciones del sector público* (Ginebra, Naciones Unidas, 2012). https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd14_sp.pdf

⁴⁷⁷ Carlos Gómez Asencio, *La mejora regulatoria (better regulation): aplicaciones en materia de contratación pública* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 320.

Coincide con ello, respecto a la protección del secreto comercial, que también compone el principio de buena administración, Rodríguez Arana-Muñoz cuando afirma claramente que: “Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas, así como del secreto profesional y comercial o de la seguridad pública. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede ser consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso”.⁴⁷⁸

En ese contexto, habíamos anunciado que para el tratamiento debido al acceso a la información en el transcurso de un proceso de selección merecen diferenciarse tres aspectos:

- La legitimidad de quien solicita el acceso a la información.
- La oportunidad en que ese derecho puede ser ejercido dentro del curso del proceso de selección.
- La información que es objeto del pedido de acceso.

3.6. La legitimidad de quien solicita el acceso a la información

Como hemos mencionado antes, el derecho de acceso a la información en el transcurso del proceso de selección puede ser ejercido tanto por quien posee interés directo y económico o moral en la información solicitada, como por quien no posee ninguna de esas características. Es decir, el pedido puede ser presentado por un postor dentro del mismo proceso o por un tercero ejerciendo interés general de buen ciudadano (p. ej., periodista, gremio empresarial, empresa que, aunque no hubiese postulado al proceso desea controlar su legalidad).

⁴⁷⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, n. 2, vol. 1 (julio-diciembre 2014).

¿Existe alguna diferencia notable en ambas situaciones, si el régimen de acceso a la información indistintamente comprende ambos supuestos? En nuestro modo de apreciar, sí existe una diferencia esencial, ya que el postor, además del ejercicio del derecho de acceso a la información e instrumental al control del proceso, ejerce un derecho confluyente: a su debido proceso, ya que con seguridad ha sido afectado por una decisión que considera ilegal y recíprocamente se ha beneficiado a otro postor, con más puntaje, admitiéndolo, convalidando defectos, etc. En ese sentido, la demanda de acceso a la información por parte de quien es un postor debe recibir un tratamiento prioritario, en búsqueda de no consumir la afectación que considera haber sido sujeto. Por su lado, el pedido de información realizado por quien no es parte de ese procedimiento, esto es, un tercero, si bien debe ser atendido, merece ser tramitado conforme al régimen común del acceso a la información.

En ese sentido, resulta contrario al principio de buena administración que los pliegos encaminen el acceso a la información ejercicio por los postores hacia el régimen común del acceso a la información que conllevan plazos, instancias y formalidades ordinarias, cuando se corresponde una vía más bien especial y sumaria, compatible con el debido proceso y debido control de las actuaciones administrativas.

3.7. La oportunidad en que ese derecho se puede ejercer dentro del curso del proceso de selección

Un segundo aspecto que amerita ponderar intereses es el momento en que se puede ejercer el derecho de acceso a los postores dentro de un proceso licitatorio en curso.

Lo ordinario es que el acceso a la información de cualquier ciclo administrativo se ejerce y se cumpla mirando únicamente el interés de quien lo pide: desde tantos días a partir del pedido que se presenta, sin, además, ninguna formalidad especial y en paralelo o ser tramitado por cuerda separada. Ello sucede en todos los casos, pero tratándose de un procedimiento de selección en curso es necesario ponderarlo con el factor eficacia del procedimiento de selección dirigido a seleccionar la mejor propuesta para la entidad. Si

el acceso fuera indiscriminado en cualquier momento y simultáneo por todos los interesados, ciertamente el proceso no avanzaría con celeridad. Por ello, la ponderación nos conduce a que el acceso al expediente se realice en un periodo específico, después de haberse tomado la decisión de elegir la mejor propuesta, pero con la oportunidad suficiente para permitir cautelar el debido proceso de los postores no adjudicatarios antes de que se perfeccione el contrato adjudicado.

En esa línea, el Reglamento de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que el ejercicio de ese derecho dentro de los procesos de selección justamente se realiza después de adjudicado el contrato en adelante. Así, se expresa que:

Artículo 61. Acceso a la información

61.1. Durante la revisión de las ofertas no se da a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado la adjudicación de la buena pro.

61.2. Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los participantes y postores al expediente de contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

61.3. Luego de otorgada la buena pro no se da a conocer las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.

La norma bajo comento claramente establece dos momentos distintos: uno reservado que va desde la apertura de sobres hasta la publicación de la decisión con la adjudicación

de la buena pro.⁴⁷⁹ La segunda que, precisamente, se inicia una vez otorgada la buena pro, que es de acceso a terceros (aunque la norma parece permitir el acceso únicamente a postores, no cabe duda que una interpretación conforme a la Constitución permite el acceso a la información a cualquier tercero), a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

Dado el carácter instrumental del derecho de acceso en relación con el derecho de impugnación y al control oportuno del acto de corrupción, reviste capital importancia la celeridad y la suficiencia del acceso a la información relevante. De ahí que sea un riesgo la exigencia de pedir el acceso por escrito pese a que se dice que el acceso debe darse a más tardar el día siguiente del pedido. Es imperativo que el acceso sea permitido de inmediato al íntegro de la información del proceso, se acceda a la reproducción de esta, la asistencia sea con especialistas para realizar el análisis *in situ*, la posibilidad de tomar copias, copiar archivos y demás acciones involucradas en la finalidad de este derecho.⁴⁸⁰⁻⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Esta posición se encuentra confirmada en la Opinión N° 125-2012/DTN, en la que el Organismo Supervisor de Contrataciones Estatales, ante consulta de Proviás Nacional, concluyó afirmando que: “La normativa de contrataciones del Estado ha establecido que el derecho de los postores a acceder al contenido del expediente de contratación se origina una vez que ha sido otorgada la buena pro, momento a partir del cual estos pueden formular la respectiva solicitud a la entidad”. Compartiendo la posición, sí debemos advertir que no es que el derecho del postor se origine únicamente a partir de ese momento, ya que el derecho lo tiene por sí mismo, sino que el momento para poder ejercerlo es luego la entidad elige el mejor proceso y no antes.

⁴⁸⁰ Conocemos acerca de algunas malas prácticas incurridas por las entidades con la finalidad de afectar el derecho de acceso a la información del postor, tales como: sujetar el acceso a pagos previos por la reproducción de las copias de los documentos que no pueden ser cuantificados, hacer depender el acceso a una resolución favorable que debe emitir alguna autoridad superior, impedir el acceso al expediente con personal especializado, permitir el acceso a un recinto cerrado para leer los documentos pero rechazando que el interesado lleve cámaras, libros de notas, lapiceros, etc.

⁴⁸¹ El OSCE (Opinión N° 056-2018/DTN) ha precisado correctamente que el derecho ejercido en este contexto le permite al interesado: “Conforme al numeral 40.2 del artículo 40 del Reglamento, una vez otorgada la buena pro, la entidad está en la obligación de permitir el acceso de los participantes y postores al expediente de contratación –salvo que se trate de información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia– a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito; asimismo, a efectos de recoger la información de su interés, estos pueden valerse de distintos medios, tales como: (i) la lectura y/o toma de apuntes, (ii) la captura y almacenamiento de imágenes, e incluso (iii) pueden solicitar copia de la documentación obrante en el expediente, siendo que, en este último caso, la Entidad deberá entregar dicha documentación en el menor tiempo posible, previo pago por tal concepto”.

Tan nefasto para la transparencia es que se deniegue el acceso de manera ilegal como que se le permita de manera extemporánea. Este es uno de los aspectos débiles de la regulación peruana al no establecer un mecanismo específico y eficiente para controlar las limitaciones de acceso a la información de los postores.⁴⁸²⁻⁴⁸³

En efecto, descartadas las alternativas comunes del hábeas data o las denuncias al Sistema Nacional de Control por su poca inmediatez para permitir controlar una ilegal adjudicación, se ha regulado,⁴⁸⁴ la figura de “dictamen sobre barreras de acceso” que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado puede emitir a pedido de la parte afectada cuando no se entrega copia de los documentos de procedimiento de selección a pesar de haberse efectuado el pago del derecho o se obstaculiza la lectura del expediente. Este procedimiento resulta ineficiente por varias razones: hace reposar en el afectado la carga de la prueba de la obstrucción mediante constataciones policiales, judiciales o notariales, y comprobantes de pago de tasas, tiene que ser plantearlo siguiendo un formulario expresamente aprobado para el efecto y reservarse el OSCE un plazo de hasta 30 días hábiles desde la solicitud para resolverlo. Es decir, este dictamen, que además carece de efecto vinculante alguno, resulta emitido cuando se ha vencido en exceso el plazo para el perfeccionamiento del contrato y de interposición del recurso administrativo contra ello.

Más eficiente sería en esos casos admitir la interposición del recurso contra la adjudicación ilegal y permitir que una vez que el expediente suba a la autoridad competente para resolverlo se le permita al impugnante modificarlo o perfeccionarlo en función de la información que acceda ya en esta fase. Esta es la propuesta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:

⁴⁸² Ello es así más aún porque el OSCE ha establecido que “el hecho de solicitar la lectura del expediente para conocer mejor los antecedentes del caso particular no constituye causal de suspensión del plazo para la interposición del recurso de apelación” (Resolución N° 976-2002 TC/S1 de 04/12/2002).

⁴⁸³ El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales estableció la doctrina correcta que “el plazo para la interposición (del recurso especial) queda en suspenso desde que se solicita la vista hasta que se lleve a cabo esta, volviendo a correr a partir de entonces” (Resolución N° 166/2012 de 3 de agosto, 0913/2015, 0582/2015).

⁴⁸⁴ Directiva N° 0045-2017-OSCE/CD “Acciones de supervisión a pedido de parte”.

Artículo 52. Acceso al expediente

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.

3.8. La información de las entidades objeto del pedido de acceso durante el proceso licitatorio: privada presentada voluntariamente al proceso y privada protegida por su naturaleza confidencial

El derecho de acceso a la información en el marco de un proceso de selección en curso también amerita algunas precisiones en función de la información que sea objeto del pedido.

Si bien el derecho se ejerce por igual frente a la información que produce la entidad que respecto a la información entregada por los otros postores durante el proceso para

acreditar sus credenciales y hacerse merecedor a la buena pro (p. ej., factores de competencia, asignación de puntaje), en este último aspecto debe diferenciarse entre la información privada que es de acceso público de aquella que es objeto de protección por la existencia de otros intereses, como el secreto bancario, comercial, industrial o de protección de datos personales.

En ese sentido, las reglas del proceso deberían distinguir el acceso a la información en tres supuestos:

- i) Información propia de la entidad estatal u otras entidades (p. ej., actas de comité de evaluación, bases, resoluciones de conformación del comité especial, presupuestos, estudio de mercado, etc.).
- ii) información de origen privado presentada al proceso, pero no sujeta a restricción de acceso por parte de terceros.
- iii) Información de origen privado de acceso restringido, aunque haya sido información presentada voluntariamente a ese proceso específicamente (información confidencial).

No queda duda que respecto a la información generada por la entidad o proveniente de otras entidades no hay limitación alguna para su acceso. Respecto de estas no son argumentos atendibles para denegar el acceso: que su revelación resulte inconveniente para la autoridad o el Estado o afecte su imagen, si la revelación puede comprometer políticamente a la autoridad o al Gobierno, cualquier consideración sobre la identidad del solicitante (p. ej., nacionalidad, capacidad para apreciar la información solicitada), si la revelación de la información entorpezca el proceso de perfeccionamiento contractual o el cumplimiento de alguna de las funciones de la entidad, la mera oposición de terceros para la entrega de la información, si el volumen de la información es excesivo, si lo que se pide es frívolo o irrelevante a criterio del funcionario, si se trata de proyectos o documentos inconclusos o supuestamente de uso interno exclusivo, si son actos de la entidad no sujetos a Derecho Administrativo o referidos a procedimientos en trámite.

La situación compleja surge respecto a la accesibilidad de terceros a la información que los postores presentan al proceso, pues debe diferenciarse según aquella sea de acceso público o no, esto es, si está incurso o no dentro de la excepción de confidencialidad que se permite en cada ordenamiento nacional.⁴⁸⁵ En este caso, la confidencialidad de la información opera como un límite al derecho de los otros ciudadanos para acceder a la información con que ya dispone la Administración por habérsela proporcionado el postor y no de un límite para conocer esa información por parte de la entidad convocante.⁴⁸⁶

3.9. La confidencialidad de la información de secreto comercial presentada por el postor en su oferta

Esta reedición en el escenario contractual público del debate entre acceso a la información pública y confidencialidad de la información presentada voluntariamente por los particulares en los procedimientos que les conciernen no ha sido extraña a la propia regulación de la materia, pues encontramos ya regulación sobre este punto en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC,⁴⁸⁷ la Comunidad Europea en su Directiva

⁴⁸⁵ En este caso estamos frente a un caso específico de tensión entre el derecho de acceso a la información y la información confidencial por secreto comercial que los particulares proporcionan a las entidades públicas, cuya regla general se encuentra en el artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2003-PCM, que regula lo siguiente:

“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

[...]

2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente”.

⁴⁸⁶ El principio general del derecho de la confidencialidad opera en las relaciones con la Administración en una doble dirección: i) en unos casos, limita el derecho de los ciudadanos a acceder a la información de que dispone la administración y, en otros casos, recorta la potestad de la Administración de solicitar a los ciudadanos determinados datos o información propia o de terceros. José Laguna de Paz, “El principio de confidencialidad como límite a la difusión o acceso a la información”. En Avelino Blasco Esteve, coord. *El Derecho público de la crisis económica, transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo* (Madrid: INAP, 2011), 587.

⁴⁸⁷ La preocupación por esta materia la podemos encontrar desde el Acuerdo Sobre Contratación Pública de la OMC, cuyo texto revisado el 2012 indicaba:

“Artículo XVII. Divulgación de información

[...]

Comunitaria 2014/24,⁴⁸⁸ España,⁴⁸⁹ Uruguay,⁴⁹⁰ entre otros ordenamientos de la especialidad.⁴⁹¹

No divulgación de información

[...]

2. No obstante cualquier otra disposición del presente Acuerdo, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, facilitará a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.

3. Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que exige a una Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, que revele información confidencial, si esa divulgación pudiera:

- a. constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes;
- b. ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores;
- c. lesionar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual; o
- d. ser por otros motivos contraria al interés público”.

⁴⁸⁸ “Artículo 21. Confidencialidad

1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”.

⁴⁸⁹ Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

“Artículo 140. Confidencialidad

1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.

⁴⁹⁰ Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera, Decreto 150/012

“Artículo 65.

[...]

Los oferentes que así lo deseen podrán requerir a la Administración que le facilite copia o archivo electrónico de las ofertas presentadas para su análisis. El costo será de cargo del peticionario. En el contenido de las ofertas se considerarán informaciones confidenciales, siempre que sean entregadas en ese carácter (artículo 10 de la Ley 18.381, de 17 de octubre de 2008), la información de clientes, la que puede ser objeto de propiedad intelectual y aquellas de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezcan los pliegos únicos o, en su caso, el pliego particular. No se consideran confidenciales los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta”.

⁴⁹¹ Respecto a este tema pueden revisarse con provecho los trabajos del profesor Martín Razquin Lizarraga, entre los cuales resaltamos “El principio de confidencialidad en la contratación pública”. En José María Gimeno Feliú, dir. Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público / Carlos-Alberto Amoedo-Souto (aut.), 2018, 867-911.

Nótese que la naturaleza confidencial de la información pretende su no conocimiento por parte de otros terceros, particularmente competidores, pero de modo alguno limita su conocimiento o análisis por parte de las autoridades administrativas competentes para ello (comité especial, autoridades superiores, Tribunal que resuelve controversias precontractuales u órganos de fiscalización), quienes sí mantienen su capacidad de acceso, aunque manteniendo también el deber de no difusión frente a terceros.

Particularmente, los principales supuestos de información confidencial los encontramos en los casos de secretos comerciales o empresariales,⁴⁹² respecto a los cuales la autoridad define si por haber sido entregados a la entidad de manera voluntaria –y no compulsiva– en el marco de un proceso de selección alcanzan por ello accesibilidad pública o, por el contrario, pese a eso preservan su carácter reservado y, por ende, no es accesible a terceros, como veremos a continuación.⁴⁹³ Es este caso tendremos dos

⁴⁹² Es importante, al respecto, revisar la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que posee dos reglas relevantes para este tema:

i) definir que es secreto empresarial cualquier información referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios. A dicho efecto, se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido de que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta (artículo 260); y, ii) que no se considerará como secreto empresarial aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial, sin embargo, no se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad (artículo 261).

⁴⁹³ La preocupación por esta materia la podemos encontrar desde el Acuerdo sobre contratación pública de la OMC, cuyo texto revisado el 2012 indicaba:

“Artículo XVII. Divulgación de información

[...]

No divulgación de información

[...]

2. No obstante cualquier otra disposición del presente Acuerdo, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, facilitará a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.

derechos en colisión: el acceso por parte de un postor descartado (descalificado, inadmitido o simplemente de menor puntaje) a la información del proceso y, en particular, de la información del postor elegido y el derecho a la confidencialidad de sus secretos comerciales del postor adjudicatario y que ha suministrado esa información en el convencimiento y confianza legítima que la autoridad se conducirá respetando esa reserva.

Desde la perspectiva constitucional se han elaborado algunos criterios para solucionar esta antinomia entre los dos derechos constitucionales que nos pueden resultar útiles para nuestro escenario de contratación estatal.

- **Principio de máxima divulgación y el derecho de acceso a la información como libertad preferida.**⁴⁹⁴ conforme a este principio, toda la información es accesible,

3. Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que exige a una Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, que revele información confidencial, si esa divulgación pudiera:

- a. Constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes;
- b. ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores;
- c. Lesionar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual; o
- d. Ser por otros motivos contraria al interés público”.

⁴⁹⁴ Respecto al carácter de libertad preferida del derecho de acceso a la información, el Tribunal Constitucional ha expuesto (STC Exp. Nº 1797-2002-HD/TC, fundamento 11) que ello “[...] no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de este con otros derechos fundamentales [o con otros bienes constitucionalmente protegidos] se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente, ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que, ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”.

No obstante, tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no solo se sujeten a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad. Esta presunción se traduce en exigir al Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que con tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De modo que si el Estado no justifica dicha existencia, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; asimismo, ello

sujeta solamente a un sistema restringido de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcional al interés que las justifica. Por tanto, en caso de discrepancias o conflicto de normas, la ley de acceso a la información deberá prevalecer sobre toda otra legislación. En esa misma línea, siendo una libertad preferida el acceso a la información, es exigible al Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información solicitada y, a su vez, que con tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De modo que, si el Estado no justifica dicha existencia, la presunción que recae sobre la reserva debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad.

- **Las excepciones al derecho son situaciones excluyentes normativamente previstas**, que facultan a la autoridad legítimamente a denegar el acceso a la información existente por proteger bienes constitucionalmente relevantes (seguridad nacional) y jurídicamente protegidos o derechos fundamentales vinculados a la vida privada de los titulares de la información (derecho a la intimidad personal y otros).
- **La tipicidad y proporcionalidad de la excepción**, dado que estas son creadas solo por ley expresa teniendo un contenido taxativo y fundándose en la protección proporcional de otros derechos fundamentales y debido al orden público relevante.
- **La interpretación restrictiva de las excepciones**: las excepciones son situaciones de interpretación restrictiva (no analogía ni interpretación extensiva).
- **La divisibilidad de la información exceptuada de la no exceptuada**: si un documento contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se mantendrá en reserva solo aquella parte que se considera reservada, pero no al acto en su totalidad. En ese caso, es obligatorio

implica que la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.

entregar la información parcialmente accesible segregando la parte, párrafo o dato reservado.

- **La exclusión del acceso público no afecta otros medios de transparencia:** la excepción es respecto al derecho de acceso ciudadano de información, pero no al acceso del Congreso, Poder Judicial, Contraloría General y Defensor del Pueblo.

Ahora bien, la información que resulta impedida de acceso a los demás postores es aquella que califique estrictamente como información confidencial por constituir secreto comercial. En particular resultan implicantes con secretos comerciales⁴⁹⁵ la

⁴⁹⁵ Respecto de los alcances del secreto comercial, los Lineamientos de confidencialidad de la comisión de defensa de la libre competencia (aprobados por Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI) consideran como información confidencial, por ejemplo:

- “i) La descripción de funciones, cuando revela la estrategia comercial de la empresa, al exponer las labores que la empresa ha considerado determinantes para su desarrollo y su asignación al personal, en función de los objetivos que espera cumplir, por lo tanto, puede dar cuenta de la elaboración de estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado.
- i) La descripción de la política de precios, cuando contiene precisiones acerca de las condiciones y criterios aplicados por la empresa solicitante para la determinación de sus precios.
- ii) Las políticas de descuentos, así como la descripción de los descuentos, exoneraciones otorgados / obtenidos respecto de los clientes / proveedores, cuando revela información sobre los clientes y aspectos de la relación comercial entre estos y la empresa solicitante.
- iii) La descripción de la relación con sus puntos de venta / agentes de distribución / proveedores, cuando permite apreciar las estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado. Asimismo, da a conocer el nivel de dependencia de la empresa solicitante respecto de sus distintos canales de distribución y venta.
- iv) Los contratos (adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general), porque revelan condiciones comerciales específicas entre la empresa solicitante y sus clientes o proveedores
- v) La lista de clientes / proveedores / distribuidores, porque puede constituir información relevante para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa solicitante. Asimismo, posee un valor comercial, cuya divulgación podría otorgar una ventaja indebida a sus competidores.
- vi) Participación porcentual de la venta de un producto específico respecto del total de sus ingresos o ventas dado que permite conocer la importancia de un producto determinado en los ingresos o ventas de una empresa y, por ende, su relevancia dentro de sus estrategias comerciales
- vii) Informes (de auditoría, económicos, contables, opinión técnica, estudios económicos elaborados por terceros, proyectos de inversión, de análisis o evaluación industrial), cuando cuentan con un valor comercial en sí mismos, al ser producto de una inversión económica directa realizada por la empresa solicitante con la finalidad de determinar sus políticas y estrategias comerciales. En ese sentido, su divulgación permitiría a los competidores beneficiarse indebidamente de la inversión realizada. Asimismo, la información utilizada para realizar estos informes puede reflejar estrategias o políticas comerciales de la solicitante, o su situación económica o financiera.

información para acreditar experiencia o determinadas habilidades especiales según se soliciten para acreditar el cumplimiento de determinadas condiciones y, consiguientemente, recibir puntaje favorable.⁴⁹⁶

Son ejemplos recurrentes de información sensible y de difícil calificación a priori cuando se solicitan a los postores presentar para calificación:

- i) Planes de trabajo a la medida del proyecto con descripción de funciones, cuando revela la estrategia comercial de la empresa, dando cuenta de estrategias destinadas a generar ventajas competitivas en el mercado.
- ii) La descripción de la política de precios cuando contiene precisiones acerca de las condiciones y criterios aplicados por la empresa solicitante para la determinación de sus precios.
- iii) Los contratos (adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general) con clientes privados porque revelan condiciones

viii) Estadística mensual o anual de ingresos, cuando posee valor comercial, pues revela la situación económica de la empresa solicitante, así como su desempeño comercial.

ix) Detalle de los márgenes de utilidad, cuando permite inferir la evolución del desempeño y políticas comerciales de la empresa solicitante.

x) Costos (costos promedio, serie estadística de costos y costos de producción), porque permiten conocer la importancia de elementos clave en el proceso productivo (insumos) o en sus políticas comerciales, así como aquellos gastos en los que incurre para llevar a cabo su giro de negocio (gastos de publicidad, costos de comercialización, arrendamientos, etc.). Por lo tanto, es información que, de estar al alcance de sus competidores, podría otorgarles una ventaja indebida.

xi) Facturas, cuando permitan apreciar las políticas comerciales específicas, como la política de otorgamiento de líneas de crédito y de descuentos.

xii) *Stock* / inventarios, cuando revela la capacidad operativa de la empresa solicitante y su posible estrategia comercial.

xiii) Proceso productivo, cuando detalla el modo en el que la empresa solicitante emplea sus recursos (insumos, capital, maquinaria, etc.) para desarrollar su actividad comercial. Asimismo, refleja aspectos particulares de su actividad de producción como el *know how*". Compilado de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), Comisión de Defensa de la Libre Competencia, *Lineamientos sobre confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (aprobados mediante Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI)*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/LineamientosConfidencialidadCLC.pdf/a27f7699-1ccf-489a-892f-1f81515a3acf>

⁴⁹⁶ A nivel comunitario este tema está regulado en la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Texto pertinente a efectos del EEE)

comerciales específicas entre la empresa solicitante y sus clientes o proveedores que no deberían ser conocidos por la competencia.

- iv) La lista de clientes/proveedores/distribuidores porque puede constituir información relevante para el desarrollo de la estrategia comercial de la empresa solicitante.
- v) La participación porcentual de la venta de un producto específico respecto del total de sus ingresos o ventas dado que permite conocer la importancia de un producto determinado en los ingresos o ventas de una empresa y, por ende, su relevancia dentro de sus estrategias comerciales.
- vi) El detalle de los márgenes de utilidad, cuando permite inferir la evolución del desempeño y políticas comerciales de la empresa solicitante.
- vii) Los costos de producción del bien que ofrecen, porque permite conocer la importancia de elementos clave en el proceso productivo (insumos) o en sus políticas comerciales, así como aquellos gastos en los que incurre para llevar a cabo su giro de negocio (gastos de publicidad, costos de comercialización, arrendamientos, etc.).
- viii) Las facturas, cuando permitan apreciar las políticas comerciales específicas, como la política de otorgamiento de líneas de crédito y de descuentos a clientes específicos.

3.10. El caso peruano: el tratamiento de la información confidencial suministrada por los postores a las entidades

El tratamiento dispensado por la normativa nacional al no acceso público de la información comercial de los postores lo encontramos en el Reglamento antes citado.

Si bien resulta clara la mención a la reserva de la información confidencial, no queda claro el procedimiento a seguir para ello. Una revisión literal parece indicarnos que será de cargo de la autoridad a cargo del expediente apreciar y resolver de oficio si alguna información presentada por los postores tiene carácter confidencial o no.

Pero cuando revisamos los instrumentos internacionales que también rigen el país, para determinados contratos en función de los umbrales, tipos de entidades y naturaleza de los contratos apreciamos que aparece el carácter rogado de la calificación. En efecto, así el Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, en el que se establece, la regla de la **no divulgación de la información** (9.13): “2. Ninguna Parte, entidad contratante o autoridad de revisión, a la que se hace referencia en el Artículo 9.11, podrá revelar información que la persona que la proporcionó haya designado como confidencial de conformidad con la legislación doméstica, salvo que se cuente con la autorización de dicha persona”.

En similares términos, el TLC con Unión Europea: “3. Ninguna disposición de este Título se interpretará en el sentido de exigir a una parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, revelar información confidencial, si esa divulgación pudiera constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes, pudiera perjudicar la competencia leal entre proveedores, perjudicara los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual, o sea, de otra manera contraria al interés público”.

Otro modo de regulación de este mismo tema lo podemos ubicar en el TLC con Costa Rica, el que establece:

No divulgación de información

[...]

2. Ninguna Parte, incluyendo sus entidades contratantes, autoridades u órganos de revisión, podrá revelar información que la persona que la proporcionó haya designado como confidencial, de conformidad con su legislación nacional, salvo que se cuente con la autorización de dicha persona.

3. Sin perjuicio de cualquier otra disposición de este Capítulo, ninguna Parte, incluyendo sus entidades contratantes, facilitará a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores.

4. Ninguna disposición en este Capítulo será interpretada en el sentido de obligar a una Parte, incluyendo sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, a divulgar información confidencial bajo este Capítulo, si esa divulgación pudiera:

(a) impedir el cumplimiento de la ley;

(b) perjudicar la competencia leal entre proveedores;

(c) perjudicar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluyendo la protección de la propiedad intelectual; o

(d) ser de otra manera contraria al interés público.

Como se puede apreciar, estamos aquí frente al conflicto entre los derechos de acceso a la información y de confidencialidad de la información comercial de los postores, ambos valores cubiertos por la buena administración. Así, la información confidencial por secreto comercial es una excepción a la regla de acceso al expediente y, por ello, se regula por las reglas que ya comentamos antes (situaciones excluyentes normativamente previstas, tipicidad y proporcionalidad de la excepción, interpretación restrictiva, divisibilidad de la información y no exclusión de otros medios de transparencia).

3.11. La calificación de secreto de la información presentada y los supuestos que esto conlleva

Una de las particularidades del tratamiento de la información confidencial en las fuentes supranacionales vigentes en el Perú es el carácter rogado⁴⁹⁷ de la protección de la información ya que no opera de oficio de resolver el pedido de acceso a la información. Esto indica que la protección se produce ante el pedido suficientemente justificado del propio postor efectuado al presentar la oferta respecto a la confidencialidad de determinados extremos de su propuesta.

⁴⁹⁷ Laguna de Paz, "El principio de confidencialidad como límite a la difusión o acceso a la información", 591.

En esa línea, para la concreción de esta excepción se necesita partir de la “calificación de la confidencialidad por el titular del derecho”,⁴⁹⁸ pues es quien presenta su proposición quien conoce el grado de accesibilidad que desea dar a sus documentos de conformidad con el régimen normativo aplicable a la materia. Así, conforme reconoce la doctrina la “empresa debe calificar como confidenciales determinados documentos aportados o parte de ellos. El poder adjudicador no puede calificar de oficio ciertos documentos como confidenciales si no lo ha efectuado la empresa que los ha presentado”.⁴⁹⁹

Como se puede apreciar, esta regla aporta la necesidad que sea el propio postor suministrante de la información –y no la entidad licitante– quien al momento de entregarla proceda a calificarla como confidencial, de manera clara y formal –con extensión total o parcial– y a pedir a la entidad convocante que mantenga esa reserva. Será únicamente a partir de ahí que la entidad realiza un ponderado análisis sobre el alcance inaccesible de la información para los terceros, aunque sean competidores en el mismo proceso.

Para poder armonizar el principio de buena administración en este tema es menester que la decisión de limitar el acceso a la información basada en su carácter confidencial deba motivarse analizando casos concretos, ponderando si la afectación a la vida privada o intimidad sea de tal magnitud que, en su colisión con el derecho de acceso a información, permita restringirlo.

Este análisis, aunque parte de la calificación del propio postor sobre el carácter de secreto comercial de la información pasa por la calificación que la autoridad debe hacer de esa subsunción y además analizar si la revelación de la información, en el caso

⁴⁹⁸ Martín Razquin Lizarraga, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las administraciones públicas (Unión Europea y España)* (Madrid: Lustel, 2013), 236.

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, 237.

concreto, genera o puede razonablemente dañar sustancialmente al titular de la información (p. ej., posición competitiva, interés de la privacidad).⁵⁰⁰

Es dable preguntarse si “el órgano de contratación puede rechazar la declaración o manifestación de confidencialidad expresada por una empresa, por entender que excede de la protección expresa en este precepto legal. Y la respuesta debe ser positiva para el caso de que la declaración de confidencialidad no se corresponda con los ámbitos de protección señalados, en definitiva, cuando no se halle amparada bajo el concepto de secreto empresarial”.⁵⁰¹ Es decir, a la declaración de confidencialidad de su propia información le sigue una actuación responsable del funcionario público a cargo del expediente, quien se encuentra en la competencia suficiente para analizar la real cobertura de esa información y si merece la calificación de confidencial conforme al ordenamiento jurídico. Esta decisión es producida por el funcionario bajo su propia responsabilidad dado que constituye falta administrativa sancionable permitir el acceso a terceros a información confidencial que se tiene bajo custodia.⁵⁰²

⁵⁰⁰ Un caso similar fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 02838-2009-PHD/TC, cuando planteó un hábeas data para obtener acceso a la información de los balances generales y los estados de ganancias y pérdidas de las empresas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores. Ahí, el Tribunal Constitucional decidió denegar el acceso a la información, bajo el razonamiento siguiente:

“Por lo tanto, si bien los particulares que se inscriben en el Registro Nacional de Proveedores entregan a la Administración determinada documentación contable a fin de demostrar tanto la solvencia económica como el volumen de operaciones de los postores a efectos de que el Estado elija la mejor opción existente en el mercado en aras de satisfacer el interés público en juego en cumplimiento de lo establecido en materia de adquisiciones y contrataciones estatales, ello no significa que dicha información de carácter privado pase al dominio público, por cuanto dicha entrega se realiza en conformidad con lo establecido por el ordenamiento jurídico y sin que medie consentimiento del particular en divulgar tal información. En todo caso, aun cuando el suministro de la información requerida incrementa la eficiencia del mercado, el logro de tal objetivo no puede realizarse a costa de sacrificar completamente otros bienes constitucionales igualmente legítimos. En consecuencia, corresponde confirmar la recurrida al no haberse vulnerado el derecho fundamental de acceso a la información pública invocado por la recurrente”.

⁵⁰¹ Razquin Lizarraga, *La confidencialidad de los datos empresariales*, 276.

⁵⁰² Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 259.- Faltas administrativas

259.1 Las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurrir en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de:

[...]

Del Derecho comparado⁵⁰³ es posible rescatar algún conjunto de criterios que bien pueden ser trasladados a nuestro país para comprender los alcances de esta dilucidación entre acceso y confidencialidad de la información de los postores en el marco de las contrataciones estatales. Las más importantes son: i) la calificación de confidencial por secreto comercial no puede extenderse a toda la propuesta presentada, pues ello comprendería fraude a la ley; ii) es de cargo de la proponente calificar y sustentar las razones por las cuales se entiende que una determina parte de la documentación presentada reviste ese carácter; iii) la entidad convocante no queda vinculada a la calificación realizada por el proponente, sino que debe realizar un análisis crítico respecto de ella y corroborar si los extremos señalados por el postor merecen tal calificación; iv) la calificación de secreto comercial se basa en las reglas jurídicas que lo desarrollan y no en la voluntad de las partes, por lo que no surten efectos como tales los acuerdos privados que califican como secreto comercial al margen del ordenamiento; v) la calificación de secreto puede ser aplicable a información que no es accesible al público, de modo que no puede negarse acceso a documentos que de otra forma pueden ser consultados por terceros (p. ej., contratos con otras entidades del Estado), sino únicamente los referidos a relaciones con otros particulares (p. ej., contratos con sus proveedores u otras empresas); vi) la decisión administrativa de calificar como reserva algún extremo de la propuesta adjudicada debe ser suficientemente motivada, indicando por qué reviste ese carácter e identificando qué concreto derecho o interés se puede ver afectado por el acceso a terceros; en esa medida, no bastan la mera declaración de confidencial planteada por el postor adjudicatario.

10. Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial a que se refiere el numeral 169.1 de este TUO” (Texto según Fe de erratas publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20/03/2017).

⁵⁰³ Seguimos en este punto la doctrina sustentada mediante diversas resoluciones por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en España. Véase al respecto, Santiago Rodríguez Bajón, *Doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016). También puede revisarse al respecto, Antonia Olivares Hortal, “Confidencialidad y transparencia en contratación pública”, *Gabiley*, n. 7 (septiembre 2016).

4. El debido procedimiento y la participación de los interesados en el procedimiento del recurso en materia de contratación

4.1. Aspectos generales del debido procedimiento del recurso en el Derecho internacional de las contrataciones

El principio del debido procedimiento consiste en la aplicación en sede administrativa de una regla esencial de convivencia en un Estado de derecho: el debido proceso. Para efectos prácticos, estamos hablando que el procedimiento que sigue el recurso debe contar con unas garantías mínimas inherentes al estándar aceptable en el procedimiento administrativo que a grandes rasgos y *mutatis mutandi* implican la aplicación a la sede administrativa de los derechos concebidos originariamente en la sede de los procesos jurisdiccionales.

Por lo general se afirma que el debido proceso administrativo supone en toda circunstancia el respeto por parte de la Administración Pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocados en el ámbito de la jurisdicción común y especializada. Un esquema inicial de la preocupación por este principio lo encontramos en la Ley Modelo CNUDMI, cuyo artículo 68 indica de manera resumida lo siguiente: “Artículo 68.- Derechos de los participantes en el recurso interpuesto [...] 3.- Todo participante en un recurso interpuesto con arreglo a los artículos 66 y 67 de la presente Ley tendrá derecho a estar presente y a hacerse representar y acompañar, en toda la audiencia que se celebre durante la sustanciación del recurso, así como el derecho a ser oído, a presentar pruebas al expediente del recurso, a reserva de lo dispuesto en el artículo 69 de la presente Ley”.

Pero el desarrollo mayor de esta enumeración de garantías mínimas a ser consideradas en el diseño del procedimiento del recurso se encuentra en el Acuerdo de la OMC, cuyo texto se ha preocupado por asegurar estos mínimos en caso de que el órgano competente de resolver el recurso sea una autoridad administrativa, pues se entiende

que si el competente es el Poder Judicial contará con las garantías del debido proceso judicial. En efecto, este documento plantea:

Artículo XVIII.- Procedimientos internos de revisión

[...]

6. Cada parte se asegurará de que, en caso de que el órgano de revisión no sea un tribunal, la decisión del mismo estará sometido a revisión judicial o sus actuaciones se ajustaran a un procedimiento que asegure que:

- a. la entidad contratante responderá por escrito la impugnación y estar asistidos
- b. Los participantes en las actuaciones (denominados en adelante participantes) tendrán derecho a ser oídos antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación.
- c. Los participantes tendrán derecho a ser representados y estas asistidos.
- d. Los participantes tendrán acceso a todas las actuaciones.
- e. Los participantes tendrán derecho a solicitar que las actuaciones sean públicas y que puedan presentarse como testigos; y,
- f. El órgano de revisión formulará sus decisiones o recomendaciones por escrito y a su debido tiempo, e incluirá una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ En líneas generales, este planteamiento ha sido recogido en los tratados de libre comercio de América Latina, como es el TLC Perú-Comunidad Europea, en los siguientes términos:

“Artículo 190.- Procedimientos internos de revisión

6.- [...] Cuando el órgano de revisión no sea un tribunal, sus decisiones deberán estar sometidas a revisión judicial o sus actuaciones se ajustarán a un procedimiento que asegure que:

- (a) la entidad contratante responda por escrito a la impugnación y dé a conocer todos los documentos pertinentes al órgano de revisión;
- (b) los participantes en el procedimiento (en adelante «participantes») tengan derecho a ser oídos antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación;
- (c) los participantes tengan el derecho de ser representados y estar asistidos;
- (d) los participantes tengan acceso a todas las actuaciones;
- (e) los participantes tengan derecho a solicitar que el procedimiento sea público y que puedan presentarse testigos; y
- (f) las decisiones o recomendaciones relacionadas con las solicitudes de impugnación por los proveedores sean presentadas por escrito y oportunamente, e incluyan una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación”.

4.2. Las garantías mínimas para asegurar el debido procedimiento en el recurso

4.2.1. El contradictorio: la exigencia que la entidad contratante responderá por escrito la impugnación

Una garantía fundamental de los participantes de la licitación es el necesario contradictorio entre las posiciones y pruebas que las partes aportan al procedimiento de instrucción del recurso. Ciertamente es que el procedimiento es iniciado por el postor, quien en su recurso presenta los aspectos ilegales del procedimiento, sus argumentos y las evidencias de sustento para ello. Lo que es necesario para el contradictorio es que la entidad presente también su posición mediante informe, conteniendo los argumentos de defensa para sustentar la corrección de su accionar, las razones sobre la improcedencia o inadmisibilidad del recurso.⁵⁰⁵ Lo propio harán los otros postores que puedan acreditar legitimidad ante el recurso (p. ej., el postor adjudicatario). Con esos argumentos se organizará el contradictorio que el órgano del recurso deberá resolver.⁵⁰⁶

Ahora bien, como la entidad y los terceros pueden no solo presentar posiciones contradictorias en su favor, sino también nuevos argumentos en contra del impugnante (por ejemplo, razones adicionales por las que la propuesta del impugnante debió excluirse o asignar menor puntaje), resulta buena práctica dar al impugnante la

⁵⁰⁵ Además de ello, es necesario que la entidad presente el expediente de contratación completo para el análisis del órgano del recurso, lo cual puede traer una demora y dificultad adicional porque se suceden casos en los que las entidades renuentes pueden demorar o simplemente no entregar esa información. En el caso de la acción de reclamo de Panamá se ha establecido que: “En el evento que el informe de conducta no se presente dentro del plazo establecido, la DGCP emitirá su decisión de conformidad con las constancias que reposan en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas ‘Panamá Compra’, siempre que se encuentren publicados en el Sistema, elementos probatorios suficientes para tomar una decisión. En caso contrario, el término para resolver no empezará a computarse y se instará a la entidad licitante a que cumpla con lo ordenado en la resolución de admisión correspondiente” (Reglamento de la Ley de Contratación Pública de Panamá, artículo 200).

⁵⁰⁶ Nótese que la posición del órgano de resolución es la de una autoridad que conoce la impugnación en segunda instancia de un acto administrativo y no la de una autoridad frente a un procedimiento trilateral o triangular. Esto último ha sido afirmado erradamente el Tribunal de Contrataciones peruano en su Acuerdo de Sala Plena N° 002-2012, lo cual autolimita su rol indebidamente.

posibilidad de absolver su posición respecto de aquellos mediante un escrito complementario.⁵⁰⁷

4.2.2. El derecho de los participantes a ser oídos antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho fundamental a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente, para la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter. Con esta norma no solo se establecen las líneas matrices del derecho al debido proceso –en su fase adjetiva– o del derecho de audiencia, sino específicamente se afirma como uno de sus contenidos el derecho que tiene todo ciudadano a informar –y, correspondientemente, a ser oído– por cualquier autoridad que tenga la competencia para resolver acerca de sus derechos, obligaciones e intereses con una finalidad expositiva y demostrativa. Consiste en el derecho de exponer las razones para sus pretensiones y defensas antes de la emisión de los actos que se refieran a sus intereses y derechos, a interponer recursos y reclamaciones y hacerse patrocinar en la forma que considere más conveniente a sus intereses. Proscribe la posibilidad de que se dicten actos administrativos de gravamen (por ejemplo, nulidad de oficio, revocación, sanciones) sin un previo procedimiento en el que se convoque el parecer de los administrados.

Una de sus manifestaciones principales es la posibilidad de informar ante las autoridades administrativas de manera concreta, verbal y preferentemente pública, las alegaciones conclusivas sobre la forma como la prueba actuada abona en nuestro favor o desestima las de la otra parte, el sentido en que la norma se aplica al caso y la forma como los hechos aprobados demandan la aplicación de determinada norma. Un cumplimiento fiel de este derecho permite al administrado, directamente o a través de

⁵⁰⁷ Por ejemplo, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de México contempla ello del modo siguiente: “El inconforme dentro de los tres días hábiles siguientes a aquel en que se tenga por recibido el informe circunstanciado tendrá derecho de ampliar sus motivos de impugnación, cuando del mismo aparezcan elementos que no conocía” (artículo 71).

sus representantes (jurídicos o técnicos), ilustrar mejor a las autoridades resolutorias y absolver las dudas que estos pudieren mantener acerca del objeto del proceso o los hechos relevantes.

Tres argumentos se suelen emplear para cuestionar la viabilidad del derecho al informe oral en sede administrativa: i) la forma escrita del procedimiento haría que el derecho de defensa deba ejercerse solo a través del alegato escrito; ii) la concesión del acto oral implica afectar la celeridad con que las autoridades deben resolver; y, iii) el informe oral está concebido solo para permitir que las autoridades absuelvan sus dudas sobre la materia controvertida, esto es, sería una etapa procesal a favor de la autoridad y no del administrado. Por ello se suele considerar equivocadamente que un pedido de informe oral puede libremente ser denegado por las autoridades si cualquiera de las razones anteriores es argumentado.

El derecho al debido proceso administrativo contiene el derecho a exponer oralmente ante las autoridades sus alegatos y, por tanto, existe la obligación de concederlo cuando sea solicitado en la debida forma por los administrados concernidos.

El reconocimiento del derecho fundamental a exponer oralmente ante las autoridades determina la necesidad de respetar algunas garantías fundamentales vinculadas, tales como el derecho a contar con tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, esto es, el plazo razonable entre la fecha de citación para el acto oral y el de su realización, que previamente se le permita el acceso al expediente y le hayan notificado de todos los actuados y escritos en el caso.

Este derecho no es absoluto en términos que su actuación deba producirse necesariamente con solo pedirlo, sino que la autoridad puede decidir –bajo su responsabilidad– denegar este derecho, pero únicamente cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas para ello (por ejemplo, si el pedido fuera manifiestamente dilatorio). Por tanto, no podrá ser denegado un pedido de informe oral, por la “sola invocación al análisis de lo actuado y a la materia en discusión”.

4.2.3. Los participantes tendrán derecho a ser representados y estar asistidos

Como las cuestiones objeto de controversia suelen tener una complejidad jurídica y técnica no menor resulta de suyo importante que los participantes no solo ejerzan sus derechos procesales por ellos mismos, sino haciéndose representar y asistir por expertos en las materias objeto de controversias. Con ello no solo se refieren a abogados, sino también a ingenieros (en variadas especialidades), médicos, economistas, contadores y demás profesiones que puedan aportar al esclarecimiento de los hechos objeto de la controversia.

4.2.4. Los participantes tendrán acceso a todas las actuaciones

Es una plasmación del derecho de acceso al expediente específico del recurso, pero especificado a quienes son partícipes del procedimiento del recurso. Obviamente que el derecho comprende al impugnante y a la entidad, pero también a los terceros partícipes en la licitación que puedan acreditar legitimidad en la controversia. Ello permitirá no solo ejercer su derecho a la defensa, sino controlar la corrección con que el órgano del recurso va conduciendo este procedimiento en específico.

4.2.5. El órgano de revisión formulará sus decisiones o recomendaciones por escrito y a su debido tiempo, e incluirá una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación

Consiste en el derecho que tienen los administrados a que las decisiones de las autoridades respecto a sus intereses y derechos hagan expresa consideración de los principales argumentos jurídicos y, de hecho, así como de las cuestiones propuestas por ellos en tanto hubieren sido pertinentes a la solución del caso. No significa que la Administración quede obligada a considerar en sus decisiones todos los argumentos expuestos o desarrollados por los administrados, sino solo aquellos cuya importancia y

congruencia con la causa tengan relación de causalidad con el asunto y la decisión a emitirse.

Pero, además, es derecho del impugnante que esa decisión motivada y fundada en derecho sea emitida en un plazo razonable. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es plenamente aplicable también a los procedimientos administrativos, por lo que el exceso de plazo constituye una afectación a este derecho fundamental y debe conducir como consecuencia la nulidad o cancelación del procedimiento administrativo así seguido. Es el sustento por lo que, por ejemplo, ahora el procedimiento sancionador de duración excesiva debe caducar.

Los criterios para apreciar si la duración de un proceso es o no razonable, a falta de una norma específica que establezca un plazo específico de duración al procedimiento, pueden ser: la complejidad del asunto, el comportamiento del administrado, la forma en que el asunto ha sido llevado por las autoridades administrativas (es decir, lo que ordinariamente demora en resolver ese tipo de procesos) y las consecuencias dañosas que efectivamente la demora produce a las partes. Cabe tener presente que no toda falta de celeridad en el procedimiento es apta para convertirse en una dilación indebida efectiva del derecho fundamental, pues para ello debe analizarse en función de los factores de ponderación antes anotados.

5. La garantía de indemnidad (tutela judicial efectiva)

5.1. La garantía de indemnidad para el recurrente en el Derecho internacional de la contratación pública

Uno de los elementos de la tutela judicial efectiva es la llamada “garantía de indemnidad” que constituye una verdadera protección para quien ejerce su derecho a accionar o reclama ante alguna autoridad frente a posibles represalias. El contenido de esta garantía de indemnidad tiene como antecedente la constatación que suele suceder que ante el ejercicio de cualquier tipo de acción se derivan contra el actor o proponente

consecuencias negativas tales como represalias o acciones de retaliación o, mejor dicho, respuestas de castigo o venganza por haber realizado el reclamo. Si bien estas acciones han encontrado amplio desarrollo en el ámbito laboral, también tienen presencia importante en la vía administrativa, donde las autoridades suelen percibir que las quejas o reclamos afectan la celeridad de la gestión, la concreción de los intereses de las entidades (en este caso, el perfeccionamiento del contrato) y, en general, el interés público.

Por ello, esta garantía busca prohibir cualquier género, explícito o encubierto, de represalia administrativa contra el impugnante, que venga causada de forma directa o indirecta por el ejercicio del legítimo derecho al recurso. De muy poco serviría el recurso en materia de contratación si las entidades pudieran ejercer represalias con el impugnante en la misma licitación o en cualquier otra. Por ello resultan inadmisibles que las normas o las autoridades empleen en la práctica una lista de restricción para quienes presentan recursos administrativos o consideren como impedimento o con puntaje negativo en futuras licitaciones a quienes hubieren presentado recursos especiales o demandas judiciales contra las entidades en la defensa de sus derechos en procesos de selección anteriores. No es necesario al efecto que dichas acciones adversas al reclamante muestren el objetivo, ánimo o motivación clara y manifiesta de reaccionar frente al derecho al recurso, porque además la prohibición incluye los casos, en que, sin manifestarse ese objetivo, el perjuicio sea causalmente vinculado al recurso.

Esta garantía de indemnidad aparece claramente en el Acuerdo OMC, cuando manifiesta que: “Artículo XVIII.- procedimientos internos de revisión [...] 2. La entidad examinará de forma imparcial y a su debido tiempo cualquier reclamación de este tipo a fin de que no afecte a la participación del proveedor en contrataciones en curso o futuras [...]”.

Y, adicionalmente, se repite en diversos tratados internacionales de la materia, como el TLC Perú-Europa, en idénticos términos: “Artículo 190.- Procedimientos internos de revisión [...] 3.- [...] La entidad contratante examinará de forma imparcial y oportuna

cualquier reclamación de este tipo de forma que no perjudique la participación del proveedor en contrataciones en curso o futuras [...]”.

5.2. La exigencia de garantizar el recurso como expresión de la transgresión a la garantía de indemnidad

En el tratamiento del recurso en materia de contratación ha surgido en algunos países iberoamericanos la exigencia de presentar una garantía económica para admitir el recurso, bajo el argumento que ello inhibe los recursos temerarios en esta materia. Ciertamente es que estos recursos temerarios pueden presentarse como una disfunción del sistema y deben identificarse y proscribirse, pero, como vamos a demostrar, esta exigencia económica no solo es contraria al principio antes mencionado y adverso al derecho a recurrir de los postores, sino que, además, afecta por igual al recurrente temerario como al no temerario.

5.2.1. La temeridad y la mala fe procesal y el acceso al recurso de revisión administrativa

La búsqueda de dotar de eficiencia a los mecanismos de control sobre los procesos de selección de contratistas estimula las oportunidades para que se presenten impugnaciones contra actos presuntamente incorrectos y se permita la revisión oportuna de dicho reclamo por parte de las autoridades competentes, arriesgando la inmediatez requerida por la administración para atender sus necesidades. No obstante, esta apertura exige de los recurrentes “la conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”,⁵⁰⁸ esto es, actuar conforme al principio de buena fe procesal, de modo que el recurso cumpla su objetivo y no sea instrumentalizado de forma indebida.

⁵⁰⁸ Joan Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal* (Barcelona: J.M. Bosch, Editor, 2003), 69.

Sin embargo, la experiencia evidencia que no puede evitarse que se presenten recursos maliciosos o temerarios –que son las dos principales manifestaciones de afectaciones al deber de buena fe procesal– mediante los que aprovechando esa apertura persigan fines inmorales, abusivos o de mala fe. Nos referimos a los casos en que los impugnantes realizan planteamientos no suficientes meditados, documentados o estudiados o, en el peor de los casos, recurren con un único propósito obstruccionista y dilatorio de la contratación estatal, cuya concreción podrá quedar postergada hasta el final del procedimiento del recurso. Es el clásico ejemplo de quien siendo el actual contratista de la entidad y habiendo perdido el concurso público ante quien le sucederá, pretende impedir o dilatar que surja el nuevo contrato con el proveedor interponiendo un recurso sin fundamento; o el caso del competidor desleal que habiendo perdido la buena pro plantea impugnación sin fundamento contra la adjudicación, con el soterrado propósito de plantearle secretamente al adjudicatario ser su subcontratista en ese contrato y, en caso acceder, se desiste del recurso. Estamos frente a dos expresiones de la conducta impropia que es necesario abordar con un tratamiento jurídico adecuado.

Por un lado, tendríamos al impugnante temerario que plantea su recurso de manera imprudente, cuyas pretensiones o argumentaciones no tienen fundamento y que, razonablemente, no puede desconocer dicha situación. No se trata del simple error del que litiga creyendo tener la razón, sino del que actúa con ligereza, culpable de haber tenido que informarse de alguna situación fáctica o jurídica relevante y que, justamente, hace que su pretensión sea infundada o improcedente. Por ejemplo, no saber que el producto ofrecido no cumple con las exigencias requeridas por la entidad o que existen precedentes consolidados de la entidad en sentido adverso a su planteamiento. En ese sentido se ha definido a la temeridad procesal como la “[...] conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sin razón”,⁵⁰⁹ o, como el propio autor menciona, “la temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir

⁵⁰⁹ Osvaldo Gozaíni, *La conducta en el proceso* (La Plata: Librería Editora Platense, 1988), 98.

consecuencias. Es un hecho o dicho sin justicia ni razón y desatinado, especialmente, a afectar valores morales del prójimo”.⁵¹⁰

Del otro lado, el impugnante también puede actuar de un modo más grave, esto es, con mala fe, dirigiéndose únicamente a alcanzar un propósito dilatorio del proceso de contratación, alterando la verdad de los hechos o simplemente mintiendo, omitiendo u ocultando eventos importantes para la decisión (faltar a los deberes de veracidad y de integridad), posponiendo actos procesales sin fundamento retardando la acción administrativa, creando articulaciones o incidentes obstruccionistas sin fundamento evidente (recusación, denuncias paralelas, etc.), promoviendo el proceso de revisión para luego abandonarlo o desistiendo, etc. Como se ha expuesto en la doctrina, la malicia “se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se le ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado, [...] expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso”.⁵¹¹

Como se puede apreciar, la actitud temeraria comporta frente al recurso una actitud culposa, mientras que la actitud maliciosa importa una acción u omisión dolosa. Siendo que ambos tienen como elemento común y final la desestimación del recurso por la autoridad.⁵¹²

⁵¹⁰ Osvaldo Gozaíni, *Temeridad y malicia en el proceso* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002), 77.

⁵¹¹ Gozaíni, *La conducta en el proceso*, 47.

⁵¹² En el artículo 112 del Código Procesal Civil peruano se regula conjuntamente la temeridad o mala fe, del modo siguiente:

“Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio.
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente.
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios.
6. Cuando por cualquier medio de entorpezca reiteradamente el desarrollo del proceso.
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación”.

5.2.2. El equivocado modelo preventivo de tratamiento de los recursos temerarios o maliciosos adverso a la garantía de indemnidad

El acceso al procedimiento debe responder –como principio– al criterio de indemnidad. No obstante, se ha extendido, con y sin base legal expresa, en varios países de América la peculiaridad que se exija como requisito de admisibilidad del recurso una garantía económica que respalde la “seriedad” del mismo.

En todos estos casos, el impugnante debe presentar ante la propia Administración Pública una garantía económica al momento de presentarlo, caso contrario no será admitido, siendo que esta garantía quedará expuesta en favor de la Administración durante el procedimiento y sujeta a su resultado, según lo que decida la propia Administración. En caso el resultado del recurso sea –a criterio de la Administración– favorable al recurrente, la garantía le será devuelta; pero de ser el resultado adverso –según el mismo criterio de la Administración– la fianza se ejecutará y la suma ingresará como recurso público.

Esta regulación la podemos encontrar en diversos ordenamientos como los de Panamá, Paraguay, Costa Rica,⁵¹³ Perú y Argentina.

En Panamá, la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública (artículo 103) establece la “fianza de recurso de impugnación” como la garantía que el proponente debe adjuntar al recurso de impugnación por un monto equivalente al quince por ciento (15 %) del valor de la propuesta del impugnante para todos los actos públicos relacionados con adquisición de bienes, obras y servicios. La custodia de esta fianza será competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

⁵¹³ Si bien el texto original de la Ley 7494 de Contratación Administrativa contenía esta exigencia, fue anulada por la Corte Suprema de Justicia por considerarla inconstitucional, como veremos posteriormente.

En Costa Rica, la original Ley 7494 de Contratación Administrativa (artículo 87), contemplaba que la garantía de participación se ejecutaba en beneficio de la Administración licitante si la Contraloría General de la República resolvía que no había motivo suficiente para apelar, sin que ello limite que la Administración inicie un reclamo por daños y perjuicios si han sido superiores al monto de la garantía de participación.⁵¹⁴ Dicha exigencia fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de ese país, como comentaremos posteriormente.

En Paraguay, la Ley 2.051 de Contrataciones Públicas,⁵¹⁵ prevé la garantía estrictamente como condición para otorgar el efecto suspensivo del recurso, cuando sea el promotor

⁵¹⁴ Con anterioridad, el ordenamiento costarricense también consignó una regla similar en el ámbito municipal. El artículo 103 del Código Municipal establecía que en los recursos contra adjudicaciones de licitaciones, privadas y públicas se pagarán timbres municipales por valor del uno por ciento del monto de la licitación recurrida y que ningún recurso podía tramitarse si no se ha pagado el timbre correspondiente.

⁵¹⁵ “Artículo 82. Investigaciones de oficio
[...]

Una vez admitida la protesta o iniciadas las investigaciones, la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) o, en su caso, la Auditoría General que corresponda, deberá ponerla en conocimiento de terceros que pudieran resultar perjudicados, para que dentro del término a que alude el párrafo anterior manifiesten lo que a su interés convenga. Transcurrido dicho plazo sin que el tercero haga manifestación alguna se tendrá por precluido su derecho.

Durante la investigación de los hechos a que se refiere este artículo, la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) o la Auditoría General que corresponda, podrán suspender el procedimiento de contratación, conforme a sus respectivas competencias, cuando:

a) existan indicios serios de actos contrarios a las disposiciones de esta ley o a las que de ella deriven, o bien, que de continuarse con el procedimiento de contratación pudieran producirse daños o perjuicios a la convocante de que se trate; y,

b) con la suspensión no se cause perjuicio al interés social y no se contravengan disposiciones de orden público. La Unidad Operativa de Contratación (UOC) deberá informar dentro de los tres días hábiles siguientes de ser notificada de la posible suspensión, la justificación del caso, y su parecer de que con la misma no se causa perjuicio al interés social o bien, se contravienen disposiciones de orden público, para que la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) o la Auditoría General que corresponda resuelvan lo que proceda en términos de su competencia.

Cuando sea el promotor de la protesta quien solicite la suspensión, este deberá garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar, mediante caución por el monto que fije la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), de conformidad con los lineamientos que al efecto ella expida; sin embargo, el tercero perjudicado podrá dar contra caución, equivalente a la que corresponda a la caución, en cuyo caso quedará sin efecto la suspensión”.

Decreto Nº 21.909/03, por el cual se reglamenta la Ley 2051/2003, “De contrataciones públicas”

“Artículo 119. Suspensión del procedimiento de contratación

La clase y monto de la caución a que se refiere el artículo 82 último párrafo de la Ley como condición para decretar la suspensión del procedimiento de contratación a pedido de parte, será establecida razonablemente por el Director General de Contrataciones Públicas, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. En ningún caso, la caución deberá exceder el monto de la garantía de mantenimiento de oferta”.

de la protesta quien solicite dicho efecto. En ese marco, el reclamante deberá garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar mediante caución por el monto que fije la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), de conformidad con los lineamientos que al efecto ella expida. La clase y monto de la caución será establecida razonablemente por el director general de Contrataciones Públicas, teniendo en cuenta la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso, sin que, en ningún caso, la caución pueda exceder el monto de la garantía de mantenimiento de la oferta.

En el Perú, siguiendo una tradición en este tema, la actual Ley de Contrataciones del Estado mantiene la garantía por interposición del recurso ascendente hasta el 3 % del valor estimado o del valor referencial del monto del proceso que se desea impugnar como condición de admisibilidad del recurso. Se otorga a favor de la instancia que resolverá el recurso y es devuelta únicamente si el recurso es declarado fundado en todo o en parte, o se declare la nulidad del proceso. En cambio, será ejecutada en favor de la entidad que resuelve si el recurso es declarado infundado o improcedente, si el impugnante se desiste del recurso o la garantía no es renovada a su vencimiento.⁵¹⁶

Es revelador apreciar la evolución histórica sostenidamente incremental de esta garantía en los sucesivos ordenamientos de la materia. Así, ha pasado del 1 %, ⁵¹⁷ a 0,25

⁵¹⁶ La exigencia de la garantía de respaldo del recurso constituye una tradición en el Derecho peruano. Así, el Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales para el Sector Público aprobado por Decreto Supremo N° 063-85-PCM disponía que: “Los recursos de apelación y de revisión serán acompañados de cheque de gerencia a nombre del Consejo de Adquisiciones Departamental por un monto equivalente al 10 % del monto adjudicado en el o los rubros impugnados” (artículo 7.2.7.). Por su lado, en materia de obras públicas, el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, aprobado por Decreto Supremo N° 034-80-VC, estableció en su momento que “Si el recurrente o postor favorecido con la buena pro, considerara no conforme el fallo que hubiese expedido la entidad licitante, podrá presentar ante ella recurso de revisión dirigido al presidente del Consejo Superior, dentro del plazo de tres (3) días siguientes a la fecha en que se le comunico la resolución recaída en el recurso, para lo cual deberá adjuntar carta fianza solidaria, incondicional, irrevocable y de realización automática, extendida a favor del Consejo Superior por un monto equivalente al uno por ciento del monto del presupuesto base y con validez de 30 días, sin cuyo requisito no se dará trámite al recurso. Si se declarase infundado el recurso de revisión, el Consejo Superior ejecutará la garantía, cuyo importe pasará a incrementar sus fondos. En caso contrario, la garantía será devuelta” (artículo 4.3.16.).

⁵¹⁷ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-OCM, artículo 176.

%,⁵¹⁸ luego a 1%⁵¹⁹ y, finalmente, fue elevado al 3 %⁵²⁰ del valor referencial del proceso de selección o del ítem que se desea impugnar. En esta última modificatoria se precisó un umbral mínimo, al indicar que cualquiera sea el valor referencial del proceso que se impugne, la garantía no podría ser menor a 50 % de una Unidad Impositiva Tributaria.

La experiencia demostró que esta garantía producía una manifiesta inaccesibilidad al recurso por el valor económico de los procesos de selección de mayor valor. Así, por ejemplo, en una obra o bien cuyo valor referencial sería diez millones de dólares la garantía a presentarse sería de 300 000 dólares. Ante ello, tratando de aminorar ese efecto negativo, la regulación posterior incluyó un límite o tope máximo para esta garantía, cuyo valor no puede superar en ningún caso, y pese al valor referencial que tenga el proceso, las 200 Unidades Impositivas Tributarias⁵²¹ vigentes al momento de interponerse el recurso aplicable. Con posterioridad a ello, siguiendo la misma trayectoria histórica, ese tope ha sido incrementado de 200 a 300 Unidades Impositivas Tributarias,⁵²² por lo que el nivel de exposición del recurrente es mayor respecto al sistema financiero.

La situación es más compleja en los casos de concursos en materia de asociaciones público-privadas, en los que pese a no existir norma alguna expresa al respecto, son las bases las que directamente incluyen la garantía de impugnación en función de un porcentaje de inversión total del proyecto, cuyo monto difiere en cada caso.⁵²³

⁵¹⁸ Ley N° 28267, Modificaciones a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, artículo 54.

⁵¹⁹ *Ibíd.*, y Decreto Supremo N° 028-2007-EF, artículo 158.

⁵²⁰ Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

⁵²¹ Es un indicador de referencia de valor actualizable periódicamente empleado originalmente para temas tributarios, pero se ha extendido para otros usos, como es este el caso. Durante el año 2016, el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es tres mil novecientos cincuenta y 00/100 soles (S/ 3950,00).

⁵²² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha establecido al respecto:

“Artículo 124. Garantía por la interposición

[...]

124.2. En ningún caso la garantía es mayor a trescientas (300) UIT vigentes al interponerse el recurso”.

⁵²³ Por ejemplo, las bases del Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao (numeral 9.3.2.) y en el caso de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro (su monto fue fijado por circular al final del proceso por el monto de 3 240 000 dólares).

Ciertamente, es necesario reconocer que la doctrina no ha abordado críticamente esta exigencia, habiendo sido pacíficamente admitida en el Derecho de contrataciones nacionales. No obstante, podemos resaltar algunos comentarios adversos, sobre los cuales volveremos, acerca de la incompatibilidad con derechos fundamentales y la inconveniencia de su mantenimiento para el real control de las contrataciones estatales.

Desde la primera perspectiva se ha dicho con acierto que:

En estricto, la denominada garantía por interposición del recurso de apelación es un mero mecanismo disuasorio a la interposición de impugnaciones que dilaten innecesariamente los procesos de selección, generando aparentes controversias donde no las hay. No obstante, esta herramienta disuasoria de impugnaciones temerarias constituye, en el fondo, una afectación al derecho de defensa y a los principios del debido procedimiento, verdad material, informalismo y participación. Asimismo, dicha figura no busca asegurar el cumplimiento de alguna obligación asumida por los postores y/o adjudicatarios en el trámite de un proceso de selección, por tanto, difícilmente pueda ser catalogada como garantía, en el sentido estricto del término.⁵²⁴

Desde la perspectiva de la conveniencia de la medida, se ha logrado evidenciar que la exigencia de la garantía por interposición del recurso fomenta la arbitrariedad de los actos administrativos, puesto que el restringir el derecho de recurrir dichos actos conlleva a que en los casos en que no se presente dicha garantía se desestime el recurso y se tenga por no presentado, pese a que se pueda evidenciar, desde una perspectiva de fondo del recurso, su alta fundabilidad.⁵²⁵

⁵²⁴ Carlos Rodríguez Manrique, "Las garantías en la Ley de Contrataciones del Estado", *Revista del Círculo del Derecho Administrativo*, n. 7 (2009), 155.

⁵²⁵ Esta importante constatación, incluso con apoyo muestral en casos prácticos, la podemos encontrar en Alfonso Segovia Morán, *La garantía por interposición de recurso de apelación como requisito de admisibilidad en las contrataciones del Estado restringe el derecho de recurrir los actos administrativos* (tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad de Huánuco, 2018), 69 y ss.

En Argentina, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto 893 del 7 de junio de 2012, consagró la práctica administrativa de incorporar (artículos 93 y 100) la garantía de impugnación del dictamen de evaluación, en los siguientes términos: “Los oferentes podrán impugnar el dictamen de evaluación dentro de los cinco (5) días de su comunicación, quienes no revistan tal calidad podrán impugnarlo dentro de los cinco (5) días de su difusión en el sitio de internet de la Oficina Nacional de Contrataciones, en ambos casos, previa integración de la garantía regulada en el artículo 100 del presente Reglamento, en caso de corresponder”.

Dicha garantía de impugnación aplica “en los casos de impugnaciones contra el dictamen de evaluación de las ofertas cuando así lo requiera la entidad o jurisdicción contratante, en aquellos casos en que el oferente hubiere presentado más de dos (2) impugnaciones contra dictámenes de evaluación en un año calendario.⁵²⁶ En esos supuestos, el importe de la garantía será equivalente al tres por ciento (3 %) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato”.

Como se puede apreciar, estas regulaciones manifiestan un interés en prevenir los recursos temerarios o maliciosos que se puedan presentar, haciéndolos onerosos para los impugnantes. En esa medida, se dice, es una manera de desalentar los recursos que puedan ser presentados por los postores sin un análisis suficiente y adecuado de su fundabilidad. En ese enfoque, la doctrina ha empleado dos líneas argumentativas convergentes para sustentar la necesidad de la garantía por el recurso. Por una parte, se afirma que el monto de la garantía explica la necesidad de tasar un mínimo de indemnización en favor de la entidad convocante por los daños y perjuicios que le ocasiona una actuación de mala fe o temeridad al no poder perfeccionar el contrato con el adjudicatario de inmediato debido, precisamente, a la interposición del recurso.

⁵²⁶ Este solo dato revela el carácter adverso a la garantía de indemnidad, porque se aplica únicamente en la consideración que el postor ha ejercido su derecho dos veces en el mismo año.

Por otro lado, se afirma que esta exigencia está encaminada a preservar el orden y la eficacia del proceso de concurso al limitar la temeridad y la malicia en las impugnaciones de procesos licitatorios, como sucede cuando el postor interpone un recurso carente de fundamento.⁵²⁷ Así actúa mediante un recurso malicioso quien desea perjudicar al adjudicatario del contrato para tratar de forzar algún acuerdo para compartir el negocio o si impugna el actual proveedor de la entidad que desea que la nueva relación contractual no se perfeccione para provocar la extensión de su propia relación contractual.

Es así como esta medida se nos presenta como una forma adecuada para que únicamente aquellos postores serios que, habiendo analizado las verdaderas posibilidades de su impugnación y seguros de las razones de su recurso, arriesguen económicamente su patrimonio con una garantía que ponen en riesgo. A esto se refiere, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia del Perú⁵²⁸ cuando afirma que:

Decimonoveno. De los precitados artículos se desprende que no solo la Ley (Decreto Legislativo N° 1017) sino también el Reglamento (Decreto Supremo N° 084-2008-EF) recogen el supuesto de ejecución de garantía, el cual consiste en una sanción económica al apelante cuando su recurso sea declarado improcedente o infundado o cuando este se desista del mismo debido a la dilación que causa continuar con el procedimiento de licitación y la suscripción del respectivo contrato para el inicio de las actividades para las

⁵²⁷ Un interesante resumen de los argumentos en favor de la garantía de impugnación en los procesos de selección desde la realidad argentina, con base en los pronunciamientos de la Procuraduría del Tesoro, pero extrapolable a otros ordenamientos, lo podemos encontrar en Rejman Farah, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, 264 y ss. Igualmente, un alegato en favor de la necesidad de medida y su constitucionalidad la encontramos en Padilla Lozano, *Realidad de las contrataciones públicas en Panamá*, 48 y ss. En esta última publicación se afirma con base en la propia experiencia panameña que antes de esta medida tuvo muchos casos en los que se “evidenció la temeridad de más de un proponente vencido e insatisfecho con los resultados de un acto público, que no permitía proseguir con las compras estatales y que dependía de una decisión en muchos casos del contencioso-administrativo, que por ser un tribunal único para dirimir los conflictos de la Administración Pública, se encontraba sumamente congestionado, de manera tal que sus decisiones podían tardar años y la justicia tardía no es justicia ni para quien pudiera ostentar el derecho a ser adjudicatario ni para la Administración que no obtuvo oportunamente el objeto que pretendía para responder a las necesidades de sus administrados” (p. 50).

⁵²⁸ Casación N° 13157-2015-LIMA, Sala Permanente de Derecho Constitucional y Social, Mapfre Perú Compañía de Seguros y reaseguros Sociedad Anónima contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) sobre impugnación de resolución administrativa.

cuales fue convocado. Dicha disposición encuentra su sustento con el objeto del Decreto Legislativo Nº 1017, el cual es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del sector público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la citada norma; principios dentro de los cuales se encuentran el de economía que señala que en toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las bases y en los contratos.

Vigésimo. *Esto es, a través de la ejecución de la garantía como medida de sanción, se busca el aprovechamiento de tiempo y la culminación del procedimiento de selección para los fines convocados y se proceda a ejecutar el mismo; debido a que la interposición de un recurso de apelación suspende el proceso de selección (art. 108 del Decreto Supremo Nº 184-2008-EF), por ende, resulta, coherente que ante la interposición dilatoria del recurso de apelación se sancione al apelante con dicha medida económica al suspenderse innecesariamente el procedimiento de licitación.*

No obstante este propósito, obsérvese que en todos estos casos existe una distancia entre el propósito perseguido y la regla acordada, ya que “la devolución de la garantía no se encuentra condicionada a la eventual existencia de verosimilitud del derecho invocado por el impugnante, sino al resultado exitoso de la impugnación, según criterios propios del órgano estatal competente en la evaluación de propuestas”.⁵²⁹ No es lo mismo afirmar que el riesgo que asume el impugnante es la verosimilitud del recurso al momento de su interposición, y que el resultado del mismo sea infundado, ya que, como sabemos, depende de factores adicionales al primero y pueden escapar al control del propio impugnante diligente. Es distinto afirmar que al momento de la presentación de la impugnación el postor tenga la convicción interna de la seriedad de su recurso y, por

⁵²⁹ Ricardo Druetta, “Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante (su incompatibilidad con los principios fundamentales del procedimiento administrativo)”. En AA. VV., *Procedimiento administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral* (Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración Pública, 1998), 23.

el otro, que la conservación de la garantía dependa de la decisión final que adopte la propia Administración Pública siguiendo sus propias convicciones, creencias, prioridades y, por qué no decirlo, teniendo el incentivo –siempre perturbador– de poder incrementar su presupuesto con la ejecución de la garantía.

Como se sabe, la temeridad de la impugnación se basa en la conducta de quien sabe o razonablemente debe saber que carece de razón para presentar el recurso y, no obstante, ello, así lo hace. Pero la temeridad no es sinónimo de falta de razón, de pobreza de argumentos, de incapacidad de probar que se tiene razón, de existencia de criterios contrarios en la mente de la autoridad que resuelve y menos de que la propia autoridad administrativa no se convenza de los argumentos del postor impugnante. En estos casos no estamos frente a indicios de temeridad o de mala fe, pues de lo contrario todo a quien una autoridad no le diera la razón sería pasible de la sanción.

De tal suerte, únicamente si el recurso es acogido por la autoridad, la garantía será devuelta, pero si resulta denegada, la garantía se ejecuta a favor de la Administración en compensación al perjuicio ocasionado al impedir el inmediato perfeccionamiento contractual y la ejecución de las prestaciones.

Por nuestra parte consideramos, conforme lo ha expuesto variada doctrina,⁵³⁰ que esta exigencia no es compatible con el derecho de defensa y al debido proceso de todo postor, ni es una medida que cumpla con el principio de razonabilidad de los actos de poder.

En cuanto al derecho de defensa y al debido proceso debemos anotar que el recurso administrativo contra los actos indebidos en los procesos de selección está concebido para que los postores –en su rol de colaboradores de la Administración– activen la

⁵³⁰ Por ejemplo, Druetta, “Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante”, 17 y ss.; Guido Tawil, “¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?”, *Revista Derecho & Sociedad*, n. 29, a. 18 (2007), 21 y ss.; Rejman Farah, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, 263 y ss.; y Javier Sheffer Tuñón, “Procedimiento precontractual y su control en sede administrativa y judicial”. En *Derecho Administrativo Iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010* (Mendoza: Rap, 2011), 622.

revisión administrativa ante las instancias competentes de manera rápida y eficiente. Pero la exigencia de la garantía encarece y desalienta el acceso al control administrativo oportuno y luego al acceso a la justicia, priorizando la eficiencia administrativa de perfeccionar el contrato. Esa afectación al debido proceso se hace más patente cuando advertimos que esta garantía es ejecutada no cuando sea un recurso temerario, sino cuando sea decretado infundado o improcedente, sin importar lo debatible de la decisión ni la carencia de independencia de quien resuelve, que viene a ser la propia Administración. Esta incompatibilidad fue la que determinó que, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declare inconstitucional la exigencia de la garantía de impugnación. En efecto, en la Sentencia 0998-98 dejó claramente establecida su posición al afirmar:

En relación con este punto, este Tribunal comparte el criterio de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República por el que consideran que la pérdida de la garantía de participación establecida en las normas cuestionadas sí resulta inconstitucional, al constituir una verdadera sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, [la] misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso a la justicia administrativa y a que un órgano imparcial –Contraloría General de la República– revise los actos de adjudicación de la Administración activa, derechos que encuentran fundamento en los dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales.

De otro lado, la exigencia de esta garantía es incompatible –en aquellos países que lo incorporan a su ordenamiento– con el principio de la gratuidad del procedimiento administrativo, ya que, al exigirlo con condición de admisibilidad para todo recurso, es un costo que todo recurrente debe asumir y luego, en caso de resultar infundado su recurso, se convierte en una virtual condena al perdedor del recurso.⁵³¹

Desde la perspectiva del principio de razonabilidad tampoco es posible hallar fundamento a esta medida por diversas razones. Esta exigencia no es idónea, necesaria

⁵³¹ Es la posición de Rejman Farah, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, 266 y ss. También de Sheffer Tuñón, “Procedimiento precontractual y su control en sede administrativa y judicial”, 622.

ni proporcional por la finalidad buscada. Y no nos referimos al monto de la garantía, sino a un aspecto más conceptual: su propia existencia.

No es idónea ya que no hay una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado (exigencia de la garantía) y el fin propuesto (desalentar los recursos maliciosos o temerarios). Nótese que la exigencia de la garantía no solo desalienta al malicioso o temerario, sino también al postor serio y con derecho evidenciable,⁵³² pero que, por ejemplo, no confía en los criterios de quienes van a resolver, no quiere arriesgar patrimonio o, simplemente, por no contar con la disponibilidad económica se ve frenado en su deseo de plantear la revisión del acto ilegal, privando a la Administración de esa instancia de control administrativo. La falta de idoneidad también la podemos apreciar desde la perspectiva indemnizatoria. Como se recuerda, uno de los fundamentos de la exigencia de la garantía previa es asegurar una indemnización para el caso que el recurso haya generado perjuicio económico por la dilación injustificada en el perfeccionamiento del contrato. Pero si apreciamos con cuidado en las legislaciones que la admiten, la ejecución de la fianza no se hace en favor de los perjudicados (la entidad con la necesidad insatisfecha, la colectividad que no recibe el servicio o el postor que ve postergado el cumplimiento de su prestación y el derecho al cobro por esa demora), sino en favor del órgano que resuelve el recurso que es ajeno a la relación sustantiva.

No es necesaria porque existen otros medios alternativos para solucionar los recursos temerarios o maliciosos que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se pueden establecer otras medidas menos agraviantes al derecho del postor de la mano con el principio de celeridad como estipular plazos sumarísimos para resolver, un mayor número de funcionarios para evaluar los recursos, concentrar la procedencia de los recursos únicamente al momento de haber concluido con la buena pro de la licitación, demandar *a posteriori* la indemnización que corresponda por los

⁵³² Tawil, “¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?”, 21 y ss.

daños y perjuicio que podría haberse generado por la dilación del recurso,⁵³³ o, como prevé el modelo español, la aplicación de sanción posterior de multa, etc.

Es importante resaltar que, razonablemente, los “argumentos meramente dilatorios u obstruccionistas podrán ser refutados por la Administración con la sencillez y rapidez propia de planteos inconducentes”,⁵³⁴ de modo que estos recursos no debieran tomar a la autoridad resolutoria plazos extendidos para decidirla. En esa misma medida, la exigencia tergiversa la naturaleza del control administrativo en vía de recurso administrativo por cuanto no considera al recurrente como un colaborador con el control interno de la Administración, sino exclusivamente como un agente actuando en búsqueda de satisfacer un interés privado.

La medida tampoco es proporcional porque el grado de intervención sobre el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso de los postores es de grado máximo. En ese sentido se convierte en un obstáculo no razonable para el ejercicio del derecho a recurrir (componente del debido proceso).

Pero, en nuestra opinión, la crítica fundamental contra este tipo medidas radica en su carencia de razonabilidad por cuanto, por su carácter generalizado, no es una medida apropiada que desaliente únicamente las impugnaciones temerarias, sino que termina afectando –por el costo que ocasiona y la incertidumbre sobre la objetividad en su atención– también la posibilidad de presentar impugnaciones perfectamente válidas contra adjudicaciones arbitrarias.

⁵³³ Esta es la opción seguida por el legislador de El Salvador, quien en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, Decreto 868, establece:

“Artículo 77. El recurso de revisión deberá interponerse por escrito ante el funcionario que dictó el acto del que se recurre, dentro del término de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación; si transcurrido dicho plazo no se interpusiere recurso alguno, la resolución por medio de la cual se dictó el acto quedará firme. [...]

Si de la resolución al recurso de revisión resulta que el acto quedare firme, la institución contratante podrá reclamar daños y perjuicios en que se incurra por el retraso en el proceso de adquisiciones y contrataciones”.

⁵³⁴ Rejman Farah, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, 269.

5.2.3. El modelo represivo contra recursos temerarios o de mala fe: la sanción administrativa (España, Uruguay, México y Perú)

Otra alternativa desarrollada en el Derecho comparado para hacer frente a los posibles abusos que se puedan presentar en la interposición del recurso y evitar técnicas dilatorias o perjudiciales para la concreción de los contratos regularmente perfeccionados es la tesis represiva que actúa posteriormente a la resolución del recurso, una vez que se ha acreditado la temeridad del recurso. Aquí es necesario un doble análisis: primero determinar el carácter fundado o no del recurso; y, sucesivamente, determinar si, además, obedeció a una conducta temeraria o maliciosa.

Esta medida merece ser confrontada con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la garantía de indemnidad, que justamente es la protección que debe recibir el recurrente contra las represalias posibles por ejercitar su derecho a la impugnación de modo que pueda ejercer su derecho sin temor a ser objeto de sanciones.

Es claro que el temor al riesgo de ser sancionado puede llevar a las personas legitimadas a autolimitarse en el uso de recurso, máxime cuando el órgano que va a decidir si el recurso califica como temerario o malicioso no reúne los suficientes visos de independencia respecto a la Administración o cuando fueran multas el órgano que califica la temeridad será precisamente el beneficiario de ese ingreso económico. Sin embargo, “hay que tener en cuenta que el derecho de acceso a la justicia es un derecho de configuración legal que no tiene carácter absoluto y que no protege una utilización inadecuada de los mecanismos de defensa”.⁵³⁵

⁵³⁵ Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 173

El caso representativo es el desarrollado por la legislación española⁵³⁶⁻⁵³⁷ que consagra la multa administrativa contra el recurrente temerario o de mala fe. En efecto, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, explicita lo siguiente:

Artículo 58. Indemnizaciones y multas

[...]

2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de esta.

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros,⁵³⁸ determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público.

⁵³⁶ También podemos considerar dentro de esta línea al Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público que prevé sanción de inhabilitación y multa, en este caso, del modo siguiente:

“Artículo 110.- Cuando una instancia de inconformidad sea sobreseída o resuelta como infundada y en la misma se determine que se promovió para retrasar o entorpecer la contratación, se sancionará al inconforme con inhabilitación en términos de la fracción IV del artículo 60 de la Ley y multa de acuerdo con el primer párrafo del artículo 59 de la Ley (cincuenta hasta mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal)”.

⁵³⁷ En el caso peruano, la ley evidenciando su objetivo represor al impugnante, considera adicionalmente a la exigencia de la garantía para admitir el recurso antes señalada, la sanción de inhabilitación ante la comprobación administrativa de observaciones o recursos temerarios del modo siguiente:

“Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5, cuando incurran en las siguientes infracciones:

[...]

n) Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolucón de consultas y/u observaciones.

o) Presentar recursos maliciosos o manifiestamente infundados”.

⁵³⁸ La reforma última de la Ley a este respecto incrementó el hito máximo de la multa, por cuanto desde alguna perspectiva de la doctrina se entendía como demasiado bajo para ser disuasivo. Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 202.

Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del ministro de Hacienda y Función Pública.

De manera concordante, el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (artículo 31), que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, establece normas de desarrollo para esta sanción administrativa.

Artículo 31. Resolución

1. La resolución que se dicte en el procedimiento de recurso decidirá todas las cuestiones y causas de inadmisión que se deriven de la instrucción del procedimiento, estimándolas o desestimándolas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La resolución expresará, además, los recursos que cabe interponer frente a la misma, los órganos ante los que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

2. Cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso. [...]

Nos encontramos frente a una consecuencia concreta del acto temerario o de mala fe: aplicar una sanción patrimonial que sea lo suficientemente grave para desalentar su reiteración. Dicha sanción administrativa puede ser decidida de oficio por el propio Tribunal o a pedido de cualquier interesado en el recurso (entidad convocante u otro postor).

Para su aplicación corresponderá que concurren dos circunstancias: i) que el recurso sea desestimado totalmente (no cabe si fuera estimado en parte); y, ii) la constatación de la temeridad o mala fe del recurso a partir de elementos objetivos apreciados por la autoridad, lo cual ha sido caracterizado de manera general como: “[...] actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo y, actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso”.⁵³⁹

Respecto a este segundo punto, algunos supuestos de hecho (indicios) que han permitido acreditar la existencia de temeridad o mala fe en los recursos desestimados han sido: haber planteado como fundamento del recurso un tema que ya ha sido resuelto en sentido negativo en varias ocasiones por la autoridad en casos análogos;⁵⁴⁰ carecer absolutamente de fundamento, pues sus alegaciones se refieren a normas que no resultan aplicables dada la naturaleza jurídica del órgano de contratación; el recurrente no ha sido capaz de identificar un solo defecto material en la documentación aportada por el adjudicatario;⁵⁴¹ haber presentado el recurso sin mayor fundamento de manera precipitada (antes del vencimiento del plazo para presentar el recurso) y sin acceder al expediente de contratación o a la propuesta del adjudicatario para corroborar sus defectos;⁵⁴² si el recurrente simplemente señala que discrepa de la valoración, pero no se dice el por qué, no siendo posible atisbar las causas por las cuales pudiese ser ilegal el acto recurrido.⁵⁴³

Merece citarse, por emblemático, el caso en que se califica la temeridad del recurso cuando lo ejerce el actual proveedor de la entidad en búsqueda de extender su contrato impidiendo la suscripción del nuevo contrato con el adjudicatario de la buena pro:

⁵³⁹ Acuerdo 60/2017 de 08/05/2017, TACPA.

⁵⁴⁰ R. 83/2012 de 30/03/2012.

⁵⁴¹ R. 1056/2015.

⁵⁴² R. 970/2015.

⁵⁴³ R. 783/2015.

*La ahora recurrente se limita a reproducir en dos de los motivos alegados en su anterior recurso, con fundamentos de fondo expresamente rechazados por la Resolución 587/2014, de 30 de julio, a ellos añade un nuevo fundamento, que el procedimiento de licitación actual es distinto del anterior y ello determina la invalidez de la convocatoria de licitación, sin anudar dicha afirmación a argumentación jurídica alguna ni citar tan siquiera el precepto vulnerado, con una palmaria y clamorosa ausencia de fundamentación, a ello ha de añadirse que la recurrente es la actual prestadora del servicio. Resulta, pues, evidente que el único objeto de la interposición del recurso fue suspender la adjudicación del contrato para que esta se dilatare lo más posible y, en consecuencia, garantizarse la continuidad sine die en la prestación del servicio en las condiciones actuales, con el consiguiente beneficio económico y paralelo perjuicio tanto a los licitadores y posibles adjudicatarios como al interés general servido por el órgano de contratación.*⁵⁴⁴

Esta medida posterior, a diferencia de la anterior, bajo el modelo americano, tiene en su favor no prejuzgar ni impedir la presentación del recurso al impugnante de buena fe, sino que prevé posteriormente una consecuencia negativa económica específicamente contra el recurrente malicioso o y temerario comprobado. Ahora bien, tiene como particularidad que su determinación deberá hacerse casuística y debidamente motivada, a diferencia del automatismo que caracteriza al modelo americano.⁵⁴⁵ Es como afirma Santamaría Pastor, no obstante, la insuficiencia que cualquier definición dada para la temeridad o la mala fe: “la presencia de estas actitudes es una cuestión que solo puede ser apreciada en función de la específica conducta que haya mostrado el recurrente, tanto en la tramitación del procedimiento de adjudicación como en la fundamentación del recurso”.⁵⁴⁶

Otra alternativa que nos muestra el Derecho comparado para esta misma situación es la posibilidad de sancionar con la suspensión o eliminación del Registro Único de

⁵⁴⁴ R. 990/2015.

⁵⁴⁵ Conforme a la información oficial del Tribunal Central, se han venido sostenidamente incrementado los casos de multas por recurso temerario o mala fe: 3 casos en 2011, 3 casos en 2012, 18 casos en 2013, 40 casos en 2014 y 41 casos en 2015. Ver <http://www.minhap.gob.es/ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Memoria.aspx>

⁵⁴⁶ Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 202.

Proveedores a quien interpone un recurso temerario o malicioso. Es el caso establecido en el Uruguay, cuyo Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera establece lo siguiente:

Artículo 73.- *Los actos administrativos dictados en los procedimientos de contratación podrán ser impugnados mediante la interposición de los recursos correspondientes en las condiciones y términos preceptuados por las normas constitucionales y legales que regulan la materia. [...]*

Resuelto el recurso, se apreciarán las responsabilidades de los funcionarios actuantes y del propio recurrente. Si se comprobara que el recurrente hubiere actuado con mala fe, manifiesta falta de fundamento o malicia temeraria, previa vista, podrán aplicársele sanciones de suspensión o eliminación del Registro Único de Proveedores del Estado y del Registro del organismo, sin perjuicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder por reparación del daño causado a la Administración.

6. La gratuidad o mínima onerosidad del procedimiento del recurso

Es conocido que el ejercicio del derecho de petición ante cualquier autoridad implica para el promotor un conjunto de desembolsos imprescindibles que lo hacen oneroso. Dicha condición es determinada por la necesidad de asumir las tasas o derechos por el trámite, formularios, timbres y sellos fiscales, los gastos de pruebas (obtención, reproducción y protocolización de documentos, traducciones, peritajes, traslados de testigos), la asistencia y representación profesional (no necesariamente abogado), los anuncios o edictos en periódicos oficiales, depósitos previos de dinero, gastos notariales y registrales, entre otros. En suma, son una serie de costos directos (que se imponen normativamente o derivan de la tramitación del procedimiento administrativo) y los costos indirectos (que son opcionales, pero en muchos casos indispensables para mejorar las posibilidades de éxito del procedimiento).

Por ello, para no dificultar excesivamente el acceso al procedimiento administrativo en la región se plantea el principio informador de la gratuidad del procedimiento, en sus modalidades absoluta y relativa, como luego vamos a ver.⁵⁴⁷

6.1. La gratuidad como principio en los procedimientos administrativos, particularmente del recurso

Como lo reconoce la doctrina iberoamericana, es tradicional considerar la gratuidad como principio informador del procedimiento administrativo, aunque ha sido escasamente consagrada positivamente y, de tanto en tanto, resulta incumplido por la Administración con medidas recaudatorias.⁵⁴⁸ Sin embargo, es indispensable considerarla, pues es una “condición de la participación posible e igualitaria” de los ciudadanos,⁵⁴⁹ más aún cuando el tránsito del procedimiento administrativo constituye la vía indispensable y obligatoria para acceder a la justicia.

Cierto es que, en la doctrina, la gratuidad del procedimiento administrativo ha sido concebida mayoritariamente como relativa, esto es, como la ausencia o restricción de gastos para condicionar la postulación del procedimiento⁵⁵⁰ (garantías, fianzas y tasas) y la carencia de condena de costas al administrado cuando finalmente la Administración rechaza su pretensión o recurso,⁵⁵¹ mas no como una gratuidad absoluta de gastos. De alguna manera podríamos también denominar a este principio como de la mínima onerosidad del procedimiento para el administrado.

⁵⁴⁷ Allan Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina* (Bogotá: Legis, 2003), 273.

⁵⁴⁸ César Cierco Seira, “De la gratuidad del procedimiento administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 35 (2009), 143.

⁵⁴⁹ José Dromi, *El procedimiento administrativo* (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1986), 76.

⁵⁵⁰ Cierco Seira, “De la gratuidad del procedimiento administrativo”, 146.

⁵⁵¹ No está en la concepción del procedimiento una gratuidad absoluta de modo que se eliminen otros costos indirectos como los gastos de pruebas (obtención, reproducción y protocolización de documentos, traducciones, peritos, traslados de testigos), la asistencia y representación profesional, gastos notariales y registrales, entre otros. A lo sumo, estos costos tienden a simplificarse o evitarse.

Desde la perspectiva económica, este estadio de gratuidad o de mínima onerosidad, como lo rebautizamos, implica que los costos que corresponden al procedimiento del recurso son socializados, de modo que al no ser asumidos individualmente por cada peticionario (mediante derechos de trámite o condena de costas) son compartidos entre todos los ciudadanos, quienes lo sufragan a través de los impuestos que sostienen a la Administración.

6.2. La gratuidad en el recurso en materia de contratación

La gratuidad del procedimiento del recurso en materia de contratación favorece la participación de los legitimados para impugnar las decisiones ilegales de las entidades. En esa línea, para la profesora Valcárcel “un coste bajo” de los recursos es uno de los requisitos para que el recurso cumpla con las exigencias de ser “rápido y eficaz” desde la perspectiva de los postores.⁵⁵²

Indudablemente, como bien afirma la doctrina en materia de recursos administrativos contra actos perjudiciales, “el incremento de los gastos asociados al ejercicio de los derechos que componen el estatus defensivo del interesado (acceso al expediente, comprensión de la información, formulación de alegaciones, proposición y práctica de pruebas) puede ir en detrimento del debate dialéctico y, en el peor de los casos, llevar a hacer dejación de los mismos, allí donde el balance entre el quebranto económico de la resolución que pueda adoptarse al término se aproxime al coste de articular una defensa eficaz. Otro tanto habría que decir a propósito de los gastos que inciden en la participación *uti cives* de los ciudadanos”.⁵⁵³

No escapa a esta necesidad la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), cuya Metodología para la Evaluación de los Sistemas de Compras Públicas (MAPS) considera como un criterio para evaluar la efectividad del sistema de

⁵⁵² Valcárcel Fernández, “El recurso especial en materia de contratos públicos”, 305.

⁵⁵³ Cierco Seira, “De la gratuidad del procedimiento administrativo”, 176.

recursos de cada país (subindicador 13 b, literal b), si: “El ente de apelaciones: no cobra tarifas que impidan el acceso de las partes afectadas”.

Nótese que el criterio de evaluación no es que el procedimiento del recurso sea absolutamente gratuito, sino que las tasas o tarifas que se cobren no sean tan onerosas que impidan o desalienten el acceso a quien se encuentre legitimado para presentar la impugnación. Cabe reflexionar que esta valoración es dificultosa de realizar porque el impacto gravoso de la tarifa puede variar en función de la capacidad económica del postor, el porcentaje de utilidad que el contrato estima que le reportaría, el monto del contrato mismo, entre otros. Por ello, resulta recomendable adoptar un criterio básico: el monto de la tarifa o tasa, de permitirse el cobro, debe estar en función de los costos reales que demanda a la autoridad tramitar y resolver el recurso, es decir del procedimiento mismo que va a tramitar. Atenta contra esta regla que la tasa a cobrar se exija en función de estándares distintos como, por ejemplo, un porcentaje del valor del contrato o de la propuesta del postor. Hacerlo de este modo desnaturaliza el sentido tributario de la tasa administrativa y pasaría a ser un costo de entrada únicamente explicable en función de desalentar la legítima impugnación administrativa, lo cual sería adverso al propósito de la Directiva 2007/66/CE, cuyo considerando 27 establece: “Dado que la presente Directiva refuerza los procedimientos nacionales de recurso, en particular en los supuestos de adjudicación directa ilegal, se debe animar a los operadores económicos a que utilicen este nuevo mecanismo”.

A nivel de los Estados, un ejemplo de recepción de este principio lo ubicamos en la legislación española, que expresa al respecto lo siguiente: “Artículo 44. Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles [...] 7) La interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes”.

Con lo cual se ha suprimido la posibilidad de crear tasas (y puesta en cuestión la existente) para admitir el recurso como había sucedido antes de esta norma⁵⁵⁴ y fue sensiblemente criticado por la doctrina,⁵⁵⁵ mediante el cual se consideraba como hecho imponible la mera tramitación y resolución del recurso especial en materia de contratación y como sujetos pasivos de la tasa a las personas físicas o jurídicas que presentan el recurso, quienes debían acreditar su pago al momento de presentar los escritos de interposición del recurso como condición para admitirlos a trámite.⁵⁵⁶

Precisamente, la incorporación de esta norma expresa en el Derecho español fue la reacción a esta imposición de tasas administrativas que contradecía la naturaleza del recurso, pues servía únicamente como una “buena forma de desalentarles a ejercer su derecho a recurrir, y evitar situaciones [...] en la que el órgano de recurso certificó una incorrecta actuación de la Administración”.⁵⁵⁷ No debe tenerse temor que la gratuidad incite al abuso en el uso de los recursos, pues ello se controla por otras vías, como las multas por recursos temerarios o de mala fe.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ Es el caso de las tasas que cobraba el órgano de resolución de controversias de Cataluña a tenor del artículo 7 del Decreto Legislativo 3/2008 del 25 de junio que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas y precios públicos de la Generalitat de Catalunya, que incluye la tasa por la realización de actividades que son competencia del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

⁵⁵⁵ Posición crítica por la doctrina como se puede apreciar en Isabel Gallego Córcoles, “La prevención de la corrupción en la contratación pública”. En Adán Nieto Martín y Manuel Maroto Calatayud, dirs. Public Compliance. *Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014), 90; y Miguel Bernal Blay, *No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública* (Observatorio de Contratación Pública, 05/03/2014). <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.145/recategoria.121/re/menu.3/chk.0767e2a185ccc2142a322bae3335e3f9>

⁵⁵⁶ Cabe anotar que un caso distinto, pero que igualmente tornaba oneroso el procedimiento del recurso, fue consagrado en la Ley 9/2010, para la Comunidad de Madrid, pero con cargo a las entidades administrativas, las que eran las consideradas sujeto pasivo de la tasa.

⁵⁵⁷ Bernal Blay, *No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública*.

⁵⁵⁸ Miguel Bernal Blay, “El sistema de tutela de la ‘buena administración contractual’: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 160 (2013), 189-216.

Por otro lado, un ejemplo negativo es el régimen peruano que recientemente ha reincorporado la tasa a los licitantes por plantear la revisión de las ilegalidades incluidas en las bases o pliegos de los concursos.⁵⁵⁹

7. La transparencia como regla y la confidencialidad como excepción en el procedimiento del recurso

El Derecho internacional de las contrataciones públicas encuentra aquí la necesidad de armonizar dos intereses contrapuestos: la transparencia del procedimiento que implica publicidad, acceso a terceros y participación ciudadana; y, por otro lado, la confidencialidad que debe resguardarse en función a proteger derechos como el secreto comercial e intereses públicos como la seguridad.

En principio, el Acuerdo OMC respecto al diseño de los procedimientos internos de revisión establece la transparencia como uno de los elementos propios del procedimiento de revisión en los términos siguientes: “Artículo XVIII.- Procedimientos internos de revisión. 1. Cada parte establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial [...] **transparente**, mediante el cual el proveedor pueda presentar una impugnación [...] 6. Cada Parte se asegurará de que, en caso de que el órgano de revisión no sea un tribunal, la decisión de este estará sometida a revisión judicial o sus actuaciones se ajustarán a un procedimiento que asegure que: [...] **e. Los participantes tendrán derecho a solicitar que las actuaciones sean públicas**”.

⁵⁵⁹ Modifican el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 377-2019-EF

“Artículo 72. Consultas, observaciones e integración de bases
[...]

72.10. El pronunciamiento que emite el OSCE se encuentra motivado e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto trascendente de las bases y realiza la integración definitiva. El plazo para emitir y notificar el pronunciamiento e integración definitiva a través del Seace es de doce (12) días hábiles, y se computa desde el día siguiente de que la entidad registra en el Seace los documentos previstos en el TUPA del OSCE y en la Directiva correspondiente. El pronunciamiento sobre elevación de cuestionamientos al pliego de absoluciones de consultas y observaciones y/o a las bases integradas, constituye un servicio prestado en exclusividad y se encuentra sujeto al pago del costo previsto en el TUPA del OSCE”.

La calidad de público debe entenderse como la regla general atendiendo a los intereses en juego en la revisión de los actos de la formación del contrato: probidad, control de la corrupción, recursos públicos, buena administración. En ese sentido, a las audiencias podrán ingresar cualquier persona, periodistas, competidores, estudiantes, proveedores, etc., e incluso pudieran ser transmitidos por internet o medios de comunicación.

Mas el diseño de los procedimientos también debe considerar lo que recomienda la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la necesaria confidencialidad de determinadas actuaciones durante el desarrollo del procedimiento atendiendo a otros valores como son: la seguridad del Estado (en función del objeto de la contratación), que entorpezca la acción de la justicia, que vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas, o que ponga trabas a la libre competencia. En este sentido la ley modelo plantea: “Artículo 69.- Confidencialidad de las actuaciones abiertas en la sustanciación de un recurso. No se divulgará información ni se celebrarán audiencias públicas, en un recurso interpuesto con arreglo a los artículos 66 y 67 de la presente Ley, cuando ella pueda comprometer intereses esenciales de seguridad de este Estado, sea contrario a derecho, entorpezca la acción de la justicia, vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas, o ponga trabas a la libre competencia”.

Nótese que no se refiere esta propuesta a que el procedimiento del recurso sea clandestino, sino a que determinadas actuaciones, documentos o declaraciones de la entidad o de las partes sean tratados confidencialmente según la legislación que desarrolle cada Estado.

CAPÍTULO IV
LA LEGITIMIDAD ACTIVA EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE ACTOS
PRECONTRACTUALES

**1. La legitimidad en los recursos en materia de contratación administrativa:
¿interés individual o supraindividual?**

La legitimidad procesal activa es un concepto clave en materia de la eficacia de los recursos administrativos porque conduce a contar, según la clase de legitimación que se adopte, con una apertura mayor o menor carga procesal a los órganos a cargo de resolverlos.

Una mayor cobertura permite incorporar un número mayor de intereses en juego, mientras que, a la inversa, una limitada legitimación únicamente permitirá habilitar a unos cuantos sujetos –representantes de pocos intereses– activar el sistema de control y con ello limitar el alcance de la tutela judicial efectiva a situaciones que ameritan revisión. De ahí, por la trascendencia y efectos de la decisión que pueda adoptarse, que se reconozca aptitud para promoverla con carácter más amplio, pues como se indica⁵⁶⁰ “para garantizar la aplicación del ordenamiento jurídico en aspectos en que estén presentes los intereses generales, se reconoce la acción pública”, que cuenta con una especial atracción en materia de recursos administrativos,⁵⁶¹ al asociarse con el interés público en temas administrativos como urbanismo, medio ambiente, patrimonio histórico, etc. Y en el intermedio, entre ambos extremos, se habilitará en diversos momentos y temas la legitimidad de interés plural (suma de intereses individual de diversos sujetos en la misma situación), de interés colectivo (p. ej., gremio, asociación, sindicatos, etc.) y difuso.

⁵⁶⁰ Jesús González Pérez, *Manual del procedimiento administrativo* (Madrid: Civitas, 2000), 158.

⁵⁶¹ Recaredo Fernández de Velasco, *La acción popular en el Derecho Administrativo* (Madrid: Reus, 1920).

En los procedimientos administrativos tradicionalmente hemos incorporado de manera natural la legitimidad procesal desarrollada para el ámbito de acceso a la justicia concebida para intereses privados, pese a las imprecisiones y dudas que ese término aún posee. Por ello se admite que la legitimidad en materia de recursos constituye “un requisito del recurso administrativo que implica una relación entre el recurrente y el objeto del recurso, en virtud del cual es admisible que alguien solicite frente a la Administración un pronunciamiento sobre la pretensión ejercida, que puede consistir en la titularidad de un derecho o de interés afectados por la decisión administrativa. Constituye, pues, una relación específica entre un ciudadano y la pretensión que ejercita ante la administración vía recurso, que implica la contestación a la pregunta de quién puede interponerlo”.⁵⁶²

Como se establece comúnmente para interponer un recurso administrativo y, por ende, promover la revisión de un acto administrativo, se debe ser titular de: a) un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento; o, b) un interés legítimo, que además debe ser personal, actual y probado. Si bien existen bien fundadas críticas al empleo de estas categorías en materia administrativa y, en particular, en contrataciones, son categorías en aplicación y vigencia.⁵⁶³⁻⁵⁶⁴⁻⁵⁶⁵

⁵⁶² Vicente Escuín Palop y Beatriz Belando Garín, *Los recursos administrativos* (Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 2011), 106.

⁵⁶³ Rodolfo Barra, “La legitimación para impugnar en el procedimiento contractual gubernamental”, *Revista de Derecho Público - Contratistas del Estado Procedimiento de selección*, n. 1 (2006), 185 y ss.

⁵⁶⁴ A nuestro juicio, la más importante de estas críticas es la que señala la necesidad de reducir ambos conceptos a uno solo, “ya bien asumiendo que el interés constituye un derecho subjetivo de carácter reaccional, o bien simplemente considerando innecesaria la noción de derecho subjetivo como título legitimador, bastando un interés legítimo”, Fernando Vicente Davila, “La legitimidad en el recurso especial en materia de la contratación pública: una apreciación casuística”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 13 (2017), 115.

⁵⁶⁵ Sobre la posibilidad de reconducir las diversas nociones de interés legítimo en específicos derechos subjetivos, en particular en materia de contratación administrativa, puede leerse con provecho Luis Dates, *Hacia la superación de la categoría del interés legítimo. Un nuevo enfoque sobre las situaciones subjetivas del Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Rap, 2013). En esa misma línea, Comadira afirma que se debe eliminar la categoría interés legítimo, para indagar en cada caso derecho a que tienen el oferente, los autoexcluidos y los terceros en los procesos de selección. Este autor propone que los potenciales oferentes tienen derecho a que no se les impida arbitrariamente el acceso al procedimiento, el oferente tiene derechos subjetivos a la regularidad del procedimiento: a la no exclusión ilegítima durante la selección, a que concluya con una decisión legítima, fundada y razonable (sea que se le adjudique a él o a otro postor), a que la revocación o anulación del proceso sea conforme a derecho y el respeto a la proyección de sus derechos durante

La titularidad de un derecho subjetivo como factor de legitimación para recurrir un acto administrativo corresponde cuando alguna norma jurídica asigna un determinado derecho que debe ser reconocido en el procedimiento (p. ej., el derecho a la libre empresa que debe ser autorizado administrativamente) o cuando poseyendo ya un derecho reconocido administrativamente, debe acudir a la administración para remover un obstáculo que se opone a él (p. ej., recurrir ante una cancelación de una licencia).

Por su parte, la titularidad de un interés legítimo como factor de legitimación administrativa corresponde a quien el acto administrativo dictado le reporte un beneficio (si le determina una situación positiva o le elimina una restricción) o, por el contrario, le originara un perjuicio (esa violación, afectación, desconocimiento o lesión del que habla la ley). Al efecto, el interés legítimo debe interpretarse en el sentido definido por la jurisprudencia española como “aquella situación en la que, de prosperar la pretensión de su titular, se obtendría un beneficio o se dejaría de sufrir un perjuicio de carácter material o jurídico, derivado del acto de la Administración”.⁵⁶⁶

En ambas situaciones jurídicas individualizadas se permite a los administrados la posibilidad de accionar para hacer efectivo su interés y obtener tutela a través del procedimiento administrativo, y luego a través del proceso contencioso-administrativo. En cada caso, el interés no se sustenta en una norma positiva, sino en sí mismo, y atañe no a la colectividad, sino de manera individualizada a quien lo ejerce y, en su caso, a un grupo identificable y circunscrito de personas en relación inmediata con el objeto del acto. En este sentido debemos conectar el interés legítimo con el objeto (declaración, decisión o certificación) contenido en el acto administrativo, que es precisamente el acto lesivo del interés.

la fase de ejecución contractual; y los autoexcluidos tienen derecho a que las bases no se alteren en su perjuicio. Julio Comadira, “La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos”, *Estudios de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2019).

⁵⁶⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional español de octubre de 1982, julio de 1983 y febrero de 1987).

Ahora bien, el interés para ser legítimo requiere la concurrencia de tres elementos subjetivos-formales:⁵⁶⁷

a) Ser un interés personal: por el que el beneficio o afectación que el contenido del acto administrativo debe tener repercusión en el ámbito privado de quien lo alegue (interés no administrativo), esto es que no se intente representar intereses generales que han sido confiados a la Administración y, precisamente, en cuya autoridad se ha dictado el acto. Como bien se afirma en la doctrina:

*[...] el objetivo de la regla del interés personal es evitar que una persona pretenda representar los intereses generales de la Administración; en otros términos, hace falta que el peticionante tenga un interés distinto de aquel que tendría la persona administrativa misma, por cuenta de la cual el acto ha sido hecho [...] Por ello es que bajo este concepto cabe excluir del recurso a las personas que no pueden invocar sino el interés general de que se cumpla la ley o se respeten los principios del derecho, pues este interés es común a todos los habitantes y también a la Administración Pública: es el interés simple de la acción popular.*⁵⁶⁸

b) Ser un interés actual: por lo que el beneficio o afectación que el contenido del acto administrativo debe tener una repercusión o incidencia efectiva e inmediata en la esfera del titular del interés reclamado. Por tanto, no califican como interés legítimo aquellos agravios potenciales, futuros, hipotéticos o remotos.

c) Ser un interés probado: por lo que el beneficio o afectación que el contenido del acto produce en el interés debe estar acreditado a criterio de la Administración, no bastando su mera alegación.

⁵⁶⁷ Juan Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1989), 160 y ss.

⁵⁶⁸ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2 La defensa del usuario y del administrado (Lima: Fundación de Derecho Administrativo, ARA Editores, 2003), IV-8.

Cuando falta alguno de estos elementos posiblemente estaremos frente a un interés, pero no legítimo, sino solo un “interés simple” que corresponde a toda persona jurídica o natural como integrante de una comunidad para actuar en función del bien común o de círculos de interés determinados (p. ej., vecinos, familiares, profesionales, comerciantes, etc.) que podemos definir como terceros al procedimiento. En tal situación, el interés no es suficiente para ejercer el derecho de contradicción, habilitando solamente para realizar aquellos actos procesales expresamente admitidos en el ordenamiento para ellos, tales como denuncias, participación en periodos de información o audiencias públicas.

Como ya habíamos adelantado en el capítulo I, en el ámbito del recurso en materia de contratación concurren dos visiones: la que lo ubica como un instrumento de apertura de mercado desde una perspectiva global y la que lo identifica como un instrumento de control de la corrupción en las contrataciones públicas, en particular contra el direccionamiento de procesos. Resulta lógico que la primera perspectiva se satisfaga con una legitimidad individual de los postores o interesados en postular. Pero desde la lógica de lucha contra la corrupción e irregularidades en los procesos de contratación se demanda una legitimidad más amplia. Es correcto, por ello, afirmar que “En la articulación procesal de este recurso administrativo, la configuración del elemento de la legitimación destaca sobremanera por su importancia fundamental de la tutela de los derechos legales de los licitadores y terceros interesados, en la medida que condiciona las oportunidades de acceso a las pretensiones de impugnación y la depuración de los incumplimientos contractuales que lesionan sus intereses”.⁵⁶⁹

Lo que sucede en la contratación pública es que –a diferencia de la contratación privada– en su formación y ejecución concurren necesariamente plurales intereses: sociales (usuarios, administrados, proveedores de los contratistas, subcontratistas, trabajadores de contratistas), éticos (deberes de transparencia, control de los conflictos de interés), políticos (el contrato como ejecución de planes de gobierno y políticas

⁵⁶⁹ Vicente Davila, “La legitimidad en el recurso especial en materia de la contratación pública: una apreciación casuística”, 107.

públicas oportunas), financieros (ejecución presupuestal), tecnológicos (compras públicas premian modernidad y desarrollo tecnológico), ambientales (la actividad contractual no puede incidir negativamente en el medio ambiente y más bien colaborar en su protección), económicos (impactos en el mercado interno) o internacionales (cumplimiento de los instrumentos globales de contratación).⁵⁷⁰ Y, ordinariamente, una legitimidad privada no permite la protección de esos intereses. Así, si bien “La contratación en el sector público afecta, en mayor o menor medida, a intereses supraindividuales, tanto difusos como colectivos, hasta el punto de que siempre está en juego un interés social, público o general. Pero esta afectación transindividual choca con el régimen de legitimación activa limitada que tradicionalmente ha regido esta materia”.⁵⁷¹

2. La legitimidad para recurrir actos precontractuales en el Derecho internacional de las contrataciones

Acertadamente, el profesor Gimeno Feliu considera, dentro de su Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos, que la “mejor inversión en la contratación pública es la configuración de un sistema de control rápido y efectivo”, dentro del cual es indispensable considerar que en el recurso en materia de contratación “aun sin ser una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos”.⁵⁷²

En armonía con ello, el Derecho internacional de la contratación pública ha sustentado el sistema de recursos teniendo como eje central al postor privado afectado por la medida ilegal adoptada por la entidad convocante. Es que, en el Derecho internacional de las contrataciones, “los procedimientos de recurso se configuran para proteger a los

⁵⁷⁰ Véase al respecto Roberto Dromi, *Ecuaciones de los contratos* (Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2008).

⁵⁷¹ Mauricio Ruiz Cenicerós, “Defensa de intereses supraindividuales en la contratación pública”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* 7 (diciembre 2014), 33-108.

⁵⁷² José Gimeno Feliu, *Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos* (Observatorio de la Contratación Pública, 12/11/2014). <http://www.obcp.es/opiniones/decalogo-de-reglas-para-prevenir-la-corrupcion-en-los-contratos-publicos>

operadores económicos o a las empresas licitadoras, ya que su finalidad es proteger la competencia en el mercado interior”.⁵⁷³

En esa línea, se ha concebido que “Evidentemente, las reacciones de las empresas son el medio más seguro de cerciorarse que los poderes adjudicadores recurren a prácticas de adjudicación de contratos abiertas y competitivas. Los contratistas son quienes mejor situados están para comprobar si se respetan las normas de contratación pública y pueden indicar con rapidez las infracciones cometidas a los órganos de contratación. A veces, las infracciones se corrigen inmediatamente en cuanto son señaladas a la entidad o poder adjudicador. En caso contrario, existen vías formales de recurso, entre las que se cuenta la acción judicial”.⁵⁷⁴

Es claro asumir que el conocimiento del tema que tienen los proveedores, la inmediatez con relación al momento de la comisión de la desviación y su interés económico en el proceso de selección hace a los postores aparecer como el primer elemento para instar el instrumento preferente de control de la legalidad de la adjudicación. Ello, además, guarda correspondencia con la trayectoria del Derecho internacional de las contrataciones que busca promover la apertura de mercados, la consolidación de mercados globales y la mayor competencia económica, porque solo las personas naturales o jurídicas de índole comercial pueden poseer intereses en el negocio de las compras públicas. De ahí que en esta orientación no es dable pensar en dar legitimación a entidades estatales, grupos sociales, gremios, representación corporativa, todos quienes no tienen interés propiamente dicho en obtener el negocio con el Estado. Por ello es coherente que los destinatarios de las normas de recursos sean los agentes económicos privados dado que “el Derecho europeo de los contratos públicos solo se preocupa de que los operadores económicos tengan la oportunidad de interponer los recursos previstos en las Directivas”.⁵⁷⁵

⁵⁷³ Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 131.

⁵⁷⁴ Comisión Europea, *Libro Verde*, 16.

⁵⁷⁵ Silvia Díez Sastre, “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local* (2012), 306.

Como veremos posteriormente, han sido las directivas comunitarias europeas las que han admitido –de manera indirecta– que los Estados bajo su autonomía normativa puedan dar una ampliación a la legitimidad, pero sin llegar a exigirlo.

Así, el Acuerdo OMC, en su artículo XVIII, indica que:

*Cada Parte establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, mediante el cual **el proveedor**⁵⁷⁶ pueda presentar una impugnación alegando: a. una infracción del presente Acuerdo; o; b. cuando el proveedor no tenga derecho a alegar directamente una infracción del Acuerdo con arreglo a la legislación nacional de una Parte, la falta de cumplimiento de las medidas destinadas a la aplicación del presente Acuerdo adoptadas por una Parte, que surja en el contexto de una contratación abarcada **en la que el proveedor tenga o haya tenido interés.**⁵⁷⁷*

En esa misma línea, la Ley Modelo (artículos 64 y 68) indica que: “Todo proveedor o contratista que **sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño** o perjuicio imputable a una decisión o medida, supuestamente contraria al régimen de la presente Ley, que la entidad adjudicadora haya adoptado, podrá interponer un recurso contra esa decisión o medida”.

Nótese que, a diferencia del primer instrumento, aquí se exige a quien califica como proveedor, además, que pueda alegar “haber sufrido” o “correr el riesgo” de sufrir un daño imputable a la decisión de la entidad, esto es, dos condiciones habilitantes alternativas. Precisamente en la Guía para adoptar esta Ley modelo se indica claramente que: “[...] las disposiciones reconocen el derecho de impugnación únicamente a los proveedores y contratistas (incluidos los posibles proveedores y contratistas que, por

⁵⁷⁶ Nótese que la regla no exige la calidad de “postor”, es decir, haber presentado una postura al concurso, sino solo poder haberlo sido.

⁵⁷⁷ Este texto es muy similar al TLC Perú-Comunidad Europea:

“Artículo 190.- Procedimientos internos de revisión

1. Cada Parte mantendrá o establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, mediante el cual el proveedor que tenga o haya tenido un interés en una contratación pública cubierta pueda impugnar (...)”.

ejemplo, hayan sido descalificados”)⁵⁷⁸ con el objetivo de buscar equilibrio entre la necesidad de dotar de mecanismos de revisión a los procesos de contrataciones y la necesidad de la entidad adjudicataria de concretar el contrato”. Es decir que conscientemente no se propone una legitimidad extendida o menos una acción popular al efecto, dado que es un documento aún inicial sobre la materia.

Así se dice en contra de adoptar legitimaciones amplias que “el propósito de esas limitaciones es que los recursos guarden relación con las medidas o decisiones adoptadas por la entidad adjudicadora en un procedimiento de contratación en particular y no dejar que este se vea entorpecido excesivamente por recursos basados en cuestiones de política o especulativas, o en transgresiones nominales, y también se da a entender que ese mecanismo de impugnación no es el único mecanismo de supervisión de que se dispone”.⁵⁷⁹

Sin embargo, el documento no deja de reconocer lo limitado e insuficiente que resulta asumir esta legitimación corta para la integridad de las compras, por lo que la Ley Modelo recomienda tener en funcionamiento otros mecanismos complementarios de corrección de los actos indebidos. En efecto, nos manifiesta que:

Habida cuenta que el incumplimiento de las normas y los procedimientos solo puede ser denunciado por los proveedores o contratistas por conducto de procedimientos de recursos, deben estar en funcionamiento los otros mecanismos de supervisión [...] para: a) denunciar el incumplimiento cuando ningún proveedor o contratista adopte medidas; y b) resolver cuestiones sistémicas. Es posible que los proveedores o contratistas no requieran adoptar medidas por muchos motivos; si se trata de una empresa importante y el contrato no tiene mucho valor, puede considerarse que las pérdidas no justificarían los gastos que acarrearía interponer un recurso; las empresas más pequeñas tal vez consideren que no disponen de tiempo ni de dinero para hacerlo, y, en general, los proveedores o contratistas pueden no estar dispuestos a impugnar las decisiones discrecionales debido al mayor

⁵⁷⁸ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 333.

⁵⁷⁹ *Ibíd.*, 340.

*riesgo de perder la causa y por el temor de que una reclamación ponga en peligro sus relaciones futuras con la entidad adjudicadora.*⁵⁸⁰

Ha sido únicamente con ocasión de la Directiva 89/665/CEE (artículo 1), de 21 de diciembre de 1989, que se da un paso más adelante hacia la legitimación amplia que la tradicional legitimidad activa procesal basada en el interés legítimo individual, directo, actual y probado, cuando afirma que: “3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, **los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.** En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso”.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ *Ibíd.*, 339.

⁵⁸¹ Es importante advertir que la existencia de otros intereses legítimos para cuestionar procesos de selección no ha pasado desapercibida para el legislador comunitario. Lo que sucede es que considera que ellos son plausibles para promover otros instrumentos de control distintos al recurso en materia de contratos. Así, la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública expresamente indica en el considerando 122) lo siguiente:

“122) La Directiva 89/665/CEE prevé que determinados procedimientos de recurso deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción del Derecho de la Unión en el ámbito de la contratación pública o de las normas nacionales de aplicación de dicho Derecho. Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva. **No obstante, los ciudadanos, las partes interesadas, organizadas o no, y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso con arreglo a la Directiva 89/665/CEE sí tienen un interés legítimo, en tanto que contribuyentes, en procedimientos adecuados de contratación. Por consiguiente, debe brindárseles la posibilidad, de un modo distinto al del sistema de recurso contemplado en la Directiva 89/665/CEE, y sin que ello implique necesariamente que se les conceda legitimación ante los órganos jurisdiccionales, de señalar posibles infracciones de la presente Directiva a la autoridad o la estructura competente. Para no duplicar las autoridades o estructuras existentes, los Estados miembros deben poder prever el recurso a las autoridades o estructuras de supervisión general, a los organismos de supervisión sectorial, a las autoridades municipales de supervisión, a las autoridades en materia de competencia, al Defensor del Pueblo o a las autoridades nacionales en materia de auditoría.**”

Como se puede apreciar, de la legitimidad exclusiva de los proveedores que mencionan los documentos anteriores, en este instrumento ya se describe que el recurso debe ser disponible “cuando menos” a cualquier persona interesada en obtener el contrato (interés en el contrato) y que, además, se haya visto o pueda verse perjudicada (agravio).

Es de resaltar el carácter de límite inferior o extremo al que se refiere esta directiva, no resultan incompatibles con ella legitimidades más extensas como acciones de grupo, difusas o incluso una acción popular en esta materia. A decir de los estudios realizados, “debe considerarse que, como el sistema de Directivas fija mínimos, puede establecerse un sistema más permisivo para el acceso a los recursos, pero nunca más restrictivo”,⁵⁸² ya que la Directiva está planteando el supuesto más limitado de legitimidad posible.

En este sentido, el supuesto más restrictivo planteado por la Directiva considera dos elementos: interés en el contrato y perjuicio real o posible.⁵⁸³

a) “Cualquier persona que tenga o haya tenido interés [no necesariamente tiene que haber sido postor, porque puede haber tenido interés en el contrato, pero no participar por alguna restricción indebida en los pliegos] en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras”.

b) Que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

⁵⁸² Díaz Bravo, “La regulación del recurso en materia de contratación pública”, 75 y ss.

⁵⁸³ Aunque parecieran ser dos elementos distintos de aplicación concurrente, coincidimos que es bastante alejado de realidad encontrar supuestos en los que quien tiene interés en el contrato y alega una infracción a la normativa, no se encuentre –cuando menos– en riesgo de sufrir un perjuicio por ello. *Ibíd.*, 76.

3. La legitimidad activa en los modelos de control de actos precontractuales en Hispanoamérica: Chile, Perú, Costa Rica, Panamá, Paraguay y México

3.1. La legitimidad activa ante el Tribunal de Contratación Pública de Chile

Conforme al artículo 24 de la Ley 19,886, únicamente ostentan legitimación activa para presentar la acción de impugnación, la persona natural o jurídica que tenga un interés comprometido de modo actual (coetáneo al momento de la impugnación) en el procedimiento de contratación.⁵⁸⁴

Nos encontramos con la línea de tendencia predominante en la región de prever una legitimidad exclusivamente individual en favor de los operadores del mercado y no propiamente del interés colectivo o en interés de la legalidad. Puede ser así, interpuesto por una persona natural o jurídica, bajo cualquier modalidad de asociación, siempre que califiquen como los licitadores, esto es, “quienes están participando activamente en el respectivo procedimiento concursal, y los interesados, es decir, quienes se hallan inscritos en un registro de licitantes o les sea habitual participar en licitaciones de servicios, obras o trabajos como los que son objeto de la licitación que se impugna y, con mayor razón, si en ella no pueden participar debido a las propias exigencias antijurídicas establecidas en las bases de la licitación”.⁵⁸⁵

Como bien se afirma en la doctrina chilena: “El legislador opta por un procedimiento judicial destinado a proteger intereses individuales y no por uno que salvaguarde objetivamente el respeto al ordenamiento jurídico que rige el procedimiento de contratación. Consecuentemente con esta exigencia se descarta que la acción tenga el

⁵⁸⁴ “Artículo 24.
[...]

La demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación”.

⁵⁸⁵ Moraga, *Contratación administrativa*, 581.

carácter de popular, que sea ejercida a favor del interés público”⁵⁸⁶ o que se habilite al propio Tribunal alguna actuación de oficio.⁵⁸⁷

Lo particular de la fórmula legal elegida por el legislador es que no hace indispensable demostrar la afectación de algún derecho subjetivo en particular, sino basta un “interés en el procedimiento de contratación” que a su turno se vea “comprometido” por la acción u omisión irregular de la autoridad que conduce el proceso.⁵⁸⁸

En la línea con la jurisprudencia del mismo Tribunal, esa regla ha conducido a interpretaciones restrictivas de la legitimación, ya que entiende la “actualidad del compromiso” como la posibilidad real de adjudicarse el contrato mediante el recurso. Por ello, se han rechazado reclamos en casos como los siguientes: que el reclamante no haya participado en la licitación (salvo que reclame las reglas de las bases y lo haga antes del periodo para presentar ofertas), que sea un postor cuya propuesta ha sido rechazada y ha adquirido calidad de firme, así como de empresas vinculadas de quien ha sido postor, o una empresa del consorcio que postuló.⁵⁸⁹

3.2. La legitimidad activa para plantear recursos de objeción y de apelación ante la Contraloría General de la República en Costa Rica

En el capítulo II habíamos caracterizado al modelo costarricense de control sobre la formación del contrato, entre otros aspectos, por contener dos recursos o medios de impugnación. Primero, tenemos el recurso de objeción previsto para cuestionar las reglas del proceso de selección cuando se considere que ha habido vicios de

⁵⁸⁶ Olmos Carrasco, “Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública”, 459.

⁵⁸⁷ Véase la propuesta de Lara Arroyo *et al*, “Aspectos críticos de la solución de controversias”, 427 y ss.

⁵⁸⁸ Afirma Camacho Cepeda que “Al exigir como elemento de legitimación solo el tener un interés actual comprometido con ello se distancia de la definición de interés del artículo 23 del Código de Procedimientos Civil (que exige el compromiso de un derecho para reconocer la existencia de un interés actual) y más bien se alinea con la definición de interesado contenida en el artículo 21 letra c) de la Ley 19880 de Bases de Procedimientos Administrativo, texto normativo que reconoce como interesado en el procedimiento a aquel cuyos intereses individuales o colectivos puedan resultar afectados [...]”. Camacho Cepeda, “El Tribunal de Contratación Pública en Chile”, 171.

⁵⁸⁹ Olmos Carrasco, “Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública”, 460.

procedimiento, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación o se ha quebrantado, de alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia. Luego también existe el recurso de apelación, especialmente contra las decisiones de la autoridad distintas a las reglas de las bases. Precisamente, esta bifurcación de medios de impugnación no solo tiene que ver con las actuaciones que son objetos de las respectivas revisiones, sino, sobre todo, por la distinta legitimidad que se admiten en cada una de ellas.

3.2.1. La legitimidad activa para proponer recurso de objeción contra las bases de los procesos

Conforme al artículo 82 de la Ley de Contratación Administrativa⁵⁹⁰ y 178 de su Reglamento⁵⁹¹ pueden interponer recurso de objeción contra las bases, cartel o pliego de condiciones “todo oferente potencial del bien, servicio u obra requerida o su

⁵⁹⁰ Ley de contratación administrativa

“Artículo 82. Legitimación y supuestos

Podrá interponer el recurso de objeción toda oferente potencial o su representante, cuando se considere que ha habido vicios de procedimiento, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación o se ha quebrantado, de alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia. Además, estará legitimada para objetar el cartel o el pliego de condiciones, toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos.

⁵⁹¹ Recurso de objeción

“Artículo 178. Presentación y legitimación

Contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada podrá interponerse recurso de objeción, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. Para los efectos del cómputo respectivo no se tomarán en cuenta las fracciones.

Este recurso podrá ser interpuesto por cualquier potencial oferente, o su representante, del bien, servicio u obra requerida. También podrá interponer el recurso de objeción cualquier entidad legalmente constituida para la defensa de los intereses de la comunidad en donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos.

En el escrito de objeción deberá argumentarse sobre la legitimación al menos sucintamente, con indicación de la relación entre la actividad del potencial oferente y el objeto del concurso, y en el caso de agrupaciones, la repercusión directa de la contratación sobre el núcleo de intereses que representan. Las agrupaciones, ya sean territoriales o de otra índole, podrán cuestionar únicamente aquellas condiciones cartelarias que afecten los intereses de la agrupación.

El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente pueden satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia”.

representante”, pero además se admite la legitimidad de “toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos”.

Como se puede apreciar, la normativa considera una **doble legitimidad**: la **legitimidad individual** de la persona natural o jurídica que sea un oferente potencial, y una muy particular **legitimidad colectiva** asignada a cualquier entidad legalmente constituida (p. ej., asociaciones comunales, asociaciones de vecinos, gremios) creadas para velar por los intereses de la comunidad en el lugar donde vaya a ejecutarse el contrato o surta sus efectos.⁵⁹²

Para poder acreditar esta legitimidad individual en el caso del posible postor debe argumentar en el escrito de objeción la “relación entre la actividad del potencial oferente y el objeto del concurso”, precisamente para acreditar aquella potencialidad de ser postor en el específico proceso cuya regla se pretende cuestionar. Es decir, la legitimidad no la posee cualquiera por el solo hecho de ser una empresa en el mercado, ni resulta suficiente afirmar la sola intención de ofertar. Hay que demostrar capacidad para obligarse contractualmente (p. ej., no estar bajo interdicción o inhabilitado), contar con el giro empresarial de la prestación a realizar en favor de la entidad en el que la Administración se encuentra interesada y cumplir las condiciones objetivas para serlo en el específico caso (p. ej., tener registro habilitante del tipo de contrato que se trate la convocatoria), incluyendo a quien al momento de ofertar no presenta las condiciones comerciales o legales para desplegar la actividad en que se encuentra interesada la Administración, pero existen razones por las que esas condiciones o requisitos se tendrán cuando se dicte el acto de adjudicación. Carecerán de ella, por el contrario, quienes no cuenten con capacidad para obligarse contractualmente, sea por interdicción judicialmente declarada o por habersele impuesto una sanción de inhabilitación.

⁵⁹² El profesor Jinesta afirma que esta apertura a la legitimidad corporativa “es una norma prudente y moderada, habida cuenta que abrir la legitimidad a los intereses difusos podría afectar ostensiblemente la celeridad y eficacia que debe imperar en los procedimientos de contratación y la ejecución de los contratos administrativos”. Jinesta Lobo, *Contratación administrativa*, 291.

Aunque de manera general, “[...] la acreditación de la condición de potencial oferente no requiere de un amplio nivel de desarrollo o demostración en cuanto a la actividad o giro comercial y el objeto de la contratación, pues se encuentra cobijada por los principios de buena fe, libre concurrencia y eficiencia. Por ello, rara vez se aprecia un rechazo de plano del recurso por no acreditar la legitimidad como potencial oferente, pese a que en muchas ocasiones algunas administraciones parecieran concentrarse más en ese punto que en atender la defensa de las cláusulas objetadas, las cuales supone que están debidamente fundamentadas”.⁵⁹³

Y, respectivamente, para poder acreditar la legitimidad colectiva, a las personas jurídicas corresponde explicar “la repercusión directa de la contratación sobre el núcleo de intereses que representan”, dado que las agrupaciones, ya sean territoriales o de otra índole, pueden cuestionar únicamente aquellas condiciones de las bases que afecten los intereses de la agrupación.⁵⁹⁴ Estamos, de este modo, no frente a una legitimación de intereses difusos, sino más bien acotada a cierto tipo de personas jurídicas con vinculación al contrato por su lugar de residencia.⁵⁹⁵

⁵⁹³ Ortega Pérez, “Apuntes conceptuales sobre el recurso de objeción ante la Contraloría General de la República”, 41. Véase también, Hidalgo Cuadra, “La formación del pliego en las compras públicas y la libre competencia”, 63-96.

⁵⁹⁴ Por ejemplo, se ha rechazado la legitimidad de un colegio profesional afirmando que: “En el caso de los Colegios profesionales, tenemos que estos no pueden ser oferentes potenciales a un concurso, puesto que su función y su razón de ser no comprende la participación en actividades lucrativas en general ni, por ende, en la contratación pública, por lo que la primera condición no se cumple. En cuanto a la segunda posibilidad, si bien se trata de entidades debidamente constituidas, su propósito es regular el ejercicio profesional, para lo cual no solo incorporan formalmente a los profesionales, sino que, además, ejercen facultades sancionatorias; persiguen la excelencia en cuanto al servicio que presten sus colegiados organizando, por ejemplo, eventos de capacitación y velan también por la defensa de los intereses de estos. En ese tanto es claro que, en principio, los colegios profesionales no se presentan como entes legitimados para interponer un recurso de objeción al cartel con fundamento en la segunda posibilidad que habilita para ello, ya que no se hace para defender los intereses de la comunidad donde se va a desarrollar la contratación, ni sobre la que va a surtir sus efectos, de donde lo correcto en estos casos, es que sean los colegiados interesados en participar en un determinado concurso, que se sientan lesionados con alguna disposición del pliego de condiciones, los que, como en el subexámine, instauren sus respectivas impugnaciones” (Ver R.S.L. 61-97, de las 14:00 horas del 19 de marzo de 1997).

⁵⁹⁵ La legitimidad corporativa para la defensa de interés legítimos y derechos subjetivos puede darse en una de cuatro formulas: i) la legitimidad de la corporación en cuanto se afecta exclusivamente los intereses o derechos de la entidad en tanto unidad jurídica; ii) la legitimidad concurrente de la corporación y de sus miembros en cuanto existe la afectación compartida y simultánea a los

3.2.2. La legitimidad activa para proponer recurso de apelación contra la adjudicación del contrato

Conforme al artículo 85 de la Ley de Contratación Administrativa y 184 de su Reglamento⁵⁹⁶ tienen legitimidad activa individual “cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo”. Igualmente estará legitimado para apelar quien haya presentado oferta, bajo cualquier título de representación, a nombre de un tercero. Dentro de este último supuesto se entenderá, en todo caso, a quien haya sido acreditado regularmente dentro del expediente de licitación como representante de casas extranjeras.

La legitimidad del interés para impugnar debe ser actual, propio y directo, esto es, cuando existen posibilidades reales de ser readjudicatario del contrato fruto de la declaratoria de fundabilidad del recurso.⁵⁹⁷ En suma, el interés debe ser actual (no eventual ni potencial), personal (la posibilidad del actor de alegar a título propio el interés por lo cual la acción no puede ser ejercida en beneficio de otro) y, además, directo (ya que el acto impugnado debe haber sido dirigido de forma inmediata al recurrente, en forma tal que el agravio que pueda provocar al actor derive del acto).

Un elemento adicional que ha hecho notar la doctrina costarricense⁵⁹⁸ es la exigencia de acreditar al momento de recurrir un mejor derecho para resultar readjudicatario

ámbitos de los intereses y derechos con posibilidad de separación y diferenciación; iii) la legitimación de los miembros de la corporación con carácter privativo frente a esta, es decir, de las partes y no del conjunto unitario; y, iv) legitimación de las corporaciones públicas en el ejercicio de funciones administrativas delegadas por el Estado. Véase Manrique Jiménez Meza, *La legitimidad administrativa* (San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013), 299 y ss.

⁵⁹⁶ “Artículo 184. Legitimación

Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo. Igualmente estará legitimado para apelar, quien haya presentado oferta, bajo cualquier título de representación, a nombre de un tercero. Dentro de este último supuesto se entenderá en todo caso a quien haya sido acreditado regularmente dentro del expediente de licitación como representante de casas extranjeras”.

⁵⁹⁷ Solera Víquez, *El recurso de apelación en las licitaciones*, 54 y ss.

⁵⁹⁸ Marlene Chinchilla Carmioll y Elard Ortega Pérez, “La contratación pública en Costa Rica: planificación, Selección e impugnación”, *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, n. 1 (2015). <http://www.liberlex.com>

dada la regulación de la improcedencia de la apelación del artículo 180 del Reglamento.⁵⁹⁹ Conforme a ello, el apelante no solo debe argumentar su legitimidad, sino además su mejor derecho a la adjudicación del concurso, de modo que el recurrente, no obstante contar con legitimidad, debe acreditar que la propuesta resulte elegible dado que será improcedente aun en el caso que su recurso prosperara, pero no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación. “En relación con este punto, es claro que ya no basta únicamente con presentar oferta en el concurso, sino que se requiere también que demuestre cómo resultaría beneficiado con la readjudicación del concurso. Esta especie de ‘legitimación agravada’ se encuentra asociada al hecho de que no podría anularse el acto final para que luego de practicarse los nuevos análisis y estudios de valoración de ofertas, la parte recurrente tampoco resulte beneficiada con una nueva adjudicación”.⁶⁰⁰

3.3. La legitimidad activa en el caso del recurso especial en materia de contratación de España

3.3.1. Aspectos generales de la legitimidad en el modelo español

Uno de los aspectos que ha tenido un desarrollo singular muy interesante es la legitimación para activar el recurso especial en materia de contratación. Este régimen, a partir del estándar mínimo planteado por el Derecho internacional de las contrataciones, ha tenido una importante apertura amplia y expansiva *pro actione*, cada vez menos rígida de la mano del alcance del término “interés legítimo” desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, aunque no ha

⁵⁹⁹ “Artículo 180. Supuestos de improcedencia manifiesta

El recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento del procedimiento en que se advierta, en los siguientes casos:

a) Cuando se interponga por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo.

b) Cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso. Debe entonces el apelante acreditar en el recurso su aptitud para resultar adjudicatario.

⁶⁰⁰ Chinchilla Carmioll *et al*, “La contratación pública en Costa Rica”, 87.

llegado a plasmarse aún en una plena acción pública,⁶⁰¹ pese a haber sido ya planteada por importante doctrina nacional.⁶⁰² Con claridad en esta materia se ha defendido la necesidad que “[...] aun sin ser pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos”.⁶⁰³

La regulación que consolida esta posición es el actual artículo 48, que indica lo siguiente:

Artículo 48.- Legitimación

Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales

⁶⁰¹ En el Derecho de contrataciones español ya existen voces que siguiendo la tendencia demostrada en su sistema plantean la necesidad de consagrar una verdadera acción popular vinculándola con el derecho a la buena administración y la participación ciudadana. Véase al respecto Fernando Vicente Davila, *La dimensión colectiva del derecho a la buena administración contractual: ¿un estatus de acción pública en el sistema de control de la contratación pública?* (Observatorio de la Contratación Pública, 09/04/2018). <http://www.obcp.es/opiniones/la-dimension-colectiva-del-derecho-una-buena-administracion-contractual-un-status-de>

⁶⁰² Véase el documento: “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)” de 30 de enero de 2017. Dicho documento fue elaborado por los profesores José María Gimeno Feliu y José Antonio Moreno Molina (directores del Observatorio de Contratación Pública); y Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreno Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández. <https://www.gtt.es/boletinjuridico/propuesta-de-modificaciones-y-mejora-al-proyecto-de-ley-de-contratos-del-sector-publico-por-el-que-se-transponen-al-ordenamiento-juridico-espanol-las-directivas-del-parlamento-europeo-y-del-consejo/>

La propuesta 1.3, referida a la “Ampliación de la legitimación para impugnar” propone que: “La legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos. **En el recurso especial puede ser oportuna la acción pues la contratación públicas guarda directa relación con el derecho a una buena administración**”

⁶⁰³ Gimeno Feliu, *Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos*.

respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

La fórmula empleada contiene varios elementos que sirven para encauzar diversos supuestos de legitimación, pero partamos de una constatación relevante: no se alude al estatuto de postor o licitador en específico. Por tanto, pueden ser recurrentes los licitadores como los no licitadores, según puedan acreditar los criterios de legitimación que la norma señala. En efecto, como ha constatado, la doctrina española las últimas leyes de contratación “prescindieron de toda referencia expresa a los licitadores, lo cual no les quita fuerza ni protagonismo como principales legitimados para accionar en el ámbito de la contratación del sector público”,⁶⁰⁴ lo cual denota claramente una apertura con una “redacción más abreviada, pero de amplio alcance”.⁶⁰⁵

Esta fórmula considera igualmente legitimados a cualquier persona jurídica⁶⁰⁶ o física que acredite haberse visto perjudicada (esto es, con un daño real) o pueda serlo (esto es, un daño potencial pero cierto y no meramente hipotético, potencial o probable) de manera directa (quien se ve afectado o puede verse afectado de manera inmediata bien por ser su destinatario o porque, sin serlo, le concierne de la manera inmediata en sus situaciones jurídicas o de hecho) o indirecta (quien no se ve afectado o puede serlo por el acto administrativo sino como consecuencia de la alteración o menoscabo que aquel produce en el patrimonio jurídico de un destinatario directo) en sus derechos e intereses legítimos que pueden ser, a su vez, individuales (privativos y de orden moral o económico) o colectivos (“entidades que no son normalmente licitadoras y cuya

⁶⁰⁴ Ruiz Ceniceros, “Defensa de intereses supraindividuales en la contratación pública”, 48.

⁶⁰⁵ José Razquin Lizarraga, “La Ley 34/2010 de 5 de agosto: el nuevo régimen de los recursos en materia de contratación pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 9 (2011), 41-58.

⁶⁰⁶ Respecto a la legitimidad de las personas jurídicas, se discute en la doctrina si es necesario que la empresa adopte, por medio de sus órganos societarios respectivos, un acuerdo concreto para interponer el recurso o si basta la representación común extendida para participar en la licitación. Carlos Melón Pardo, *¿Es necesario el acuerdo corporativo de ejercicio de acciones para interponer el recurso especial en materia de contratación?* (Observatorio de Contratación Pública, 12/09/2016). <http://www.obcp.es/opiniones/es-necesario-el-acuerdo-corporativo-de-ejercicio-de-acciones-para-interponer-el-recurso>

participación no persigue la adjudicación de un contrato en su favor, sino que accionan en defensa de intereses colectivos”).⁶⁰⁷

3.3.2. El concepto de interés legítimo como eje para la determinación de la legitimidad para presentar el recurso especial en materia de contratación

En el Derecho español, la problemática de la legitimidad para interponer el recurso especial se incardinó necesariamente con la legitimidad para presentar un recurso contencioso-administrativo, por lo que su eje, no sin muchas incertidumbres y dificultades, fue la noción del interés legítimo. De ahí que no ha sido posible extraer reglas claras y universales, sino que ha tenido que resolverse mediante decisiones jurídicas casuísticas.⁶⁰⁸

En su desarrollo ha sido clave dilucidar que exista en quien pretende plantear un recurso un “beneficio claro y directo que podría obtener el recurrente a resultas de la estimación de su recurso o, en su formulación opuesta: un perjuicio claro que podría evitar”,⁶⁰⁹ en vez de buscar identificar la existencia de un derecho subjetivo e interés legítimo, por separado. Pero, por otro lado, el sistema se resiste a dar apertura a reclamos por parte de cualquier persona o entidad en defensa de la pura legalidad. Por ello es correcto afirmar que:

[A] pesar de que se ha producido una evidente ampliación de la legitimidad activa en el ámbito de la contratación pública, sigue circunscrita al círculo jurídico vital del interesado, aquel a quien repercute o pueda repercutir directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona (sic), y en la que no está incluido como elemento legitimador el genérico deseo ciudadano al cumplimiento de la legalidad, ni la mera defensa del interés público. Se sigue exigiendo una relación material unívoca entre

⁶⁰⁷ Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 87.

⁶⁰⁸ Vicente Davila, “La legitimidad en el recurso especial en materia de la contratación pública: una apreciación casuística”, 137.

⁶⁰⁹ *Ibíd.*, 139.

el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), de tal forma, que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético).⁶¹⁰

A continuación, analizaremos los supuestos que evidencian esa expansión de la legitimidad, según la posición de diversos órganos de resolución de recursos, los mismos que si bien en algunos casos no son uniformes, muestran los filones por donde la legitimidad ha recorrido en el Derecho de la contratación pública español.

3.3.3. Legitimidad del licitador concurrente

La legitimidad del licitador concurrente, esto es, quien ha realizado actos positivos tendentes a evidenciar su interés en el proceso (registrarse, adquirir bases, formular consultas, etc.), aparentemente es sencilla de acreditar por su sola participación y el agravio que le genera el acto que impugna. Solo debe poder haberse visto perjudicado (con un daño real) o poder serlo (un daño potencial pero cierto y no meramente hipotético, potencial o probable) de manera directa en sus intereses legítimos individuales.

Excepcionalmente, se ha considerado carente de legitimidad a licitadores que carecen de interés propio e identificado, a los recurrentes reactivos (que sin pretender algo para sí únicamente buscan descalificar a otro postor) o cuyo recurso presenta una manifiesta inutilidad práctica (cuando, por ejemplo, cuestionando la asignación de puntaje propio, pero aun corrigiéndolo, no llegaría a alterar el resultado de la competencia),⁶¹¹ cuando impugna la adjudicación a lotes que no ha concurrido,⁶¹² o quien retiró la propuesta, etc.

⁶¹⁰ Ruiz Cenicerós, "Defensa de intereses supraindividuales en la contratación pública", 97.

⁶¹¹ Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 86 y 87.

⁶¹² Por ejemplo, Resolución 129/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 6 de junio de 2012.

3.3.4. Legitimidad del potencial licitador

La legitimidad del potencial postor que no participó en la licitación depende de que pueda acreditar que podría haberlo hecho de no haberse dado el acto lesivo (generalmente una regla ilegal de las bases). En este punto es claro que resulta compatible con esta legitimidad que el recurso se dirija contra las bases o pliegos del proceso.

3.3.5. Legitimidad del licitador excluido

La tesis general es que un licitador excluido de manera definitiva de un procedimiento de selección no puede considerársele licitador afectado —en los términos de la Directiva 89/665/CEE y no puede impugnar las actuaciones posteriores a su exclusión (incluida la adjudicación recaída en otro postor— dado que no tiene posibilidades de ser adjudicatario del contrato ya que en caso fuera declarado nulo el acto impugnado, ningún efecto beneficioso le reportaría.⁶¹³ La línea de pensamiento señalada, que constituye una regla general sujeta a excepciones, como veremos después, considera que la resolución del recurso que presentará un licitador excluido no puede repercutir de manera favorable directa ni indirectamente en su estatuto jurídico, sino que únicamente producirá un perjuicio en el adjudicatario y, eventualmente, beneficio a los demás postores que quedaron en segundo o tercer lugar.

Dentro del marco de esta tesis, en la casuística de los tribunales de contratación español encontramos excepciones,⁶¹⁴ singularmente cuando se trata de “un licitador excluido cuando el recurso que quiere interponer tiene por finalidad denunciar que las consideraciones que dieron lugar a su exclusión son igualmente aplicables a la proposición presentada por otro licitador que se postula como adjudicatario, habiendo

⁶¹³ Véase la Sentencia de 19 de junio de 2003, Asunto C-249/2001 del TJUE.

⁶¹⁴ Patricia Valcárcel Fernández, “El reconocimiento de legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a los licitadores excluidos”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 150 (julio-agosto 2017), 22-29.

sido ambos los dos únicos participantes en el procedimiento de adjudicación contractual”.

Esta excepción encuentra innegable sustento necesario en que en este caso el “interés legítimo” del licitador excluido⁶¹⁵ sería el tratamiento igualitario en el procedimiento y no discriminación y en la posibilidad que, merced a que prospere su recurso, la licitación quede desierta y se vuelva a convocar el proceso, en el cual podría participar.

Así, de las diversas resoluciones que dan lugar a este recurso se pueden desprender las siguientes condiciones:⁶¹⁶

- Que el licitador excluido impugne la adjudicación del contrato invocando un defecto o irregularidad en la oferta del adjudicatario que tuviese identidad razonable (no se requiere identidad plena) con el incumplimiento o defecto que se le fue imputado para su exclusión.
- Que en el procedimiento contractual únicamente concurren dos licitadores, y uno de ellos permanece en el procedimiento y es adjudicatario.
- Que la estimación del recurso interpuesto conlleve a que el procedimiento sea declarado desierto o nulo y se impulse una nueva licitación en la que el recurrente tendría una nueva oportunidad de postular.

De este modo, aunque dependiendo de muchas variables y condiciones, resulta posible hacer lugar al recurso presentado por un postor excluido definitivamente de la licitación.

⁶¹⁵ Este licitador definitivamente excluido puede serlo porque: ha consentido la exclusión, ha impugnado su exclusión, pero ha sido consentida, ha sido excluido en sede del Tribunal por lo cual se ha agotado la vía administrativa sobre ese tema, etc.

⁶¹⁶ Valcárcel Fernández, “El reconocimiento de legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a los licitadores excluidos”, 24.

3.3.6. Legitimidad de integrante de una unión temporal de empresas

No cabe duda de que la unión temporal de empresas que es postora en una licitación posee legitimidad para impugnar los actos que les afecten. Sin embargo, la legitimidad se pone en cuestión cuando quien pretende interponer el recurso es uno o varios de los integrantes del consorcio a título singular, pero no el íntegro de sus miembros.

Aquí la posición de la normativa⁶¹⁷ y de la casuística de los recursos especiales –basados en los criterios jurisprudenciales en contencioso-administrativo– ha sido admitir la legitimidad activa a cualquiera de los integrantes de la UTE para litigar en beneficio de la comunidad de bienes e interés común entre ellos, con la expresa calidad que la resolución favorable aproveche a todos y no solo a los integrantes que lo plantean, sin que, por el contrario, les pueda perjudicar a los otros las resoluciones adversas. Ni la designación de un representante común para la postulación ni la responsabilidad solidaria frente a terceros se oponen a reconocer esta legitimidad a alguno de los integrantes de la unión. Aun cuando han participado con el compromiso de constituir la UTE en caso de ser adjudicatario y hayan nombrado un representante único para el ejercicio de sus derechos, no es óbice para que cada empresa pueda ejercer sus derechos por separado.

⁶¹⁷ Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

“Artículo 24. Casos especiales de legitimación

[...]

2. En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. En tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y en el supuesto de que el Tribunal acuerde la imposición de multa por temeridad o mala fe, en los términos previstos en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la misma solo será exigible a la entidad o entidades recurrentes.

No cabría discutir la legitimidad, si los otros partícipes de la UTE manifestaran su aceptación del acto supuestamente lesivo o su voluntad de no impugnar.⁶¹⁸

3.3.7. Legitimidad de sujetos que no participaron en la licitación

Desde la propia fórmula empleada en la Ley de Contratos se ha dado lugar a la legitimidad a partir de personas jurídicas representantes de intereses legítimos colectivos, cuando se menciona específicamente que “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales **o colectivos**, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”. El desarrollo amplio de la legitimidad ha conducido a que esta capacidad no se limite únicamente a quienes pueden, son o pudieron ser postores, sino comprende a otros sujetos representantes de interés colectivos que no pueden ser postores, pero sí tienen un interés legítimo en que las reglas del proceso o decisiones calificadas no afecten los intereses de sus componentes. Es decir, necesita acreditarse una conexión directa entre el propósito del recurso y los intereses que ellos representan.

- **La representación de los trabajadores (sindicato y comité de empresa).** La representación de los trabajadores o de los trabajadores mismos de la entidad convocante y de los postores poseen legitimidad en función a cuatro premisas: i) el interés legítimo se debe entender como la ventaja o utilidad que obtendría el recurrente en caso prosperar la pretensión ejercitada; ii) los sindicatos y el comité de empresa tienen atribuida una función genérica de representación y defensa de intereses colectivos de los trabajadores, pero no por ello pueden ejercer una acción pública; iii) la legitimidad abstracta debe concretarse en cada caso mediante un vínculo o conexión entre sus representados y la pretensión concreta perseguida por el recurso; y, iv) el interés perseguido puede ser económico o profesional. Conforme a ello pueden tener legitimidad si se constata una

⁶¹⁸ Por ejemplo, Resolución 13/2011 del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 13/2011.

verdadera conexión directa entre el recurso y los intereses de los representados por su organización y, además, que se aprecie la ventaja o utilidad que se obtendría de ser fundado el recurso. Por ejemplo, si se cuestionarían reglas laborales contenidas en los pliegos (p. ej., horarios, condiciones de trabajo ilegales o derechos diminutos como remuneraciones), si se busca evitar que las funciones de los trabajadores sean tercerizadas ilegalmente, si un nuevo contrato de servicios no garantiza el cumplimiento de la exigencia legal de subrogarse de la nueva contratista como empleador de los trabajadores de la empresa anterior, etc.⁶¹⁹⁻⁶²⁰ Por el contrario, no tendría legitimidad para cuestionar las cláusulas económicas del contrato, la insuficiencia o no del presupuesto o valor referencial del contrato (aunque la posición no es uniforme), la calificación de la naturaleza del contrato, los criterios de adjudicación, plantear que una licitación no se concluya en tanto no se cierre un proceso de negociación colectiva.⁶²¹

- **Las asociaciones y federaciones de empresas**⁶²². Las asociaciones de empresas o gremios cuyos integrantes guarden compatibilidad con los objetos de las licitaciones (p. ej., constructores, proveedores de equipos, etc.) también poseen legitimidad para defender los intereses colectivos de sus asociados, en particular respecto de la legalidad de las reglas de los pliegos.⁶²³ Así, por ejemplo, se admite la legitimación de las asociaciones para impugnar los pliegos en la medida que

⁶¹⁹ Vicente Davila, “La legitimidad en el recurso especial en materia de la contratación pública: una apreciación casuística”, 128.

⁶²⁰ Díez Sastre, “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública”, 303

⁶²¹ Por ejemplo, Resolución 134/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

⁶²² Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
“Artículo 24. Casos especiales de legitimación

1. Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.

⁶²³ Por ejemplo, Acuerdo 36/2012 de 21 de agosto de 2012, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

estos puedan contener cláusulas que impidan o restrinjan la participación en la licitación de sus asociados.

- **Los colegios profesionales.** Los colegios profesionales en función a que su ámbito de actividades guarde compatibilidad con los objetos y reglas de las licitaciones (p. ej., abogados, ingenieros, etc.) también poseen legitimidad para defender los intereses gremiales de sus asociados y los temas que son de especialidad de su gremio, en particular respecto de las reglas de los pliegos.
- **El subcontratista o proveedor de un licitador.** En este mismo desarrollo específico de la legitimación se ha considerado que se encuentra en aptitud de instar el recurso especial quien ha acreditado un compromiso de subcontratación o de aprovisionamiento con un licitador que no resultó adjudicatario ilegalmente. Aquí, la legitimidad está dada porque de lograrse la nulidad de la adjudicación indebida, la empresa proveedora resultaría beneficiada mediante el suministro de los equipos o bienes a la empresa postora.⁶²⁴
- **Los usuarios de un servicio público objeto del contrato.** La casuística también ha admitido la legitimidad de los usuarios de un servicio siempre que demuestren la conexión entre su pretensión y la calidad del servicio que recibirán.⁶²⁵ En un caso específico⁶²⁶ se manifestó que:

A juicio de este Tribunal, como también indicó en la Resolución 11/2011, de 1 de junio, resulta cuando menos cuestionable, que los usuarios de los servicios públicos se encuentren legitimados para el recurso especial en materia de contratación, de forma genérica y abstracta, invocando únicamente su condición de usuarios y sin acreditar que de la estimación o desestimación de sus pretensiones se derivaría un beneficio o perjuicio

⁶²⁴ Por ejemplo, véase la Resolución 129/2019, Órgano Administrativo de Recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

⁶²⁵ Díez Sastre, “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública”, 304.

⁶²⁶ Resolución nº 227/2017 Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad De Madrid, 4 de agosto de 2017.

concreto e individualizado para ellos. Tal acreditación exigiría como mínimo la determinación de aquellos aspectos del objeto de impugnación que incidirían directamente en su situación como usuarios del servicio,⁶²⁷ sin que a tal efecto puedan considerarse aquellas alegaciones relativas a la vulneración de los principios de la contratación pública, o cuestiones de legalidad referidas al procedimiento de contratación (composición de la comisión de valoración, fórmula a utilizar para valorar los criterios de adjudicación, arbitrariedad o discriminación en la aplicación de los criterios previstos, cumplimiento en los pliegos de las proposiciones no de ley de la Asamblea, importancia relativa de los distintos criterios de adjudicación o competencia desleal entre licitadores), respecto de las que se encontrarían legitimados los licitadores y aspirantes a serlo o colectivos que les agrupen o representen, únicamente.

3.3.8. Legitimidad *ex lege*: el concejal con votación adversa a los actos y acuerdos impugnados⁶²⁸

Una particularidad adicional del régimen local es que pueden impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las corporaciones locales que hubieran votado en contra. Esta habilitación general se encuentra en el artículo 63.1, b de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que establece “Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: [...] b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos”.

⁶²⁷ Por ejemplo, calidad, suficiencia, gratuidad o copago, etc.

⁶²⁸ Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
“Artículo 24. Casos especiales de legitimación
[...]

4. Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados”.

Luego de un interesante debate doctrinario sobre la posibilidad de extender esta legitimidad –inicialmente concebida para el contencioso-administrativo– al recurso especial en materia de contrataciones,⁶²⁹ fue definido incorporándolo expresamente por el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.⁶³⁰

3.4. La legitimidad activa para promover el recurso de nulidad en Nicaragua

Como vimos en el capítulo II, el régimen de contrataciones nicaragüense para el sector público establecido el 2010 prevé un sistema singular de recursos administrativos especiales que son conocidos por dos instancias administrativas descentralizadas funcionalmente⁶³¹ y ajenas al procedimiento de contratación que conducen las entidades. Primero, le compete conocerlo a la Procuraduría General de la República⁶³² y, luego, a la Contraloría General de la República.⁶³³ Este sistema está conformado por

⁶²⁹ Díez Sastre, “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública”, 203-322; y Eloísa Carbonell Porras, “El ‘interés concreto’ de los concejales ‘en el correcto funcionamiento de la corporación local’ como título de legitimación”, *Revista de Administración Pública*, n. 168 (2005), 187-213; y, Antonio Fanlo Loras, “La impugnación de acuerdos locales por los miembros de la corporación que hubieran votado en contra: ¿un caso de judicialización de las discrepancias políticas locales?”, *Documentación Administrativa*, n. 220 (1989), 67-84.

⁶³⁰ Artículo 24. Casos especiales de legitimación.

4. Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados.

⁶³¹ La doctrina nicaragüense al respecto afirma: “Cabe señalar que tanto con el recurso de impugnación como con el de nulidad el legislador ha optado por una especie de descentralización de la vía administrativa, es decir, trasladar la tramitación y resolución de estos recursos administrativos a órganos que están ubicados fuera de la organización del ente contratante, lo cual podría imprimir mayor imparcialidad y seguridad jurídica”. Arríen Somarriba, “Análisis, interrogantes y recomendaciones”, 122.

⁶³² Conforme a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley 411, aprobada el 4 de diciembre del 2001, la Procuraduría General de la República en un organismo adscrito al Poder Ejecutivo con independencia funcional, tiene a su cargo la presentación legal del Estado de la República de Nicaragua en lo que concierne a los intereses y a las materias que la presente Ley determine, con funciones específicas de asesoría y consulta de los órganos y entidades dentro de los órganos del Poder Ejecutivo, cuyo titular posee rango de ministro de Estado y es nombrado por el Presidente de la República ante quien tomará posesión de su cargo.

⁶³³ Conforme a la Constitución de Nicaragua de actualizada al 2014, la Contraloría General de la República es el Organismo Rector del sistema de control de la Administración Pública y fiscalización de los bienes y recursos del Estado, cuya dirección está a cargo del Consejo Superior de la Contraloría General de la República integrado por cinco miembros electos por la Asamblea

el recurso de aclaración en contra del resultado preliminar de la evaluación de las ofertas que se interpone ante la propia entidad, el de impugnación en contra de la adjudicación contractual y el de nulidad en contra de la resolución negativa del recurso de impugnación.⁶³⁴

En relación con la legitimidad regulada para activar estos instrumentos recursales, la propia norma indica que “Los recursos contemplados en la presente Ley deben ser interpuestos por los proveedores que demuestren un interés legítimo, mediante escrito presentado ante la autoridad competente [...]”. Como se aprecia, el legislador nicaragüense se acoge a la concepción tradicional de únicamente reconocer una legitimidad individual a quien califica como proveedor y es titular de un interés legítimo respecto del acto que se cuestiona.

3.5. La legitimidad activa para promover protestas en Paraguay

Como habíamos analizado antes, el régimen paraguayo crea su recurso o protesta que es de competencia de la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) contra cualquier acto del proceso de selección que contravenga las disposiciones que rigen las materias objeto de esta ley.

En específico, para promover este recurso la ley exige acreditar al impugnante poseer un interés legítimo, bajo sanción de rechazar el recurso,⁶³⁵ con lo cual se afilia a una legitimación individual.

Nacional para un período de cinco años, dentro del cual gozarán de inmunidad. Es un organismo independiente, sometido solamente al cumplimiento de la Constitución y las leyes; goza de autonomía funcional y administrativa. Las resoluciones definitivas que resuelven estos recursos de nulidad son publicadas en su web: <https://www.cgr.gob.ni/index.php/resoluciones-de-recursos-por-nulidad>

⁶³⁴ Cabe anotar que este sistema no aplica a los contratos menores.

⁶³⁵ Ley 2,051/03 de Contrataciones Públicas

“Artículo 79.- Procedencia

Las personas interesadas podrán protestar ante la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) en cualquier etapa de los procedimientos de contratación, cuando existan actos que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de esta ley. La protesta será presentada, a elección del promotor, por escrito o a través de medios remotos de comunicación electrónica que al efecto

3.6. La legitimidad activa para promover la inconformidad ante la Secretaría de la Función Pública en México

El ordenamiento jurídico mexicano ha dado lugar a “la instancia de inconformidad” como el medio con que cuentan los postores para poder impugnar aquellas decisiones en la formación del contrato que consideren ilegales ante una autoridad administrativa distinta a la propia entidad convocante: la Secretaría de la Función Pública.⁶³⁶

En cuanto a la legitimidad para activar el control de dicha Secretaría, se orienta a una legitimidad individual, pero presenta la particularidad de estar desdoblada según el tipo de acto del proceso se cuestione.⁶³⁷

establezca la referida entidad, dentro de los diez días hábiles siguientes a aquel en que ocurra el acto o el promotor tenga conocimiento de este.

Transcurrido el plazo establecido en este artículo, precluye para los interesados el derecho de protestar, sin perjuicio de que la Auditoría General que corresponda actúe en cualquier momento de oficio o a pedido de personas interesadas en los términos de la ley.

La falta de acreditación de la personería y el interés legítimo del promotor será motivo de rechazo de la acción solicitada”.

⁶³⁶ La Secretaría de la Función Pública es una dependencia del Poder Ejecutivo Federal cuyo titular es designado por el Presidente de la República, y conduce sus actividades en forma programada y con base en las políticas que establezca el Presidente de la República. Para conocer, tramitar y resolver las inconformidades cuenta con su Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas.

⁶³⁷ Ley de Adquisiciones, arrendamiento y servicios del sector público

“Artículo 65. La Secretaría de la Función Pública conocerá de las inconformidades que se promuevan contra los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación a cuando menos tres personas que se indican a continuación:

I. La convocatoria a la licitación, y las juntas de aclaraciones.

En este supuesto, la inconformidad solo podrá presentarse por el interesado que haya manifestado su interés por participar en el procedimiento según lo establecido en el artículo 33 Bis de esta Ley, dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la última junta de aclaraciones;

II. La invitación a cuando menos tres personas.

Solo estará legitimado para inconformarse quien haya recibido invitación, dentro de los seis días hábiles siguientes;

III. El acto de presentación y apertura de proposiciones, y el fallo.

En este caso, la inconformidad solo podrá presentarse por quien hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la junta pública en la que se dé a conocer el fallo, o de que se le haya notificado al licitante en los casos en que no se celebre junta pública;

IV. La cancelación de la licitación.

En este supuesto, la inconformidad solo podrá presentarse por el licitante que hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a su notificación, y

V. Los actos y omisiones por parte de la convocante que impidan la formalización del contrato en los términos establecidos en la convocatoria a la licitación o en esta Ley.

De este modo se ha acotado la legitimidad para provocar el control diferenciándola en función de los actos según su momento de aparición en el proceso de selección. En eso se distingue de todos los ordenamientos de la región, como veremos a continuación.

En efecto, si se tratara de impugnar la convocatoria a la licitación y las juntas de aclaraciones, la legitimidad le corresponderá únicamente al interesado que haya manifestado por escrito su interés por participar en el procedimiento. Cuando lo que se quiera es cuestionar la invitación a cuando menos tres personas, solo estará legitimado para inconformarse quien haya recibido invitación. En cambio, cuando la inconformidad se refiera al acto de presentación y apertura de proposiciones o el fallo, la inconformidad solo podrá presentarse por quien hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la junta pública en la que se dé a conocer el fallo o de que se le haya notificado al licitante en los casos en que no se celebre junta pública. Si se tratara de cuestionar la cancelación de la licitación, la inconformidad solo podrá presentarse por el licitante que hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a su notificación. Finalmente, si la reclamación se desea presentar contra actos y omisiones por parte de la convocante que impidan la formalización del contrato en los términos establecidos en la convocatoria a la licitación o en esta Ley, la inconformidad solo podrá presentarse por quien haya resultado adjudicado, dentro de los seis días hábiles posteriores a aquel en que hubiere vencido el plazo establecido en el fallo para la formalización del contrato o, en su defecto, el plazo legal.

En esta hipótesis, la inconformidad solo podrá presentarse por quien haya resultado adjudicado, dentro de los seis días hábiles posteriores a aquel en que hubiere vencido el plazo establecido en el fallo para la formalización del contrato o, en su defecto, el plazo legal.

En todos los casos en que se trate de licitantes que hayan presentado proposición conjunta, la inconformidad solo será procedente si se promueve conjuntamente por todos los integrantes de esta”.

3.7. La legitimidad activa para promover el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones de Panamá

La normativa panameña se encuentra alineada a la noción mayoritaria de una legitimidad restringida a los postores que evidencien legítimo interés en modificar el acto emitido por la entidad. Por ello ha establecido que “todos los proponentes que se consideren agraviados por una resolución que adjudique o declare un acto de selección de contratista o por una resolución o acto administrativo en que se rechazan las propuestas o cualquier acto que afecte la selección objetiva del contratista, en el cual consideren que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, podrán interponer el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas”.⁶³⁸

Con ello se exige una legitimación individual, pero con dos elementos concurrentes: ser proponente y, además, tener un agravio específico respecto del acto que se pretende impugnar.

3.8. La legitimidad activa en las observaciones a las bases y en la apelación ante el Tribunal de Contrataciones peruano

Conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado,⁶³⁹ todo participante puede formular observaciones a las reglas contenidas en las bases argumentando vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa relacionada con el objeto de contratación.

⁶³⁸ Artículo 207 del Reglamento de la Ley 22 de 2006 que regula la Contratación Pública aprobada por Decreto Ejecutivo 40 de 10/04/2018.

⁶³⁹ “Artículo 72.- Consultas, observaciones e integración de bases

72.1. Todo participante puede formular consultas y observaciones, a través del Seace, respecto de las bases. Las consultas son solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las bases. Se presentan en un plazo no menor a diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria.

72.2. En el mismo plazo, el participante puede formular observaciones a las bases, de manera fundamentada, por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación”.

En este sentido, el ordenamiento nacional opta por reconocer legitimidad individual para formular observaciones a las bases, sin llegar a exigir adquirir las bases (en el caso peruano, el participante ya no adquiere las bases, sino que solo se registra su participación en el sistema informático), acreditar encontrarse efectivamente en condiciones de poder presentar una oferta admisible al proceso ni aducir algún interés personal afectado por la regla de las bases que es cuestionada. De este modo, el estatuto legitimador es únicamente ser un “participante”⁶⁴⁰ en el proceso.

En cuanto al recurso de apelación, la normativa no ha establecido propiamente quién tiene legitimidad para presentarlo, sino que ello surge de la combinación de tres elementos convergentes: i) la calidad de participante o postor en el proceso de selección; ii) la legitimidad para impugnar el acto objeto del recurso; y, iii) el momento de la impugnación. Como veremos a continuación, la suma de estos elementos arroja una legitimación bastante más restrictiva que lo deseable y alejada de los estándares internacionales.⁶⁴¹

En primer lugar, para ser impugnante se debe ser calificado como postor o participante en el proceso, con lo cual no se encuentra habilitación para alguna legitimidad popular o corporativa o en representación de intereses colectivos. Este aspecto surge de lo indicado en el primer párrafo del artículo 41 de la Ley: “Las discrepancias que surjan entre la entidad y los participantes o postores⁶⁴² en un procedimiento de selección y las

⁶⁴⁰ El anexo de definiciones contenido en el Reglamento define como “participante” al proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección. Dicho registro es gratuito y electrónico, a través del Seace, y se realiza desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de ofertas o recepción de expresiones de interés, según corresponda.

⁶⁴¹ Es importante tener en cuenta que la legislación nacional debe ser revisada a la luz de los pactos internacionales que ha suscrito el Perú, ya que en estos la legitimación es conceptualmente más amplia, pues debe permitir presentar apelaciones a proveedores que “hayan tenido un interés en una contratación en particular”. Así, por ejemplo, si revisamos el Tratado de Libre Comercio suscrito con Europa, existe la norma siguiente:

“Artículo 190. Procedimientos internos de revisión

1. Cada Parte mantendrá o establecerá un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, **mediante el cual el proveedor que tenga o haya tenido un interés en una contratación pública cubierta pueda impugnar:**

⁶⁴² Opinión N° 047-2017/DTN16 de febrero de 2017.

que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación". Por ello, a través de dicho recurso pueden impugnarse los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, estando facultados para ello únicamente los (i) participantes (condición que se adquiere únicamente al estar registrados en el proceso); y (ii) postores (condición que se adquiere desde el momento de haber presentado propuesta).

En consecuencia, solo puede interponer recurso de apelación aquel proveedor que haya formado parte del procedimiento de selección, ya sea en calidad de participante o de postor; por tanto, el impugnante debe mantener esta condición a efectos de ejercer su derecho a cuestionar el resultado del proceso.⁶⁴³ De esta forma puede darse el caso que dentro de un procedimiento de selección, un participante interponga recurso de apelación contra la decisión de la entidad de tener por no presentada su oferta, así como respecto de aquellos actos que afecten de manera directa la presentación de la misma.

En segundo lugar, a la calidad de postor o participante se debe agregar que debe estar en capacidad de demostrar que posee legitimidad procesal específica para cuestionar el acto que se reputa ilegal. Las resoluciones del Tribunal de Contrataciones han reiterado que:

Al respecto, debe entenderse la legitimidad como un presupuesto común de los recursos administrativos referido al sujeto activo o administrado interesado, que constituye un límite a su derecho de petición subjetiva, el cual consiste en que quien efectúa la impugnación debe alegar un interés legítimo o afectación directa a un derecho subjetivo. Es decir, se debe alegar un agravio directo, específico y personalizado. En esta línea argumental, la legitimidad está referida a la relación objetiva entre la identidad del sujeto que recurre a la Administración y el derecho afectado. Entonces, se requiere la constatación de una situación objetiva que implique la lesión de un derecho de manera

⁶⁴³ Cabe señalar que, un proveedor pierde la calidad de postor cuando retira su propuesta luego de que esta ha sido rechazada, pues ello implica conformidad con dicho rechazo.

*efectiva y que configure un conflicto de relevancia jurídica respecto del bien que se pretende proteger.*⁶⁴⁴

Para asegurar esta legitimación, el Reglamento⁶⁴⁵ de la Ley establece que el recurso de apelación debe ser declarado improcedente cuando: “El impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento”, para lo cual, además, afirma que se carece de legitimidad, entre otros casos: “[...] si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta y no haya revertido su condición de no admitido o descalificado”.

Esta exigencia de legitimidad o de interés directo, específico y personal del acto que se recurre se encuentra desde la perspectiva de la tutela de intereses privados y no de control de la legalidad en la formación del contrato. De este modo, podría pensarse que bajo esta exigencia –por ejemplo– el participante descalificado arbitrariamente podría impugnar precisamente su descalificación o el postor podría apelar la no contabilización del puntaje correcto que le correspondiere conforme a las reglas del proceso. Es obvio que en estos casos se constata una situación objetiva que implica lesión a sus derechos y espera revertir precisamente con la admisión a la competencia o la correcta asignación de puntaje. Pero ello no es exacto en el modelo peruano porque existe un tercer elemento concurrente para configurar la legitimidad activa: el momento habilitado para la interposición de la impugnación.

Conforme al artículo 119 del Reglamento, los postores o participantes no pueden interponer recurso contra los actos que los afecten de manera inmediata, sino que deben esperar a la conclusión del procedimiento de selección con la adjudicación y recién, a partir de ese momento, queda habilitado para interponer el recurso de apelación. La norma establece que: “La apelación **contra el otorgamiento de la buena**

⁶⁴⁴ Resolución N° 318-2015-TC-S1.

⁶⁴⁵ Artículo 123.

pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro”.

Esta condición temporal convierte en mucho más restrictiva la legitimidad para apelar contra una descalificación ilegal o un puntaje diminuto, ya que al haberse producido la adjudicación, el participante se verá obligado a impugnar también la adjudicación de contrato realizada a otro postor, en una suerte de análisis de doble legitimidad.⁶⁴⁶ Una primera legitimidad se acredita en función del acto indebido realizado en su perjuicio y otra segunda revisión de legitimidad, en función de la posibilidad de revertir la adjudicación ya realizada por la autoridad. De este modo, para alcanzar la legitimidad activa necesaria para impugnar se necesita no solo acreditar el agravio que le produce la descalificación o el puntaje diminuto, sino –además– que pueda aspirar a dejar sin efecto la buena pro recaída en otro postor (porque reingresado a la competencia su propuesta sea mejor o porque, además, la adjudicación haya sido ilegal) y ser así el readjudicatario del contrato.

De ello tenemos que carecerá de la legitimidad exigida el postor afectado por un acto lesivo importante y el recurso será declarado improcedente en los siguientes casos:

- Si el recurso solo cuestiona la legalidad de la adjudicación realizada cuando el impugnante ha sido descalificado de la competencia (debe primero obtener su reintroducción a la competencia).⁶⁴⁷
- Si la propuesta del adjudicatario hubiera sido la mejor oferta según el método previsto en las bases del proceso, pese al vicio que agravia al postor que recurre.
- Si el recurrente fuera un postor legítimamente excluido o consciente su descalificación, aun cuando la adjudicación del contrato sea abiertamente ilegal (p. ej., producto de un direccionamiento del proceso).

⁶⁴⁶ Esta posición proviene desde el Acuerdo Nº 014-009 que adoptó el Tribunal de Contrataciones y luego fue recogido en la normativa de contrataciones.

⁶⁴⁷ Véase al respecto, la Resolución Nº 0793-2019-TCE-S2.

- Si el recurrente fuera el tercero en la orden de prelación y solo recurre contra la propuesta del adjudicatario, y no sobre la propuesta del segundo en la relación.⁶⁴⁸

No cabe duda de que en el Derecho peruano se ha establecido que para impugnar se debe poseer y mantener la calidad del postor y, además, la impugnación de la adjudicación está reservada única y exclusivamente a aquellos postores que participaron en dicho acto, es decir que llegaron a la etapa final del proceso de selección, mas no para aquellos que fueron descalificados en la etapa de calificación técnica o económica. Estos postores descalificados solo podrían cuestionar su descalificación técnica mas no el otorgamiento de la buena pro, salvo que previamente logren reincorporarse al proceso. Con esta posición se reduce el ámbito de control dado que, no obstante existir evidencia de ilegalidades en el proceso, la instancia de revisión se limita a no valorarlas quedándose primero en un aspecto anterior: la ausencia de afectación directa al postor descalificado por la adjudicación realizada. Como si la transgresión al principio de igualdad en la postulación no fuera tan relevante para apreciar la legalidad del proceso.

3.9. El caso colombiano: la acción popular de moralidad en materia de contratación

3.9.1. Las acciones populares en el Derecho Administrativo colombiano

El régimen de Colombia tiene la particularidad en la región de haber desarrollado un proceso especial *ad hoc* de legitimidad popular para llevar ante el Consejo de Estado el cuestionamiento las irregularidades en materia de contratación, como uno de los instrumentos de control de la legalidad de la formación y ejecución del contrato.⁶⁴⁹ Esta

⁶⁴⁸ Véase al respecto, las Resoluciones N° 1525-2011-TC-S1 y N° 318-2015-TC-S1.

⁶⁴⁹ Este instrumento de control se inserta en un conjunto de acciones de competencia judicial contra los actos irregulares de formación del contrato administrativo que se encuentra en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo aprobado por la Ley 1437 de 2011 (enero 18), que al ser posterior le significa no pocos problemas de compatibilidad. Ahí se establece la legitimidad únicamente de las partes contractuales, del Ministerio Público y de un tercero con interés directo para promover la nulidad contractual, y, por otro lado, una legitimidad alternativa según la pretensión que se alegue (si es solo la nulidad del acto, podrá ser promovida

acción se inserta dentro del más amplio régimen constitucional que considera un conjunto de acciones populares,⁶⁵⁰ entre las cuales se encuentra la denominada “de moralidad administrativa”⁶⁵¹ para la protección de derechos e intereses colectivos que

por cualquier persona, mientras que, si se pretende el restablecimiento de un derecho, deberá ser por el postor afectado):

“Artículo 141. Controversias contractuales

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Asimismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 (legitimidad amplia en caso de pretenderse únicamente la nulidad) y 138 (únicamente lo puede proponer quien posee un derecho afectado si se pretendiere la nulidad del acto y el restablecimiento de un derecho) de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.

⁶⁵⁰ Constitución Política de Colombia

“Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

⁶⁵¹ La Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo constitucional 88 de la Constitución en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo considera como derechos e interés colectivos objeto de estas acciones:

“a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

b) La moralidad administrativa;

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

posee “una alta potencialidad de proyectarse sobre la realidad, en el sentido en que no se encuentra anclada en un tipo de acto o momento específico, sino que puede manifestarse a través de distintas acciones e instrumentos. Es el caso de los contratos estatales, los actos administrativos, las simples o puras acciones materiales del Estado, entre otras formas de actuación administrativa. Incluso, las omisiones pueden involucrar una amenaza o violación al derecho a la moral administrativa [...]”.⁶⁵²⁻⁶⁵³

3.9.2. La moralidad administrativa, derecho colectivo protector de la correcta contratación estatal

Es este punto es necesario tener en cuenta que en el Derecho colombiano se ha creado la categoría jurídica de “moralidad administrativa”⁶⁵⁴ con una naturaleza dual, es decir, tanto como un principio de la función administrativa y como un derecho colectivo de tercera generación, siendo que en esta vertiente alcanza una connotación abierta, que sin ser sinónimo de legalidad comprende otros bienes jurídicos como la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, el manejo adecuado de los recursos públicos, entre otros. En ese sentido, rige las actuaciones tales como contratación, presupuesto, personal, prohibiciones, incompatibilidades, etc.

El propio Consejo de Estado ha llamado la atención hacia este novedoso derecho afirmando tres de sus características⁶⁵⁵ en su entendimiento:

-
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
 - m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
 - n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia”.

⁶⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 2004-00009 de agosto 30 de 2007, Rad. 88001233100020040000901.

⁶⁵³ Un estudio sobre la evolución conceptual de este derecho lo podemos encontrar en: Sofía Arango Betancur y María Ochoa Serna, *El concepto de moralidad administrativa en la jurisprudencia del Consejo de Estado* (tesis de Derecho, Universidad Eafit, 2011).

⁶⁵⁴ Véase, entre otros, el Fallo 1330 de 2011 de 08/06/2011 del Consejo de Estado.

⁶⁵⁵ Consejo de Estado, Sentencia AP-2003-00618, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

- a) Es un principio que debe ser concretado en cada caso.
- b) Al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación.
- c) En la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza cuando, por ejemplo, existen irregularidades y mala fe por parte de la Administración en el ejercicio de potestades públicas; cuando se desconocen los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación, concepción que reconoce la importancia axiológica y principal del ordenamiento, en un contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento.⁶⁵⁶

Tercera, Rad. AP-70001-23-31-000-2003-00618-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C. junio 18 de 2008 / Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001 / Consejo de Estado, Sentencia 2004-00833 de octubre 12 de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., doce de octubre de dos mil seis / Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, expediente AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y AP-170 de 2001 / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP-25000-23-25-000-2002-01089-01 de mayo 25 de 2006, Radicación AP-25000-23-25-000-2002-01089-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., mayo veinticinco de dos mil seis. / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia AP-130012331000200300239-01 de marzo 16 de 2006, Rad.: AP-130012331000200300239-01, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., 16 de marzo de 2006.

⁶⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintidós (22) de agosto de dos mil siete (2007), actor: Linnette Andrea Gutiérrez y otro, demandada: municipio de Bucaramanga, radicación: 68001231500020030022801, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 2003-01472 de abril 15 de 2010. C. P Mauricio Fajardo Gómez (Sentencia 2005-01423 de mayo 21 de 2008. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Radicación Nº 76001 23 31 000 2005 01423 01. Actor: Oscar Antonio Morales Pinzón. Demandado: Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Desarrollo Territorial y Bienestar Social.

Nótese que en todos estos casos lo relevante es la amenaza o vulneración del derecho a la moralidad administrativa esto es, que involucren precisamente aspectos de relevancia general de la colectividad y no individual, aunque fueran grupales. Se trata de proteger o restaurar la aparición de daños colectivos afectantes de comunidad, y no amenazas o daños individuales o singularizados, que ya poseen otras vías. Esta afirmación no desconoce que el mismo acto lesivo “va a tener efectos colaterales en alguno o algunos miembros de la comunidad, afectando sus derechos o intereses subjetivos, lo que sin duda puede dar lugar al surgimiento de otro tipo de acciones como las típicamente subjetivas [...] si el daño es individual o a las acciones de grupo, en el entendido de que el daño en los derechos o intereses individuales sea común a varios de los integrantes del colectivo, y daría lugar a reclamar para ellos, en cuanto afectados en su patrimonio, indemnizaciones o perjuicios”.⁹⁷

La aplicación del derecho colectivo a la moralidad administrativa en materia de contratos estatales no ha estado exenta de marchas y contramarchas por parte de la legislación y la jurisprudencia del Consejo de Estado, en particular, sobre la capacidad que le permite al juez para anular o no un contrato ya suscrito.⁶⁵⁷

3.9.3. Las características jurídicas de la acción popular en particular

La protección de este derecho a la moralidad administrativa se obtiene por medio de un mecanismo procesal específico: la acción popular.

Como su propio nombre lo indica, al ser una acción pública la puede ejercer (demandar, coadyuvar, asesorar o representar al demandante) cualquier persona natural o jurídica por solo integrar la comunidad sin necesidad de acreditar que haya sido parte de la

⁹⁷ Jaime Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, Contencioso Administrativo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 751.

⁶⁵⁷ Eddy Villamizar Schiller, “El derecho colectivo: moralidad administrativa en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del Derecho Administrativo”, *Estudios Socio Jurídicos*, n. 8 (julio-diciembre 2006) y Ernesto Matallana Camacho, “Acción popular en de moralidad administrativa”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 4 (segundo semestre 2010), 195-262.

comunidad afectada con el contrato (p. ej., ser vecino de la municipalidad que realizó la licitación irregular),⁶⁵⁸ las organizaciones no gubernamentales u organizaciones cívicas o populares (que son formas de organización de las personas naturales), inclusive las propias entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia (p. ej., veedurías ciudadanas), el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los alcaldes y cualquier servidor público que por función deba promover la protección y defensa de derechos o intereses colectivos.⁶⁵⁹ Por ello es que se afirma correctamente que “Las acciones populares no son en sentido estricto una controversia entre partes que defienden intereses puramente individualistas y económicos, ya que detenta un carácter público, que opera bajo un esquema de protección de los derechos colectivos, radicados en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman parte demandante de la acción judicial”.⁶⁶⁰

Las características jurídicas de esta acción popular han sido establecidas por el Consejo de Estado⁶⁶¹ del modo siguiente:

- **Es una expresión concreta del derecho de acción colectiva** (permite a cualquiera de sus titulares solicitar tutela judicial efectiva de los derechos colectivos), por tanto, mediante ella no puede perseguirse la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad o del particular sobre los demandantes a título singular.

⁶⁵⁸ Este fue uno de los criterios que equivocadamente el Consejo de Estado asumió en algunos casos al iniciar la experiencia de esta acción (Exp. AP. 0282, Sección Segunda, Sentencia de agosto de 2002).

⁶⁵⁹ Ley 472 de 1998, artículo 12.

⁶⁶⁰ Diana Daza Quintero, *Alcance de las acciones populares que protegen la moral administrativa: estudio de viabilidad en el caso de la contratación estatal en Colombia* (tesis de magíster en Derecho Administrativo, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009), 59.

⁶⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CE-SIJ 2500000-23-15-000-2002-02704-01 de 13 de febrero de 2018 (sentencia de unificación jurisprudencial).

- **Es principal y autónoma**, porque no depende de la inexistencia de otras vías para accionarse, siendo más bien que existiendo se puede emplear esta acción sin excluir las otras.
- **Es una acción directa**, ya que no requiere agotar ningún reclamo previo en sede administrativa.
- **Es preventiva**, esto es, no requiere un daño o perjuicio efectivo para prosperar, sino que procede aun ante la amenaza o riesgo para el derecho colectivo, para evitar daños contingentes al valor común (patrimonio, moralidad, medio ambiente, etc.) que pueden o no llegar a suceder.
- **Es eventualmente restitutiva**, dado que el juez puede ordenar retornar al estado anterior las cosas, cuando se pueda, y **excepcionalmente indemnizatoria** en favor de la entidad pública no culpable, aunque haya participado en la irregularidad. Aquí se aprecia nítidamente que la acción popular no busca la declaratoria de responsabilidad extracontractual, que implica el quebranto de derechos particulares y su indemnización dado que, por el contrario, busca cautelar los derechos e intereses colectivos de la comunidad. La indemnización no está proscrita del juicio, pero sí es excepcional cuando se haya amenazado o vulnerado el derecho o interés colectivo. Por ello, dicha indemnización no está dirigida a compensar el daño de una persona, sino a favorecer a la entidad que tenga a su cargo el interés o derecho colectivo. Por ejemplo, si se trata de un contrato oneroso, la entidad contratante será la beneficiaria de la indemnización.
- **Es intemporal**, dado que la acción popular no está sujeta a plazos para su interposición, por lo que es empleable en cualquier tiempo en tanto subsista la amenaza o perjuicio a los derechos e intereses colectivos.
- **La vulneración o amenaza debe ser real**, inminente y concreta (no hipotética).

Finalmente, cabe indicar que con la aprobación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo mediante la Ley 1437 de 2011, se asumió la tesis restrictiva del alcance de la acción popular en esta materia, por lo que tuvo una importante limitación estableciéndose que ya no es posible que al resolver el juez declare la nulidad del contrato, pudiendo dictar cualquier otra medida para hacer cesar el peligro o reestablecer el derecho colectivo afectado.⁶⁶² Ello ha sido considerado por parte de la doctrina colombiana como una significativa regresión que le resta eficacia a la acción popular como medio de control y que es susceptible de ser inaplicado por inconstitucional por el Consejo de Estado.⁶⁶³ En este sentido, cuando se acoge la demanda popular, la sentencia podrá contener una suspensión del contrato, una orden de hacer o de no hacer (p. ej., modificar, terminar o interpretar el contrato de una determinada manera), condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un interés colectivo y disponer la realización de las conductas necesarias para volver al estado de cosas anterior, de ser posible. Así, por ejemplo, en caso de sobrecostos en el contrato deberán responder patrimonialmente el representante legal del organismo contratante y contratista en forma solidaria hasta la recuperación del exceso.⁶⁶⁴

⁶⁶² “Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos

Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, **inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que, en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato**, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

⁶⁶³ Juan Alzate Ortiz y Juliana Nanclares Márquez, “Prohibición expresa de anular contratos en la acción popular: ¿una solución o un problema?”, *Revista Lasallista de Investigación*, n. 1, vol. 13 (2016), 188 y ss. También puede consultarse al respecto Beatriz Londoño Toro y María Torres Villarroel, “¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recuentes ataques legislativos y jurisprudenciales?”, *Vniversitas*, n. 124 (enero-junio 2012), p. 248

⁶⁶⁴ Ley 472, artículo 40.

3.9.4. Una particularidad relevante pero dejada de lado: el incentivo económico en las acciones populares sobre moralidad administrativa

La acción popular de moralidad administrativa contaba en la norma originaria (artículo 40, Ley 472) con un incentivo económico a quienes actúan en calidad de demandantes con el claro propósito de fomentar su empleo,⁶⁶⁵ que luego fue posteriormente derogado por el legislador,⁶⁶⁶ pese a que previamente dicha norma había sido declarada exequible (constitucional) por la Corte Constitucional colombiana.⁶⁶⁷ Este fomento era la recompensa a quien se decidió proteger la moralidad administrativa cuando los demás no lo hicieron y, además, la retribución a sus gastos y esfuerzos en vía de un beneficio mayor, cual es la protección de derechos colectivos. Por ello, es evidente que la derogación de este beneficio, además de contravenir la naturaleza de las acciones populares en el Derecho comparado⁶⁶⁸ y las recomendaciones internacionales,⁶⁶⁹ ha

⁶⁶⁵ “Artículo 40. Incentivo Económico en Acciones Populares sobre Moral Administrativa
En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15 %) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos”. Ver Fallo Consejo de Estado 2486 de 2011. Ley 1425 de 2010 (29 diciembre).

⁶⁶⁶

⁶⁶⁷ Sentencia Corte Constitucional C-88 de 2000.

⁶⁶⁸

Por ejemplo, es relevante mencionar que en el derecho anglosajón, donde han prosperado las acciones populares para impugnar fraudes en la contratación pública (nos referimos a las acciones *qui tam*), es esencial la recompensa económica a quien pone en conocimiento de la autoridad un fraude en los asuntos del Estado, entre otros, en la contratación que efectúa. A estas acciones se les denomina *qui tam*, que es aquella demanda legal iniciada por un ciudadano denunciando un desvío o utilización incorrecta de fondos públicos, entre otros, por acciones fraudulentas de contratistas del Estado o de sus propios funcionarios. La esencia de la acción es el derecho que adquiere el denunciante a reclamar un porcentaje del dinero que el Estado recupere si prospera la acción legal. Representa un incentivo concreto para quien tiene conocimiento de hechos de corrupción. El concepto se basa en que, al haber un derecho a participación económica en el resultado, el ciudadano impulsará su denuncia por tener una motivación adicional a la de orden moral. Véase al respecto, Luis Dates, “Las acciones *qui tam*. Una posible herramienta contra la corrupción en las contrataciones públicas”, *La Ley* (13/10/2016). Ar/Doc/3097/2016 y Patricio Maraniello, “La acción *qui tam*”, *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, n. 3 (marzo 2017).

⁶⁶⁹

El Proyecto de Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y proteger a sus denunciantes y Testigos, planteado por la OEA, incluye esta necesidad de dar beneficios económicos a quienes actúan en nombre del interés colectivo:

“Artículo 15. Beneficios para el denunciante y/o testigo de actos de corrupción

traído consigo que los ciudadanos hayan perdido el interés en participar como actores populares⁶⁷⁰ como lo demuestran los estudios estadísticos realizados en dicho país.⁶⁷¹

El incentivo económico cumple diversas funciones en la acción popular: compensar los esfuerzos personales y financieros en que incurre el actor popular para impulsar derechos colectivos, estimular la defensa de estos derechos y desincentivar a los infractores porque conocen que podrán ser condenados a su pago, equipara a las partes por cuanto el actor popular solo cuenta con sus recursos para afrontar el proceso y la otra parte, generalmente una entidad pública, cuenta a su favor con el presupuesto público para su defensa.⁶⁷² No se trataba de una indemnización en favor del actor público ni de la comunidad, pues no es una reparación subjetiva, sino un pago que depende de las sumas efectivamente recuperadas a las que el actor ha contribuido en su detección y acreditación.

Las autoridades competentes podrán otorgar beneficios económicos a favor de los denunciantes y testigos de actos de corrupción cuando como producto de la información proporcionada se haya permitido la imposición de sanciones de reparación pecuniarias, o se haya aportado información veraz y útil que coadyuve a la identificación y localización de recursos, derechos o bienes relacionados o susceptibles de ser vinculados en operaciones relacionadas con actos de corrupción.

El monto de la recompensa corresponderá hasta el equivalente del ... % del valor de lo recuperado o resarcido, conforme a la tasación realizada por los peritos, y a la decisión de las autoridades competentes que valorarán la relevancia de la información proporcionada. De ser necesario se harán publicaciones expresas sobre el contenido de este artículo en medios de comunicación masiva.

Este beneficio no se aplicará si en el transcurso de las investigaciones se determina que el denunciante y/o testigo ha tenido algún grado de participación en el acto de corrupción que lo haya beneficiado directamente o si este hecho no haya sido declarado inicialmente.

Cuando la información a que se refiere este artículo sea proporcionada por un servidor público, su colaboración en la identificación o acreditación de las conductas de actos de corrupción serán objetos de un reconocimiento de carácter no económico”.

⁶⁷⁰ Luz Vega-Orjuela, “Eliminación del incentivo económico de las acciones populares: constitucional pero inconveniente”, *Iter Ad Veritatem* 13 (2015), 199-227.

⁶⁷¹ Grupo de Investigación en Derechos Humanos, Grupo de Acciones Públicas, Línea de Investigación 20 años de la ley 472 de 1998, *Boletín de Investigación: 20 años de la Ley de acciones populares en Colombia, Balance y desafíos, 1988-2018* (Bogotá: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2018). https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/18975/Ley_acciones_populares.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶⁷² Londoño Toro *et al*, “¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recuentos ataques legislativos y jurisprudenciales”, 248?

No obstante, ello, el legislador optó por su derogación atendiendo a la suma de diversos argumentos adversos a la conveniencia de mantener la medida, pero en nuestra opinión, equivocados. Un primer grupo de argumentos podemos asociarlos alrededor de la constatación del incremento del ejercicio de las acciones populares que en ese momento –se decía– congestionaban la judicatura. Por el contrario, ello sería un indicador de que el fomento funcionaba y no un factor adverso. Más bien si se busca reducirlas, podría entenderse que se desalienta el descubrimiento de los contratos irregulares que existen. Otro grupo de argumentos estaba centrado en la idea que el ánimo de lucro perseguido por quienes actúan en nombre de la colectividad era incompatible con la naturaleza de una actuación espontánea, gratuita y solidaria en cumplimiento del deber ciudadano.

4. El sometimiento voluntario a los pliegos y a los actos previos a la adjudicación como límite a la legitimidad para recurrir actos del proceso de selección

De diversas maneras se encuentra presente en los ordenamientos iberoamericanos (p. ej., España⁶⁷³ y México⁶⁷⁴) o en sus criterios jurisprudenciales (p. ej., España⁶⁷⁵ y

⁶⁷³ Recogiendo la doctrina que habían establecido los Tribunales de Contratación con anterioridad, el artículo 50 de la Ley de Contratos del Sector Público acogió esta regla bajo los términos siguientes: “Artículo 50. Iniciación del procedimiento y plazo
[...] Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”.

El texto final de este artículo tuvo como antecedente el anteproyecto de la ley que no contemplaba excepciones y concordaba una causal expresa de inadmisión del recurso por dicha situación, pero que fue observado –tenidas en cuenta en la versión final– por el Consejo de Estado.

⁶⁷⁴ “Artículo 67. La instancia de inconformidad es improcedente:

I. Contra actos diversos a los establecidos en el artículo 65 de esta Ley;

II. Contra actos consentidos expresa o tácitamente”.

⁶⁷⁵ Por ejemplo, las Resoluciones 0107/2015 y 0845/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales establecieron, siguiendo la tesis del Tribunal Supremo de Justicia, que: “El Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 19 de marzo de 2001, afirmó que si un licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rige, tomando parte del mismo con su correspondiente oferta, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecido por las adjudicaciones que pretendía”. Rodríguez Bajón, *Doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, 69.

Argentina⁶⁷⁶) la idea de la improcedencia de cualquier reclamo o recurso que haga el postor –en la fase de conformación del contrato o, incluso, durante su ejecución– contra las reglas del proceso de selección cuando se ha sometido a este régimen mediante la presentación explícita de su oferta. Mediante esta tesis se veda al postor impugnar *ex post* las bases del proceso de selección o, mejor dicho, impugnarlas indirectamente con motivo del cuestionamiento que se pretende hacer a un acto posterior que, aplicando esa regla de las bases no impugnadas, por su contenido, cause agravio al postor (p. ej., puntaje diminuto, descalificación o adjudicación a otro postor).

De este modo, en términos generales, se afirma que la participación del postor en el proceso presentando propuesta impide cuestionar las actuaciones irregulares (reglas del proceso) por haberlas admitido. Así se asume implícitamente que dicha actuación comporta el inequívoco acatamiento o sometimiento a las reglas del proceso, por lo que luego será contradictorio cuestionarlas. Por tanto, una consecuencia necesaria de la regla es la carga u obligación de cuestionar impuesta al postor respecto de las bases del proceso que considere cuestionables, bajo la presunción que de no hacerlo se entenderá que las acepta o consiente.

4.1. La prohibición de ir contra los actos propios como sustento de la regla del sometimiento voluntario

Quienes lo sustentan, explican que esta regla no es más que una aplicación directa de la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium*) en el seno del procedimiento de formación contractual, protegiendo la coherencia en el accionar del postor que antes acepta una regla y al cabo de un tiempo realiza la conducta contradictoria de

⁶⁷⁶ En Argentina, país en el que se ha debatido ampliamente esta regla, ha sido consagrada por la jurisprudencia de la Corte Suprema y en diversos dictámenes de la Procuraduría del Tesoro. Un seguimiento muy completo de dicha información la podemos encontrar en: Julio Comadira, “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”. En Universidad Austral, *Cuestiones de control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial* (Buenos Aires: Rap, 2010), 117.

impugnarla. Es lo que nos explica, por ejemplo, la profesora Ivanega:⁶⁷⁷ “De esa manera, cuando el postulante no ha formulado observaciones ni impugnaciones a las previsiones contenidas en los pliegos, debe entenderse que las conocía en todos sus términos, las aceptó y consintió, lo que excluye, en consecuencia, la posibilidad de su posterior impugnación. El voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su posterior impugnación”.⁶⁷⁸

En esa misma línea, la doctrina española afirma lo mismo del modo siguiente:

*Alguna idea debe explicar que, en todas las legislaciones conocidas, se impida que el participante en el concurso ponga en tela de juicio las bases que no impugnó en su momento. [...] La idea de justicia que explica y justifica, en nuestro criterio, la doctrina [...] es la misma que expresa la doctrina de los propios actos. Lo que condena el ordenamiento jurídico es la conducta contradictoria del licitador en pugna con la buena fe. Quien acude a un concurso debe hacerlo en igualdad de condiciones con los demás. Quien no está de acuerdo con aquellas debe reclamar antes y no aguardar al resultado del concurso. Es contrario a la buena fe que alguien que acepta las bases de la contratación porque se estima con posibilidades de obtener la adjudicación, luego, cuando pierde el concurso, ponga en entredicho las condiciones que entendió podían favorecerlo.*⁶⁷⁹

Esta posición aparece reforzada muchas veces incluso por la expresa declaración que las reglas del proceso exigen suscribir a todos los postores en el sentido de que la sola

⁶⁷⁷ Miriam Ivanega, “El principio de buena fe en los contratos administrativos (con referencia al sistema argentino”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n. 360 (2009), 25 y ss.

⁶⁷⁸ En Argentina, la Procuraduría del Tesoro ha acogido esta tesis en los siguientes términos: “cuando el postulante no ha formulado observaciones ni impugnaciones a las previsiones contenidas en los Pliegos, debe entenderse que las conocía en todos sus términos, las aceptó y consintió, lo que excluye en consecuencia la posibilidad de su posterior impugnación” (Dict. 251:147).

⁶⁷⁹ José Baño León, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”. En Rafael Gómez-Ferrer Morant, coord. *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ªed. (Madrid: Thomson-Civitas, 2004), 345.

presentación de su oferta significa “2.- Conocer, aceptar y someterme a las bases, condiciones y reglas del procedimiento de selección”.⁶⁸⁰

Esta declaración obligatoria, como dice la doctrina, “importa el pleno conocimiento y aceptación de todos los documentos del acto licitatorio, circunstancia de la que es razonablemente derivable la improcedencia, en principio, de impugnaciones posteriores a aquella presentación”.⁶⁸¹ En otros casos, es innecesaria la declaración expresa porque es la ley la que se encarga de hacerlo exigible.⁶⁸²

4.2. Las condiciones que tendrían que converger para aplicar esta teoría

Evidentemente la teoría de los actos propios aplica a las relaciones entre administración y administrados,⁶⁸³ lo cual incluye las relaciones precontractuales y contractuales que ambos celebran. No obstante, esta posición de principio, en el caso de la recurrencia contra las reglas del proceso no siempre es posible aplicar esta regla de manera irreflexiva y de automático en todos los ordenamientos, porque existen diversas condiciones fácticas y jurídicas necesarias para ello. En nuestra opinión las condiciones necesarias serían las que pasamos a detallar a continuación.

4.2.1. La posibilidad efectiva de recurrencia previa para el postor

La primera condición planteada es que el ordenamiento brinde al postor la existencia eficaz de la posibilidad de recurrir contra las reglas específicas de ese proceso, pues solo así estaremos frente a un sometimiento libre, espontáneo y voluntario. Esa libertad

⁶⁸⁰ Por ejemplo, en las bases estándar peruanas para adquisición de bienes, servicios, consultoría y obras se exige a los postores una declaración jurada expresa con esto.

⁶⁸¹ Julio Rodolfo Comadira, Héctor Escola y Julio Pablo Comadira, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013), 848.

⁶⁸² Ley de Contrataciones del Sector Público, artículo 139.1: “la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

⁶⁸³ Véase los excelentes estudios al respecto de Jesús González Pérez, *El principio general de buena fe en el derecho administrativo*, 5ª ed. (Navarra: Thomson Reuters, Civitas, 2009) y de Héctor Mairal, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública* (Buenos Aires: Depalma, 1988).

y voluntariedad no es apreciable en los ordenamientos en los que en el diseño de los procesos de selección no haya posibilidad de presentar un recurso antes de la presentación de propuestas y que aquel sea resuelto antes de la presentación de propuestas, o si se trate de algún tipo de proceso de selección exento del ámbito de impugnación a los pliegos o, incluso, cuando habiendo intentado el cuestionamiento a los pliegos, este es rechazado por la autoridad. En todos estos casos, la presentación de propuesta no puede entenderse como un sometimiento voluntario y libre al régimen del proceso. Ni en el caso que el ordenamiento no prevea una impugnación eficaz contra las reglas del proceso. Ni cuando existiendo, por carecer de efecto suspensivo, el reclamo pueda ser resuelto conjunta o posteriormente al momento de la postulación. Ni cuando habiendo cuestionado la regla, la autoridad por razones de forma o de fondo la desestima. En estos casos, el llamado sometimiento que pretende inferir de la postulación sería más bien el cumplimiento de un deber legal que le es impuesto abusivamente por parte de la autoridad.⁶⁸⁴ Como afirma Comadira, esta regla necesita tener como salvedad –aunque para nosotros es más bien un presupuesto– “que el sometimiento hubiera sido el único camino para ejercer una actividad o no hubiera sido el resultado de una conducta deliberada, con discernimiento, intención y libertad”.⁶⁸⁵

Como expresa Orlanski,⁶⁸⁶ en muchos casos no suelen existir alternativas reales para el postor distinta a “no someterse”, no siendo aceptable exigir al postor que ante una regla ilegal simplemente no se presente a la competencia (algo así como afirmar “si se presentó, no se queje”) o que el postor presente una reserva expresa en la propuesta que presenta desatendiendo la regla que considera indebida o no suscriba la declaración de sometimiento exigida por la entidad (porque entonces sería directamente pasible de descalificación por no ajustarse al pliego y, en el mejor de los casos, esta reserva no será jurídicamente exigible por ir contra las bases).

⁶⁸⁴ Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios*, 5ª ed., (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2017), 140.

⁶⁸⁵ Comadira, “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”.

⁶⁸⁶ Leonardo Orlanski, *Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública* (noviembre de 2004). <http://oyrlegal.com/ilegitimidad-doctrina-sometimiento-voluntario-licitacion-publica/>

4.2.2. El cuestionamiento no verse sobre la ilegalidad de una regla del proceso

La segunda condición básica es que el cuestionamiento no verse sobre la ilegalidad o, peor aún, la inconstitucionalidad de la regla de las bases como, por ejemplo, que contengan una marca específica o una condición que direccionen el proceso a algún postor. Es claro que el derecho a recurrir contra un acto arbitrario del poder público no es renunciable y que el sometimiento del postor no sana una actuación ilegítima de la entidad convocante. En esta línea es correcto afirmar que: “[...] la juridicidad o constitucionalidad no es un bien disponible por los particulares y que la mera voluntad de un particular no puede convertir en legítimo o constitucional lo que es de por sí ilegítimo o inconstitucional”.⁶⁸⁷⁻⁶⁸⁸

En esa línea, siguiendo el planteamiento de Orlanski, “la doctrina del sometimiento es realmente falaz, ya que, si el acto es irregular, la Administración debe revocarlo, tiene la obligación de hacerlo, con lo cual la voluntad del particular es irrelevante. Y si el acto es legítimo, la aplicación de la doctrina tampoco tiene sentido porque su eventual impugnación no prosperará por razones de fondo y no por haberse el particular sometido”.⁶⁸⁹

4.2.3. Que la regla objeto de cuestionamiento permita una interpretación unívoca y que esta será conforme a derecho

Las reglas de las bases deberían ser claras y de interpretación unívoca para que de la no impugnación específica pueda derivar una aceptación del postor. Solo así puede darse

⁶⁸⁷ Comadira, “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”.

⁶⁸⁸ Esta tesis ha sido acogida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 50 indica lo siguiente:

“Artículo 50. Iniciación del procedimiento y plazo
[...]

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, **sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho**”.

⁶⁸⁹ Orlanski, *Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública*.

un sometimiento voluntario, resultado de una conducta deliberada, ejecutada con discernimiento, intención y libertad.⁶⁹⁰ Por el contrario, si la norma fuera ambigua o imprecisa, no puede obligarse al postor a impugnarla, porque es de cargo de la autoridad su elaboración clara y coherente.

Acierta Santamaría Pastor cuando cuestiona esta regla incorporada en el régimen español, afirmando que:

[U]na cosa es la posibilidad de recurrir anticipadamente los actos de trámite cualificados, y otra muy distinta es la obligación imperativa de impugnarlos separadamente en el momento de su producción; una obligación que ninguna norma ampara y que, además, no hay razón para considerar exigible bajo pena de consentimiento, porque la lesión efectiva que el acto de trámite cualificado puede producir no es apreciable, en muchas ocasiones, más que en momentos posteriores a su producción. Piénsese, por ejemplo, en la cláusula de un pliego relativo a los requisitos que han de cumplir los licitadores: esta cláusula puede no ser demasiado precisa en su redacción y, por tanto, no despertar demasiadas sospechas en los posibles candidatos, de manera que no parece oportuno impugnarla. Sin embargo, posteriormente, y por vía de interpretación, la mesa de contratación puede darle un sentido restrictivo, excluyendo a uno o varios licitadores. Es solo en este momento cuando la presunta ilegalidad del pliego se pone de manifiesto, y cuando es posible y exigible el recurso contra él.⁶⁹¹

4.2.4. La inexistencia de dolo por parte de la autoridad administrativa convocante que pretenda alcanzar la pervivencia de la regla indebida

Por último, creemos que también es necesario para que esta regla sea aplicable que no exista dolo en el actuar de la autoridad administrativa convocante que pretenda alcanzar la pervivencia de su regla indebida por el sometimiento del postor. Ello resulta necesario por cuando siendo la regla de los actos propios una proyección de la buena

⁶⁹⁰ Comadira, “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”, 66.

⁶⁹¹ Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 114 y ss.

fe, es de suyo que las entidades para acogerse a esta regla no deben, por ejemplo, haber dificultado la detección de la regla indebida (por ejemplo, escondiéndola dentro de un gran cúmulo de información, negarse a aclarar cualquier duda respecto de aquella que hubiese manifestado el postor, dar un plazo extremadamente corto para la identificación de la legalidad de las reglas, entre otras circunstancias).

Por lo comentado, una aplicación irreflexiva de esta regla más bien muchas veces importa, como bien afirma Comadira,⁶⁹² “una “excusa” para no ejercer control de la legalidad a los procesos de selección.

5. La valoración de las opciones de legitimidad para activar el control administrativo en la formación del contrato

El panorama de la legitimidad activa del recurso en materia de contratación en los países analizados muestra una tendencia distinta a la planteada en el Derecho internacional de las contrataciones públicas. Mientras que en este se habla de un mínimo indispensable de legitimación a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción, dejando que cada Estado desarrolle a partir de ahí la legitimidad posible, los países han optado, en mayoría, por establecer modelos de impugnación limitados a la individualidad de los postores concurrentes al respectivo proceso.

En tiempos de individualismo jurídico, los países han preferido restringir la legitimidad únicamente a quienes tengan derechos o intereses directamente afectados. Así, por ejemplo, se ha recurrido a términos como interés comprometido de modo actual en el respectivo procedimiento (Chile), ser proponente y además tener un agravio específico respecto del acto que se pretende impugnar (Panamá y Perú), proveedores con interés legítimo (Nicaragua, Paraguay) y a los proveedores con interés tasado por la ley (México). Dentro de esta tendencia restrictiva se aprecia también una marcada

⁶⁹² Comadira, “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”.

sensación de insatisfacción por la escasa cobertura que esta legitimidad brinda, muestra de lo cual es la regulación de algunos países (Costa Rica y Perú) por abrir una legitimidad, aun individual, pero más amplia para la impugnación de las reglas del proceso (bases o pliegos) respecto a los actos posteriores del proceso, incluyendo la licitación.

Son dos casos aislados, pero importantes, que consideran, aun con algunas críticas y vicisitudes, una legitimidad mayor: el caso de España (a partir del desarrollo importante del concepto interés legítimo, pero aún sin admitir una acción popular) y de Colombia (con la acción popular para impugnar decisiones contractuales, pero que son de conocimiento del órgano jurisdiccional directamente).

Esta tendencia no hace sino confirmar la existencia de intereses supraindividuales en la contratación pública, que no son atendidos con la legitimidad individual limitada. Este modelo presenta, al reducir las posibilidades de revisión de lo actuado, ventajas para los intereses de la entidad licitante –que no es interés público– y el interés de los participantes en el proceso que se pueden resumir en agilizar la contratación, reforzar la seguridad jurídica de los participantes y evitar litigiosidad artificial o abuso de los procesos legales que afecta la competencia leal en el mercado.⁶⁹³ Dado que la eficacia de la contratación pública se identifica con la celebración pronta del contrato –aunque no necesariamente coincida con la eficacia de la contratación– se aprecia positivamente que un proceso se perfeccione prestamente sin recursos adversos que lo impidan. Esta legitimación restringida también evita los actos de indebido ataque procesal que solo buscan entorpecer, obstaculizar, dificultar o impedir la concreción de adjudicaciones de otro concurrente mediante el ejercicio ilegítimo o carente de fundamento, de recursos en materia de contrataciones, incluso empleando supuestos “paladines de la justicia” que suplantán a quienes financian estos recursos.

La legitimidad activa limitada a lo individual sustentada únicamente en los postores concurrentes con interés directo descongestiona a los órganos de control, pero esconde

⁶⁹³ Ruiz Ceniceros, “Defensa de intereses supraindividuales en la contratación pública”, 98.

los direccionamientos de los procesos de selección y demás regularidades que se dan en la formación del contrato. En eso es correcto lo que afirma Ruiz Ceniceros en el sentido de que “[...] parece que en la contratación pública las normas de legitimación velan más por el mercado y la libre circulación de servicios que por la protección a ultranza del interés general, y que pesan más los criterios economicistas que los de legalidad, porque mientras los primeros están profusamente regulados, la protección del segundo sufre importantes fisuras o puntos ciegos”,⁶⁹⁴ lo cual evidencia que “los intereses de las empresas que integran la agrupación licitatoria, de los licitadores excluidos, el interés profesional de las empresas que podrían haber concurrido, de los trabajadores, de los usuarios y beneficiarios, de los vecinos y el interés público o general no siempre tienen defensa”.⁶⁹⁵

Indudablemente, un sistema de recursos únicamente sustentado en la legitimidad de los postores también resulta marcadamente insatisfactorio. De ordinario, porque asume equivocadamente que el empresario prioriza dentro de sus actividades el enfocarse en confrontar a los colegas y a la Administración, así como que va a distraerse tiempo, personal y dinero en asumir costos del litigio administrativo para cuestionar las reglas del proceso, en vez de enfocarse en nuevos negocios que se puedan presentar para el en el sector público o privado. En verdad, como cuestión de principio, los empresarios van a priorizar las otras oportunidades de ventas que se le puedan presentar en vez de enfrascarse en impugnar las reglas del proceso o la adjudicación irregular realizada.

Ello también sucede porque un sistema sustentado únicamente en la legitimidad de los postores concurrentes ya identificados es complaciente cuando no propiciatorio de carteles o acuerdos colusorios entre los postores para no impugnar. De modo que, habiendo licitaciones direccionadas, los otros agentes del mercado prefieran no impugnar y conversar con el favorecido para “repartirse el negocio”, actuando como sus proveedores en la ejecución contractual o pactando que el favorecido haga lo propio en los procesos que están direccionando hacia ellos. Otro elemento adverso es la regular

⁶⁹⁴ Ibíd.

⁶⁹⁵ Ibíd., 99.

inexistencia en los postores de un ánimo recursivo contra sus colegas y la Administración, sea por temor a la represalia que puedan tener las empresas y las entidades contra ellos (p. ej., segregación del mercado, animadversión de los funcionarios a cargo de los procesos), pues como constata de la propia doctrina “un sistema de recursos en el procedimiento de preparación y adjudicación del contrato administrativo tropieza siempre con una dificultad lógica: quien concurre habitualmente a los concursos públicos tiene una natural tendencia, fruto de una opinión muy extendida, a abstenerse de recurrir, en la confianza de agrandar más a la Administración en otra ocasión”.⁶⁹⁶

Los sistemas nacionales analizados rechazan la opción de admitir una acción popular en esta materia, afirmando que se trata de una hipótesis que permite las acciones temerarias, su presentación por personas sin preparación en el tema o por quienes instrumentalizan la competencia en el mercado, las venganzas personales, incorpora a la técnica recursal los debates políticos, entre otros. Incluso en Colombia, que las admite en materia de contratación, se aprecia una actitud negativa –no por el abuso de su empleo, sino por la ineficacia en alcanzar sus objetivos–. Así, por ejemplo, se constata que “las acciones populares son instrumentos pertinentes contra la inmoralidad, sin embargo, actualmente son ineficaces para contrarrestarla, por la lentitud de la justicia, así como la falta de unidad jurisprudencial que genera desconfianza en sus instituciones, constituyendo un círculo vicioso, ya que no se actúa por desconfianza y esta inacción genera mayor corrupción”.⁶⁹⁷ Igualmente, se ha manifestado como conclusión de su empleo que “Las acciones populares generan una eficacia simbólica frente a la inmoralidad en la contratación pública, debido a la ignorancia y falta de información de sus titulares activos, lo que incide en la inoperancia de estas acciones constitucionales”.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ Baño León, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, 330.

⁶⁹⁷ Daza Quintero, *Alcance de las acciones populares*, 86.

⁶⁹⁸ *Ibíd.*

CAPÍTULO V

LOS PODERES DECISORIOS DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE ACTOS PRECONTRACTUALES ILEGALES

1. Relevancia de los poderes asignados al órgano de control sobre los actos precontractuales

Un aspecto clave para la eficacia del sistema de control de los actos precontractuales es el haz de poderes con los que se dota al organismo a cargo de conocer del recurso en esta materia cuando identifique una actuación ilegal. En este punto, los ordenamientos nacionales y la doctrina son uniformes en reconocer que los poderes a establecerse pueden ser de dos tipos: unos dirigidos al restablecimiento de la legalidad transgredida sobre los actos formativos del contrato o, en su caso, del contrato mismo, y, de modo alternativo o complementario a los anteriores, poderes resarcitorios en favor de los postores afectados por las actuaciones ilegales.

Ambos grupos de poderes parten de tres presupuestos comunes: identificar una o varias actuaciones indebidas por parte de las entidades a cargo del procedimiento de selección, estimar favorablemente el recurso y tener que adoptar una decisión descalificatoria respecto de la actuación precontractual cuestionada. Aunque los poderes de restablecimiento y de resarcimiento puedan aparecer como poderes excluyentes, no lo son, ya que es posible, como también veremos, diseñar el ámbito competencial del órgano aplicando al mismo caso una medida de restablecimiento de la legalidad y si hubiera afectación patrimonial, una indemnización económica por el daño producido.

A estos mismos poderes se les han venido a denominar, desde una perspectiva estrictamente subjetiva de los postores, como una tutela primaria o restitutoria (a la de restablecimiento de la legalidad) y tutela secundaria o resarcitoria (a la competencia

indemnizatoria).⁶⁹⁹ Conforme a esta visión, dependiendo de la posición jurídico subjetiva del postor, es decir, si según la etapa del procedimiento, solo posee un derecho al correcto procedimiento de selección o si ya tiene un derecho a ser adjudicatario, le será útil aplicar una determinada forma de competencia restitutoria que pueden ser: retrotraer actuaciones, cancelar el proceso, imponer obligaciones de hacer a la entidad o incluso adjudicarle el contrato. Por el contrario, la tutela secundaria o resarcitoria puede actuar complementariamente a la anterior, pero también –y es la perspectiva más interesante– cuando suple a la tutela primaria, en caso no ser esta última posible física o jurídicamente o, incluso, cuando siendo posible no resulte conveniente al interés público adoptar alguna medida de restitución. Aquí la tutela secundaria permite únicamente la reparación patrimonial de los daños infringidos al afectado haciendo efectiva la responsabilidad del Estado por estas acciones indebidas.⁷⁰⁰

No obstante que la determinación de los poderes del órgano que conoce del recurso resulta ser un aspecto clave para la eficacia de este instrumento de control, es necesario reparar en que la elección de una tutela primaria o secundaria no se funda en factores endógenos del vicio incurridos, ni del órgano que las aplica, sino de dos factores exógenos: el modo en que ha sido diseñado el procedimiento del recurso y el estado de avance de la formación del contrato administrativo al momento de resolver el recurso. En efecto, si el diseño contempla un plazo breve para la interposición del recurso, existe efecto suspensivo automático por la interposición del recurso, o si media una medida provisional de la autoridad competente, será posible que actúen, con oportunidad, las competencias restitutorias de la legalidad. Al contrario, si ninguna de aquellas medidas

⁶⁹⁹ En este sentido, véase los trabajos de la profesora Silvia Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos* (Madrid: Marcial Pons, 2012); “La tutela de los competidores en los procedimientos administrativos de adjudicación”. En Luis Arroyo Jiménez y Dolores Utrilla Fernández-Bermejo, dirs. *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 205-242; y “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”. En Fernando López Ramón y Francisco Villar Rojas, coords. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (Madrid: INAP, 2017), 273-318.

⁷⁰⁰ En nuestra opinión, esta visión subjetiva de las competencias del órgano de resolución del recurso no puede hacer perder de vista que nos encontramos frente a un mecanismo de control de la Administración y combate a la corrupción, por lo que las competencias no solo son instrumentos de tutela al postor, sino de revisión, supervisión y corrección eficiente a la gestión de las entidades que contratan.

hubiera sido contempladas y el contrato fuera perfeccionado, habrá lugar más bien a las competencias resarcitorias en favor de los postores perjudicados.

Como bien se afirma en la doctrina:

[L]a derivación de unos efectos u otros de la declaración de invalidez no es algo aleatorio, que depende de las circunstancias del caso. Está estrechamente ligada con el diseño de las vías de reacción frente a la invalidez. El buen funcionamiento, rápido y eficaz de la vía de reacción frente a la ilegalidad va a determinar unos efectos u otros. [...] Las razones por las que en unos supuestos la invalidez lleva aparejada en la realidad el restablecimiento de la legalidad y en otros solo conlleva una indemnización no son circunstanciales. Tampoco dependen del tipo de vicio de invalidez (nulidad o anulabilidad) en que se haya incurrido.⁷⁰¹

2. Los poderes de restablecimiento de la legalidad transgredida y de resarcimiento del control administrativo sobre actos precontractuales en el Derecho internacional de las contrataciones

El Derecho internacional de las contrataciones también se preocupa porque los mecanismos de recursos que se establezcan otorguen a los órganos independientes de revisión facultades efectivas para resguardar el cumplimiento de las reglas de formación de los contratos públicos. En esa línea, tanto el Acuerdo de la OMC como la Ley Modelo CNUDMI 2011 contemplan además de la competencia para dictar medidas cautelares, la facultad de los órganos de control de los recursos para dictar medidas correctivas frente a las desviaciones que se evidencien como para resarcir los perjuicios económicos ocasionados a los postores afectados por dichas ilegalidades. Con los cuidados que las recomendaciones de este tipo pueden tener en respeto a la autonomía de cada país para asignar la competencia de revisión a una autoridad administrativa o jurisdiccional, ambos ordenamientos convergen en asignar al que ocupe el rol de autoridad independiente de revisión de recursos un conjunto de medidas que podemos agrupar en lo que denominan “medidas correctivas”, que no vienen a ser sino decisiones que

⁷⁰¹ Díez Sastre, “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, 88.

corrigen las ilegalidades incurridas para enmendar la conducta y reencauzar las decisiones de compra dentro de los cánones regulares y, por otro lado, la competencia indemnizatoria en favor de los postores afectados con cargo a recursos públicos.

En principio, el Acuerdo revisado sobre contratación pública de la Organización Mundial de Comercio (OMC)⁷⁰² dispone que cada parte adoptará o mantendrá procedimientos, sin ingresar a realizar una lista exhaustiva de poderes, ante la detección de un incumplimiento a la normativa, las “medidas correctivas o una compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los costos de la preparación de la oferta o a los costos relacionados con la impugnación, o a ambos”.

Con mayor detalle, pero en la misma línea, la Ley Modelo CNUDMI 2011⁷⁰³ contempla la asignación de las atribuciones definitivas de índole correctivas siguientes⁷⁰⁴ al órgano de revisión de los recursos:

- Prohibir a la entidad adjudicadora que actúe, adopte una decisión o siga un procedimiento de un modo que no se ajuste a lo dispuesto en esta Ley.
- Exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido de manera no conforme a lo dispuesto en esta Ley, que actúe o adopte una decisión o siga un procedimiento de un modo que se ajuste a las disposiciones de esta Ley.

⁷⁰² “Artículo XVIII. Procedimientos internos de revisión

Cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos que prevean:

a. Medidas provisionales rápidas para preservar la posibilidad del proveedor de participar en la contratación. Esas medidas provisionales podrán tener por efecto la suspensión del proceso de contratación. Los procedimientos podrán prever la posibilidad de que se tengan en cuenta las consecuencias desfavorables predominantes para los intereses afectados, incluido el interés público, al decidir si deberán aplicarse esas medidas. Se consignará por escrito la justa causa para no adoptar esas medidas; y

b. Cuando el órgano de revisión haya determinado la existencia de una infracción o falta de cumplimiento mencionada en el párrafo 1, medidas correctivas o una compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los costos de la preparación de la oferta o a los costos relacionados con la impugnación, o a ambos.

⁷⁰³ Artículo 67.

⁷⁰⁴ Nótese que en ninguno de los supuestos se contempla expresamente la capacidad sustitutiva del órgano respecto de la actuación indebida para crear derechos subjetivos a los postores (p. ej., adjudicar el contrato, descalificar un postor, reincorporar al postor indebidamente excluido, asignar puntaje). Respecto a ello, retornaremos más adelante.

- Revocar, en todo o en parte, todo acto o decisión de la entidad adjudicadora que no se ajuste a lo dispuesto en esta Ley.
- Revisar toda decisión de la entidad adjudicadora que no se ajuste a lo dispuesto en la ley.
- Revocar toda adjudicación de un contrato o todo acuerdo marco cuya entrada en vigor no se haya ajustado a lo dispuesto en esta ley y, de haberse dado aviso de la adjudicación o de la entrada en vigor, ordenar que se publique un aviso de su revocación.
- Ordenar que se ponga fin al proceso de contratación.

Como bien dice la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública* (en adelante, la Guía):⁷⁰⁵

Las medidas correctivas deberían considerarse la principal y mejor solución. [...] Rectificar a tiempo puede, sin duda, evitar tener que indemnizar al autor del recurso. No obstante, en algunos casos la indemnización puede formar parte de la reparación, por ejemplo, si el contrato ya ha entrado en vigor y no se considera conveniente revocarlo. Por lo tanto, el hecho de no prever indemnizaciones (más allá de las costas que entrañe el recurso) tal vez prive de un medio de reparación adecuado para todas las situaciones, razón por la cual la cuestión de otorgar indemnización debería tenerse en cuenta en el contexto del objetivo más amplio de contar con un mecanismo de recursos que sea efectivo.

Por ello, La Ley Modelo considera otra competencia propia de estos órganos independientes, la de “Exigir el pago de una indemnización por todo gasto razonable que realice el proveedor o contratista, que presente un recurso contra un acto o decisión de la entidad adjudicadora o contra un procedimiento por ella seguido en el curso de la contratación que no se ajusten a lo dispuesto en la presente Ley, así como por todo daño o pérdida que se ocasione a ese proveedor o contratista”. La cláusula agrega como una opción facultativa para que cada Estado considere una posibilidad de limitar este posible resarcimiento a “una indemnización que no excederá de los gastos de preparación de

⁷⁰⁵ CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 358.

su oferta, o de las costas del recurso interpuesto, según sea el caso, o de la suma de esos gastos y esas costas”.

En la mencionada Guía se explican estas dos opciones de indemnización que denominaremos “opción limitada” y “opción completa” en función de criterios de ponderación que cada Estado deberá apreciar en su momento. En la primera opción, los Estados promulgantes tienen la posibilidad de limitar la indemnización a “los gastos de preparación de su oferta, o de las costas del recurso interpuesto”. En la otra opción, la reparación será integral, pudiendo comprender el lucro cesante del contrato que no ha podido ejecutar por acción ilegal de la autoridad. Por ello indica que:

28. En consecuencia, el apartado 9 i) prevé la indemnización y ofrece dos opciones al Estado promulgante. (...), cabrá reclamar indemnización por todo gasto razonable que el autor del recurso haya tenido al impugnar un acto o una decisión ilícita o un procedimiento contrario a derecho, pero esos gastos no incluyen el lucro cesante por no haberse aceptado la oferta del proveedor o contratista recurrente. Las clases de pérdidas indemnizables conforme a la segunda variante (...) son más amplias y podrían abarcar, en su caso, el lucro cesante. El Estado promulgante tal vez desee tener en cuenta el trato que se da en su ordenamiento jurídico a las pérdidas puramente económicas, a fin de que la indemnización se determine de la misma forma en toda su jurisdicción (y establecer en qué medida la indemnización dependerá de que el autor del recurso pruebe que habría ganado el contrato en cuestión de no ser por el incumplimiento de las disposiciones aplicables por parte de la entidad adjudicadora).

También recomienda la Ley Modelo que la cuantificación de la indemnización en el escenario de la contratación pública pueda ser objeto de alguna regulación especial, sin perjuicio que sea ya tratada en la legislación común dado que puede ocasionar distorsiones no deseadas al sistema de control de las contrataciones. Así menciona expresamente que “la posibilidad de percibir una indemnización puede agravar el riesgo de que se presenten recursos meramente especulativos que entorpezcan el proceso de adjudicación. También puede agravar el riesgo de que se cometan arbitrariedades, si la facultad de otorgar indemnización es ejercida por una entidad pequeña o está en manos

de unas pocas personas. Por consiguiente, el Estado promulgante tal vez desee vigilar cuidadosamente la gestión del mecanismo de indemnización en los procedimientos de recurso, en particular en el caso de que exista un régimen cuasi judicial en ciernes”.

En este conjunto de regulaciones del Derecho internacional de la contratación pública encontramos también a las directivas comunitarias europeas.⁷⁰⁶ Ellas consideran en la misma tesitura que las otras, atribuciones de tutela restitutoria e indemnizatoria de la manera que explicamos a continuación:

La Directiva 89 / 665 / CEE considera como atribuciones para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, así como para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

Por su parte, la Directiva 92/13/CEE considera que los ordenamientos nacionales deben considerar los poderes suficientes para “anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo, el anuncio sobre la existencia de un sistema de calificación, la convocatoria de licitación, los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de formalización de contrato en cuestión” o bien, conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por la violación. Ambas directivas contemplan además capacidad para dictar sanciones alternativas (a saber, la reducción de la duración del contrato o la imposición de multas) cuando la ineficacia o

⁷⁰⁶ Nos referimos específicamente a la Directiva Europea: Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (89 / 665 / CEE) y a la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

falta de efectos no resulte apropiada. Sin embargo, la propia organización europea afirma: “No obstante, estas sanciones se utilizan solo de manera esporádica, ya que se consideran el recurso menos eficaz. En concreto, los Estados miembros consideran que las multas constituyen una mera reubicación de fondos”.⁷⁰⁷

Una apreciación final respecto al universo de poderes que contempla el Derecho internacional de las contrataciones para el órgano de control. Hacemos nuestra por ser útil a la mejor comprensión del alcance de la función de este órgano, la analogía con la competencia meramente revisora o de plena jurisdicción que puede asignarse al contencioso-administrativo a cargo del Poder Judicial. No en vano estas atribuciones acordadas en el Derecho internacional de las contrataciones están pensadas alternativamente para ser ejercidas por el Poder Judicial o por una autoridad administrativa independiente, según lo defina cada Estado. Por ello, se afirma que:

[L]os poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales van a ser comparados con los que tendría un juez o tribunal de lo contencioso-administrativo a la luz de los establecido en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En definitiva, se trata de comparar las atribuciones que efectúa la Ley de Contratos con la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y ello porque, aunque se trate de tribunales administrativos, y que se rigen por las normas de los órganos colegiados [...], sin embargo, cumplen funciones que también pueden ser atribuidas a órganos jurisdiccionales, como de hecho se efectúa en otros ordenamientos jurídicos, puesto que las Directivas de recursos dejan a libre decisión de los Estados miembros el carácter jurisdiccional o no de los órganos resolutorios de los recursos”.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, 5.

⁷⁰⁸ Martín Razquin Lizarraga, “Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Revista Vasca de Administración Pública Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkari*, n. 110-1 (enero-abril 2018), 210.

3. Poderes de restablecimiento de la legalidad transgredida por actuaciones indebidas o la tutela restitutiva del postor

La competencia invalidante supone un control sobre la discrecionalidad de la entidad convocante del proceso de selección (fijación de plazos, características técnicas de bienes o servicios, factores de competencia, suficiencia del estudio de mercado, valoración de propuestas, asignación de puntajes, acogimiento a causal de exoneración de licitación, etc.).

En la búsqueda de restablecer la legalidad afectada por la actuación de la entidad, el Derecho comparado iberoamericano nos muestra que pueden emplearse varios actos de control por parte del órgano que estima o declara, parcial o totalmente con lugar el recurso. De menor a mayor nivel de adentramiento en la gestión contractual, las decisiones pueden ser una mera declaración de ilegalidad de la actuación impugnada, es decir, una decisión estrictamente declarativa sin condena de ninguna especie ni invalidación propiamente dicho del acto. Además de ella, podemos encontrar poderes de más injerencia para reestablecer la legalidad, tales como propiamente la de invalidación de la actuación ilegal, con sus variantes de retrotraer el proceso para rehacer el procedimiento saneado, la imposición de obligaciones de hacer a la entidad convocante respecto del proceso o de los postores, o alternativa y directamente la sustitución del acto inválido por una decisión conforme a derecho que apareje la declaración de situaciones jurídicas en favor de los postores, como pueden ser la adjudicación, la exclusión de la propuesta, la reincorporación de un postor, la recalificación del puntaje, entre otras.

3.1. La declaración de ilegalidad de la actuación incurrida

En el capítulo II abordamos de manera amplia el funcionamiento del Tribunal de Contrataciones de Chile, el cual, precisamente, posee una competencia restitutiva singular en el Derecho comparado.

Este organismo tiene la particularidad que se pronuncia sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y, según su propio ordenamiento, ordenará, “en su caso”, sin enumerar cuáles, “las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”.⁷⁰⁹ Es de notar que la jurisprudencia del Tribunal ha mantenido una línea restrictiva en la interpretación de su facultad porque ha dissociado la declaración de la existencia de una ilegalidad o arbitrariedad en el proceso de selección, de la consecuencia jurídica de invalidación del mismo proceso. De este modo, la decisión primera –*per se* declarativa– no produce por sí misma un efecto anulatorio –efecto constitutivo–, de modo que es necesario, según el caso, dictar la medida adicional anulatoria, que no siempre se dicta. Conviene mencionar que este órgano no acude a la tesis de mantenimiento del contrato por alguna razón atendible, sino que plantea que el perjudicado considere su resolución como un título para demandar judicialmente una indemnización.

En estos casos, el Tribunal, con el reclamo de la doctrina de dicho país, ha coonestado que la eficacia del contrato no se vea afectada por la ilegalidad judicialmente declarada del procedimiento licitatorio que le precede. Es decir, hay contratos ilegales que producen efectos, dissociando así entre la ilegalidad y el efecto invalidante.⁷¹⁰ Sin embargo, expresamente el Tribunal no afirma que tales contratos sean válidos, sino que simplemente no se declaran nulos, afirmando la ilegalidad, pero sin pronunciarse directamente sobre la validez.⁷¹¹

De otro lado, el propio Tribunal ha considerado que carece de competencia para sustituir a las entidades convocantes y proceder a adjudicar la buena pro del contrato. Considerándose competente únicamente para declarar la ilegalidad y, en su caso, dictar la medida anulatoria.⁷¹²

⁷⁰⁹ Ley 19886, artículo 26.

⁷¹⁰ Valdivia, “La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública”.

⁷¹¹ Concha, “Crítica a la falta de declaración de nulidad”, 308.

⁷¹² Camacho Cepeda, “El Tribunal de Contratación Pública en Chile”, 174. En igual sentido Vergara Blanco, “Tribunal de Contratación Pública”, 372.

3.2. La invalidación de la actuación recurrida y el reenvío a la propia autoridad contratante

3.2.1. La competencia meramente revisora del órgano de control

Nos encontramos ante la más usual competencia de los organismos revisores de recurso en materia de contrataciones. A ella se refiere la Ley Modelo CNUDMI 2011 cuando propone que el órgano de control pueda “(R) evocar, en todo o en parte, todo acto o decisión de la entidad adjudicadora que no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley”.

Esta facultad conduce a la extinción jurídica del acto viciado de ilegalidad mediante una decisión o resolución del órgano de control. Posee como efecto constitutivo necesario la restitución del “deber ser” y emitir una nueva decisión que reemplace aquella que se ha invalidado para alcanzar la conformación regular del contrato administrativo.

Mediante esta facultad, análoga a la del control revisor del contencioso-administrativo, el órgano del recurso anula la decisión ilegal y lo reenvía para que sea la entidad contratante la que reponga el procedimiento y produzca el acto que considere necesario para continuar la conformación correcta del contrato.

Como bien ha entendido la doctrina, la facultad de anulación es extensa y se ejerce potencialmente sobre cualquier acto de la entidad contratante. Así se ha manifestado correctamente que:

La facultad de anulación con que debe contar el órgano que conoce y resuelve en materia de contratación pública, debe manifestarse en todas las etapas de procedimiento de adjudicación, es decir, todo sujeto dotado de legitimidad procesal puede recurrir en cualquier estado del procedimiento de contratación, para solicitar al órgano de resolución que decrete la nulidad de algún trámite, acto o actuación del poder adjudicador, que no se haya sujetado a las normas reguladoras sobre la materia. Dicha facultad se puede expresar en todos los actos, desde la precalificación de los participantes, en los pliegos de

*licitación, especialmente en los requerimientos técnicos, condiciones económicas, condiciones de experiencia, exclusión de un licitador, acta de evaluación, adjudicación del contrato, entre otras, pudiendo solicitarse la anulación de todas y cada una de las etapas en que se haya incurrido en una infracción por parte del poder adjudicador. Esta posibilidad de recurrir toda actuación ilegal, dentro del plazo que cada ordenamiento fije, otorga eficacia a los recursos de contratación pública, ya que el licitador, o participante afectado no tendrá que esperar hasta que se produzca la exclusión de su oferta, o que se efectúe la adjudicación del contrato, por ejemplo.*⁷¹³

Aquí el órgano del recurso no proporciona una nueva manifestación de voluntad sobre el fondo del asunto objeto del recurso, sino que corresponde a la propia entidad convocante determinar la acción de reemplazo adecuada a derecho, pero sin desnaturalizar ni alterar las razones que condujeron a la invalidez.⁷¹⁴ Con esta restricción a la competencia, por ejemplo, el órgano revisor no podrá adjudicar un contrato (sino anular la adjudicación realizada y esperar que el convocante lo vuelva a readjudicar), tampoco podrá excluir a un postor ilegítimo (sino anular su inclusión y retrotraer las actuaciones), ni disponer cómo quedarán los pliegos o bases del proceso (sino solo anular los criterios de valoración, admisión, proyecto de contrato, cronograma del proceso, entre otros, y retrotraer el proceso).

⁷¹³ Díaz Bravo, "La regulación del recurso en materia de contratación pública", 115-116

⁷¹⁴ Por ejemplo, en el modelo del recurso de Costa Rica (Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto 33411, artículos 191 y 192) se indica expresamente que: "La Contraloría General de la República emitirá su fallo confirmando o anulando, total o parcialmente, sin que para ello sea preciso que examine todas las articulaciones de las partes cuando una sola o varias de estas sean decisivas para dictarlo". Pero además indica a modo de advertencia contra alteraciones de la voluntad anulatoria que "Cuando la resolución declare con lugar el recurso, parcial o totalmente, la Contraloría General de la República anulará el acto impugnado en el tanto correspondiente y remitirá el expediente a la Administración para que, en caso de existir ofertas elegibles y convenientes a sus intereses, proceda a la adopción de un nuevo acto de adjudicación o, en su caso, a declarar desierto el concurso. **En todo caso, la Administración deberá respetar las consideraciones y la parte dispositiva de la resolución.** El nuevo acto deberá dictarse dentro del mes contado a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución, plazo que podrá ser prorrogado por un mes adicional en casos debidamente justificados mediante resolución motivada".

Por sí sola, esta competencia nos ubica en la situación meramente revisora del recurso.⁷¹⁵ Es modélico de esta situación el caso del recurso especial español que la doctrina ha calificado unánimemente con el término “revisor”, dado que el Tribunal de Contrataciones se limita a dictar resoluciones de anulación de los actos reclamados cuando los califica adversos al ordenamiento administrativo de la materia y deja la decisión final bajo la égida de la propia entidad recurrida.⁷¹⁶⁻⁷¹⁷ El propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha afirmado que su competencia

*[...] se limita al examen de la legalidad del acto recurrido, lo que le impide completar o redactar de nuevo actos administrativos de trámite o definitivos dictados en el seno del procedimiento o realizar cualquier declaración sobre la idoneidad técnica de la oferta [...] El Tribunal [...] no puede sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, modificando la redacción de los informes de los órganos técnicos o formulando propuestas de adjudicación en este caso, del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical.*⁷¹⁸

⁷¹⁵ No podemos dejar de reconocer, como también lo ha advertido la doctrina española, que aun en este modelo revisor es posible para la autoridad impugnada, los postores y los terceros, inferir a través de la anulación del acto, de manera indirecta y refleja, la orientación unívoca y clara hacia donde debe quedar configurado el acto a dictarse en cumplimiento de haber retrotraído el expediente, pero nada más. Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 68 y s.

⁷¹⁶ Al respecto, puede revisarse con provecho esa caracterización en las investigaciones de Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 65 y ss.; y Patricia Valcárcel Fernández, “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración”, *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso AEPDA* (Zaragoza, INAP, 2016).

⁷¹⁷ Importa diferenciar que en el caso del contencioso-administrativo en materia de contratos de España sí se considera que el juez tiene la competencia para disponer la “anulación y el reconocimiento del mejor derecho del recurrente a que le sea otorgada la adjudicación”, siendo que este caso el problema en esta vía la posibilidad de concretar la nueva adjudicación dada lo extemporáneo de la decisión final judicial. Véase al respecto, Santiago González-Varas Ibañez, *El contrato administrativo* (Madrid: Civitas, 2003), 133.

⁷¹⁸ Por todas las resoluciones análogas, véase Resolución 0334/2011. En Rodríguez Bajón, *Doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, 21 y ss.

Esta limitación a la competencia del órgano del recurso ha sido explicada y justificada, no sin voces discrepantes,⁷¹⁹ por la naturaleza no jerárquica del Tribunal Central respecto a la entidad cuya decisión se impugna. Así se ha dicho que una decisión sustitutiva cabe en los recursos de alzada y de reposición “por cuanto la relación de jerarquía que existe entre el órgano que dicta el acto originario y el órgano que resuelve el recurso conlleva la atracción de la competencia para decidir sobre el fondo a favor del órgano superior”,⁷²⁰ y en el recurso de reposición, “es claro que el mismo órgano que dictó el acto que luego se recurre ante él puede estimar las pretensiones del recurrente y dictar un acto que desplace al recurrido”.⁷²¹

Por el contrario, en el recurso especial diseñado en el régimen español

[...] el órgano de recursos revisa las decisiones que adoptan órganos de contratación, pero no ocupa respecto de los mismos una posición de jerarquía. De ello se deriva que la resolución que dicta el órgano de recursos ha de limitarse a realizar un mero examen de la legalidad del acto que se recurra. A partir de mismo, de ser el caso, declarara su anulación y la retroacción de las actuaciones al momento pertinente del procedimiento. Pero habrá de ser el órgano de contratación el que, respetando la resolución del órgano

⁷¹⁹ Por ejemplo, la profesora Mora opina respecto a esta atribución meramente revisora “hace que el alcance de la resolución sea bastante limitado en cuanto a la opción de enmendar la decisión del órgano de contratación”. Adicionalmente afirma que “[...] quizás uno de los aspectos cruciales para poder reconocer la sustantividad del sistema de tutela contractual instaurado por la nueva LCSP es el grado de densidad de las decisiones de estos órganos administrativos especializados, teniendo en cuenta que el fin último del recurso es la garantía de los principios de libre concurrencia, publicidad e igualdad hasta el momento de adjudicación de un contrato o en fase posterior, constituyendo un plus de la finalidad del recurso y su propia especialidad, puesto que se trata de asegurar las posiciones de quienes tienen o han tenido la opción de participar en un procedimiento de adjudicación. En este sentido, podría pensarse, puesto que la Ley no lo señala expresamente, en la posibilidad de que estos Tribunales u órganos resolutorios supliesen la voluntad del órgano de contratación si, claramente hubiera una vulneración de los principios de la contratación pública, o cual sería perfectamente posible dada la especialización que se exige, *ab initio*, a los miembros de los Tribunales y órganos examinados. Sin embargo, como se ha expuesto, el art. 57.2 solo se refiere, por la vía de la anulación, a la supresión de características técnicas, administrativas... etc., de la licitación, creando un vacío que parece solo puede suplirse mediante la retroacción de las actuaciones y, por tanto, la adopción de nuevas decisiones por el órgano de contratación”. Manuela Mora Ruiz, *El control de la contratación pública local: construcción sistemática. Análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales* (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018).

⁷²⁰ Valcárcel Fernández, “Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública”, 33.

⁷²¹ *Ibíd.*

*de recursos, vuelva a dictar lo que proceda. En suma, la labor de los órganos de recursos es exclusivamente de control del cumplimiento del procedimiento y tramite legales. Les corresponde únicamente verificar si la tramitación del procedimiento de contratación se ajustó o no a derecho, pero no pueden sustituir a los órganos de contratación competentes adoptando una decisión respecto del expediente en relación con el que se plantee un recurso, so pena de incurrir en incompetencia material, sancionada con nulidad radical.*⁷²²

Explica la misma posición el profesor Santamaría Pastor afirmando que “El TRC no tiene la condición de superior jerárquico del órgano de contratación, ni ostenta la responsabilidad del éxito o fracaso en la consecución del objetivo que el acto impugnado persigue. Es una instancia revisora de legalidad y, por ello, su función ha de limitarse a examinar la legalidad del acto recurrido, a la luz de las alegaciones de este orden que el recurrente formule, y decidir sobre el ajuste a derecho del acto, confirmándolo o anulándolo, pero sin poder sustituir su contenido final, ni tampoco en la apreciación de la oportunidad de la decisión adoptada”.⁷²³

Como puede advertirse, esta competencia revisora, y en deferencia de la organización administrativa que ya actuó ilegalmente, conduce a la afectación de la celeridad de las contrataciones, pues en casos claros en los que no existe sino una sola alternativa, esta necesariamente se producirá recién cuando la entidad recupere competencia sobre el caso. Pero también puede conducir a nuevos riesgos para el interés de la legalidad cuando la entidad sea renuente a la resolución que la controla, permitiría nuevas ilegalidades o la búsqueda de argumentos para evadir el camino de la legalidad. Por ejemplo, en el Perú se han presentado casos en los que pese a que el Tribunal de Contrataciones ha anulado la decisión de la entidad declarando fundado el recurso del impugnante (p. ej., sobre el verdadero puntaje que le corresponde o reestableciéndole en la competencia), la entidad ha dejado sin efecto todo el proceso o cancelado la licitación o aduciendo nuevos supuestos vicios ha dictado una nueva decisión de similares efectos a la anterior para seguir perjudicando al postor e incumplir de modo

⁷²² Ibíd.

⁷²³ Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 66.

indirecto la decisión del órgano de control. Lo que sucede en estos casos, y en muchos similares, es que cuando se adopta únicamente la competencia revisora y anulatoria se priva al órgano que conoce del recurso de una capacidad directiva de la conducta administrativa no sirviendo como un verdadero desincentivo o factor de persuasión para que las entidades contratantes se alineen a la legalidad.⁷²⁴

3.2.2. ¿Puede declararse la nulidad a partir de vicios no invocados por el impugnante?

Un aspecto relevante de analizar es si es posible ejercer esta competencia por parte del órgano revisor, aun cuando el vicio que lo invalide sea apreciado de oficio y no haya sido propuesto por el impugnante en su recurso. En otros términos, determinar si en materia del recurso en materia de contratación aplica el principio procesal de congruencia que implica, por un lado, que la autoridad que conoce del recurso no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en argumentos y pretensiones diversos a los que han sido alegados por las partes, pero a su vez, la obligación de responder todos los puntos controvertidos establecidos en el procedimiento y a todas las alegaciones efectuadas por las partes en el medio impugnatorio.

En el ámbito de la región, la respuesta es diversa dependiendo si predomina un enfoque subjetivo u objetivo del recurso, esto es, si se da preponderancia a la tutela del derecho de los postores o, por el contrario, se enfatiza la visión de un control de legalidad sobre la formación del contrato. Por ejemplo, en el modelo español se ha establecido con claridad que “En todo caso, la resolución será congruente con la petición”,⁷²⁵ optando en favor de la restricción al órgano del recurso para adentrarse en vicios no planteados por los impugnantes. En la misma línea se ubica el ordenamiento mexicano,⁷²⁶ que fija la congruencia como alcance del análisis de la instancia del recurso. Esta norma indica

⁷²⁴ Véase al respecto, Díez Sastre, “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, 89.

⁷²⁵ Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, artículo 57.

⁷²⁶ Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del Sector Público, artículo 73 III.

que “El análisis de los motivos de inconformidad, para lo cual podrá corregir errores u omisiones del inconforme en la cita de los preceptos que estime violados, así como examinar en su conjunto los motivos de impugnación y demás razonamientos expresados por la convocante y el tercero interesado, a fin de resolver la controversia efectivamente planteada, pero no podrá pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido expuestas por el promovente”.

Por nuestra parte, consideramos que no debería haber óbice para que el órgano del recurso pueda fundar la decisión al declarar la nulidad en un vicio que aprecie directamente del expediente del proceso de selección a condición de que brinde oportunidad a las partes a exponer su posición al respecto. Es más, dejar únicamente librado el control del proceso formativo del contrato a lo que el impugnante sepa o quiera plantear restringe la búsqueda de la legalidad objetiva e incentiva o da ocasión a acuerdos colusorios entre postores para no impugnar evidentes favorecimientos indebidos a algún postor miembro del acuerdo, prevaleciendo el interés privado del postor agraviado.

En esa línea se encuentran los ordenamientos peruano y costarricense. En Costa Rica⁷²⁷ es posible llegar a la invalidación del acto mediante apreciaciones de oficio del vicio existente, porque se hace bajo el entendido que la contratación administrativa persigue fines públicos y compromete recursos públicos, siendo la nulidad del acto un deber de la autoridad y no una mera facultad. En ese sentido, la doctrina costarricense afirma que

[L]a idea fundamental es que el control de legalidad, como valor fundamental, está por encima de los intereses comerciales de quien apela. En sentido práctico, puede ocurrir que una empresa decide apelar, pero no toca ciertos aspectos del procedimiento, pues dentro de sus intereses particulares no está lograr la nulidad de todo el procedimiento, sino tan solo del acto de adjudicación que recayó en una empresa que es su competencia comercial. Así, bien puede la Contraloría General

⁷²⁷ Solera Viquez, *El recurso de apelación en las licitaciones*, 134.

*detectar o darse cuenta de esos detalles que podrían generar una nulidad absoluta y, por ende, respetando las reglas del derecho de defensa, lo pone en conocimiento de todas las partes, a fin de reabrir la discusión sobre el tema y que estas se pronuncien sobre si esos hechos pueden generar una nulidad o no.*⁷²⁸

En el mismo orden de ideas, en Perú, el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece (artículo 128.2) como uno de los alcances posibles de la resolución, que “Cuando el tribunal o la entidad advierta de oficio posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección, corre traslado a las partes y a la entidad, según corresponda, para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. [...] En los procedimientos que contengan audiencia pública, en dicho acto se puede notificar a las partes sobre los posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección. Tratándose de apelaciones ante la entidad, se extiende el plazo previsto para resolver”.

3.2.3. ¿Puede proseguir el proceso pese a la existencia de vicios, pero de trascendencia menor o no relevante?

Un supuesto interesante a analizar es si el órgano que conoce de la ilegalidad de la acción de la entidad pueda, no obstante, optar por mantener el acto indebido por considerarlo poco relevante. No nos referimos a los casos en los que el órgano de control pueda apreciar condiciones de mérito o conveniencia para permitir mantener el proceso de selección o el contrato firmado pese a la gravedad del vicio, aceptando implícita o explícitamente una deferencia hacia el interés de la entidad contratante cuya actuación es ilegal, pero aduce la perentoriedad de su aprovisionamiento o absteniéndose de analizar la legalidad de la decisión del convocante aduciendo que es quien mejor define sus propias necesidades o basta que lo haga motivadamente, sin valorar esa motivación.

⁷²⁸ Ibíd., 137 y s.

Por el contrario, se trata del caso en que pueda el órgano apreciar y valorar la trascendencia jurídica del vicio de ilegalidad incurrido para decidir por mantener el proceso de selección incorrecto en vez de anular el acto o el procedimiento de selección. Obviamente en estos casos, el recurso presentado no será estimado favorablemente pese a que se ha comprobado un vicio de ilegalidad, sino desestimado como infundado. Es una figura que hemos podido identificar expresamente en tres ordenamientos de la región, aunque con argumentos no uniformes y se ha incorporado casuísticamente en otro régimen de Hispanoamérica.

En Paraguay, el órgano que conoce del recurso puede, no obstante, identificar un vicio en el procedimiento, decidir el “el rechazo de la protesta y la **convalidación** de lo actuado”,⁷²⁹ habilitando con ello al órgano que conoce del recurso a convalidar el vicio incurrido, pero sin dar alguna pauta para distinguir cuál vicio puede ser objeto de convalidación y cuál no.

En una idea bastante aproximada, encontramos al ordenamiento mexicano que permite al órgano que conoce del pedido de inconformidad resolver en el sentido de “declarar que los motivos de inconformidad resultan inoperantes para decretar la nulidad del acto impugnado, cuando las violaciones alegadas no resulten suficientes para afectar su contenido”.⁷³⁰ Igual al caso anterior, la normativa empodera al órgano del recurso a apreciar –sin un marco legal específico– cuando el vicio comprobado no resulte suficiente para afectar el contenido.

En el caso peruano, la normativa del Tribunal de Contrataciones⁷³¹ establece que procede la declaración de la nulidad del acto impugnado cuando “[...] no sea posible la conservación del acto”, incorporando al ámbito de las contrataciones públicas la figura

⁷²⁹ Ley 2051/03 de Contrataciones Públicas, artículo 83.

⁷³⁰ Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del Sector Público, artículo 74.

⁷³¹ Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado establece (artículo 128.1.).

de la conservación del acto administrativo prevista en el régimen local del procedimiento administrativo.⁷³²

Finalmente, en la práctica de la Contraloría General de la República de Costa Rica también se ha empleado como modo de resolver un recurso contra una adjudicación ilegal, la de rechazarlo y confirmar el acto impugnado pese a estar viciado, “bajo condición suspensiva de permitir al adjudicatario cumplir con alguna exigencia formal desatendida al formular la oferta”.⁷³³ Esta fórmula más bien tiene otra orientación, pues permite mantener una adjudicación recaída en una oferta defectuosa, pero beneficiosa para la entidad (por monto y/o calidad) que padecen de algún vicio de relevancia menor que hacen inaparente desecharla en favor de alguna otra oferta que por ser de menor calidad o mayor precio hubiere quedado en segundo lugar.

Como se puede apreciar, esta tendencia a la tolerancia de ciertos vicios de los actos de formación contractual se funda en preservar aquellos que son defectos poco relevantes como para justificar la descalificación del proceso integralmente o de la adjudicación. Sin embargo, tienen por inconveniente –sobre todo aquellas cuyas fórmulas legales son de texto abierto– permitir planteamientos que admitan las ilegalidades graves o invalidantes bajo el pretexto que rehacer el procedimiento afectaría la urgencia de las contrataciones o el interés de las entidades por contratar.

⁷³² Conforme a esta regulación (artículo 14 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General), procede la conservación del acto o procedimiento viciado cuando el vicio no sea trascendente, procediéndose únicamente a su enmienda por la propia autoridad emisora, sin anularlo. Pero en este caso la calidad de vicio no trascendente, solo se alcanza en cinco supuestos legalmente calificados: i) el acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación; ii) el acto emitido con una motivación insuficiente o parcial; iii) el acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado; iv) cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio; y, v) aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

⁷³³ Solera Viquez, *El recurso de apelación en las licitaciones*, 136.

3.3. La retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la comisión del vicio

Por lo común, la anulación de un acto formativo del contrato conduce a que el respectivo procedimiento licitatorio deba ser repuesto al momento anterior al que se incurrió en el vicio para a partir de ahí reiniciarlo, pero apegado a derecho. De este modo, ese momento anterior realizado conforme a derecho será el punto de partida para reiniciar el procedimiento de contratación. Este momento al cual se retrotrae el procedimiento de ordinario es señalado por el órgano del recurso, como, por ejemplo, sucede en Perú cuyo Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado establece (artículo 128.1.) que: “Cuando verifique alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, en virtud del recurso interpuesto o de oficio, y no sea posible la conservación del acto, declara la nulidad de los actos que correspondan, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotrae el procedimiento de selección, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto”. En igual sentido, tenemos la norma paraguaya que indica como competencia de la instancia del recurso la de dictar la “anulación o declaración de nulidad de la etapa pertinente, retrotrayendo los efectos a la etapa anterior correspondiente”.⁷³⁴

La doctrina⁷³⁵ ha identificado dos supuestos distintos para retrotraer las actuaciones del procedimiento de selección. En un primer grupo de casos, la acción de retrotraer el procedimiento puede conducir a un resultado distinto del procedimiento original, como cuando se produce una adjudicación ilegal, por incluir un factor de evaluación indebido, se anula la exclusión indebida de un postor o a la inversa, se excluye a un postor que fue indebidamente admitido, entre otras. Pero, en otros casos, retrotraer el procedimiento implica superar algún defecto relevante del procedimiento, pero no está dentro de lo

⁷³⁴ Decreto 7434, por el cual se establecen ciertas reglamentaciones para los procesos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), artículo 20.

⁷³⁵ Díez Sastre, “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, 69-92.

previsto cambiar el resultado del procedimiento viciado. Así sucederá, por ejemplo, cuando se anula una adjudicación por defecto de motivación de la decisión.

3.4. La imposición de obligaciones de hacer a la entidad convocante

Una competencia complementaria a la de invalidación con la que puede ser dotado el órgano del recurso es la de dictar mandatos necesarios en la misma resolución para que la autoridad contratante restablezca la legalidad transgredida. A esta competencia se refiere la Ley Modelo CNUDMI 2011 cuando indica como atribución del órgano que resuelve el recurso la de “Exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido de manera no conforme a lo dispuesto en la presente Ley, que actúe, o adopte una decisión o siga un procedimiento de un modo que se ajuste a las disposiciones de la presente Ley”; asimismo, cuando explicita la facultad de “prohibir a la entidad adjudicadora que actúe, adopte una decisión o siga un procedimiento de un modo que no se ajuste a lo dispuesto en la presente ley”.

De esta manera, el órgano del recurso, además de invalidar un acto del procedimiento de selección o del procedimiento mismo, podrá dar mandatos específicos al impugnado para asegurar que sus decisiones subsecuentes sean mejor alineadas con las razones que justificaron la motivación de la anulación. Es el caso de la regulación del recurso o protesta en Paraguay, donde ha quedado establecido que la instancia del recurso decreta “la nulidad del acto o actos irregulares estableciendo, cuando proceda, las directrices necesarias para que el mismo se reponga conforme a esta ley”.⁷³⁶

En este caso, la autoridad no solo anulará la adjudicación del contrato, sino que condenará a la entidad contratante a hacer algo en determinado sentido como, por ejemplo, adjudicar el contrato a otro postor, descalificar una propuesta ilegal, restar puntaje mal asignado, modificar las bases en determinado sentido, etc. Cuando la instancia de control actúa de esta manera, priva al ente contratante de márgenes de apreciación porque le indicara que debe hacer, lo que protege de mejor manera el

⁷³⁶ Ley 2051/03 de Contrataciones Públicas, artículo 83.

derecho de los postores y propicia un mejor cumplimiento de la voluntad de la autoridad que resolvió el recurso. A su turno, exige un mayor conocimiento y responsabilidad del órgano de control porque participará en el éxito o fracaso de la selección del contratista.

3.5. La sustitución del acto inválido por la decisión conforme a derecho y la declaración de situación jurídica en favor de los postores

Otra opción de tutela restitutiva a cargo del órgano del recurso es la que además de invalidar la decisión ilegal adoptada en la formación del contrato, la autoridad emita directamente la decisión que corresponde a esa etapa del procedimiento y solo luego de ello procede a devolver a la entidad contratante para que prosiga con la secuencia correspondiente.

Esta opción permite mayor celeridad a la formación del contrato, pues evita el periodo que le tomaría a la entidad contratante para comprender la resolución anulatoria recibida, proyectar una nueva decisión, tramitarla internamente antes sus órganos competentes y, finalmente, adoptarla y notificarla. Además, con esto se evitan indebidas interpretaciones, elusiones, desnaturalizaciones e incumplimientos de la entidad contratante, así como nuevas impugnaciones de postores. No obstante, para su concreción requiere al órgano de control contar con todos los elementos necesarios – informativos, técnicos y documentales– para dictar la decisión sustituta de la anulada, sin que sea necesario la valoración propia de la entidad contratante.

De suyo no resulta conveniente, por la responsabilidad que conlleva, que el órgano de control cogestione con la entidad los procesos de contratación decidiendo por vía de sustitución del órgano impugnado cualquiera decisión del proceso de formación del contrato que haya infringido la legalidad, como, por ejemplo, rehacer, a su criterio, el pliego de bases del proceso. A su turno, es recomendable que luego de declarada de ilegalidad incurrida, la autoridad contratante preserve algún margen de discrecionalidad técnica para poder definir aspectos propios de las bases o pliegos de contratación según sus necesidades (p. ej., cronograma del proceso, criterios de asignación de puntaje,

características técnicas de lo que se va a adquirir). Pero ello no sucede con el acto definitorio del proceso (adjudicación) en el que la discrecionalidad se atenúa y se concreta en la aplicación de las reglas del proceso (y, por ende, de la legislación pertinente) a las propuestas presentadas al proceso. Por ello, ordenamientos de la región no han encontrado obstáculo en asignar competencia expresa a sus instancias de control en sede administrativa para determinar al postor adjudicatario en sustitución de la decisión ilegal que está anulando.

Esta competencia, por ejemplo, la podemos encontrar en el ordenamiento peruano, en el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado cuando establece (artículo 128.1.) que “Cuando el impugnante ha cuestionado actos directamente vinculados a la evaluación, calificación de las ofertas y/u otorgamiento de la buena pro, **evalúa si es posible efectuar el análisis sobre el fondo del asunto, otorgando la buena pro a quien corresponda**, siendo improcedente cualquier impugnación administrativa contra dicha decisión”.

En ese mismo orden de ideas el ordenamiento mexicano permite a la Secretaría de la Función Pública cuando decide anular una adjudicación por ilegalidad “[...] ordenar la firma del contrato, cuando haya resultado fundada la inconformidad promovida en términos del artículo 65, fracción V de esta Ley”.⁷³⁷

Del mismo modo, el ordenamiento panameño prevé similar competencia del Tribunal de Contrataciones en el artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 “Por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006 Que regula la Contratación Pública y dicta otra disposición”, que establece entre las decisiones dicho órgano, además de “Modificar lo actuado por la entidad contratante” y “Anular lo actuado por la entidad contratante”, la de “Revocar lo actuado por la entidad contratante, restableciendo el derecho vulnerado”.⁷³⁸

⁷³⁷ Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, artículo 74.

⁷³⁸ Sobre el alcance de esta competencia y el debate que generó en su momento en Panamá puede leerse con provecho Padilla Lozano, *Realidad de las contrataciones públicas en Panamá*, 72 y ss.

3.6. La nulidad total del procedimiento de selección

En algunos casos, el vicio se puede ubicar en la génesis del procedimiento, tal como la elección del tipo de procedimiento de selección, en la determinación de la necesidad del contrato, o en las reglas contenidas en las bases del proceso. En estos supuestos se hace necesario que la autoridad decida la nulidad o cancelación del procedimiento, sin readmitir retrotraer alguna etapa o acto, y menos readjudicar el contrato. La afectación que se ha producido hace necesario dejar sin efecto el procedimiento íntegramente y rehacerlo, superando el o los vicios generados. Eso es necesario cuando, por ejemplo, hay algún vicio en las bases o pliegos del proceso, en los requerimientos de aquello que se necesita, ausencia de presupuesto, haber equivocado el procedimiento que correspondiere en función del monto o del objeto del contrato. Dicha anulación del procedimiento puede dictarla el propio órgano que resuelve el recurso o dar el mandato para que lo haga el propio convocante.

3.7. La ineficacia y liquidación del contrato adjudicado indebidamente

Una última competencia con que se puede dotar al órgano que conoce el recurso es determinar la ineficacia del contrato ya celebrado, disponer su liquidación y ordenar un nuevo proceso de selección para crear una oportunidad de competencia para los agentes del mercado. Como es lógico asumir, esta competencia tiene dos presupuestos necesarios:

- Actuar cuando la interposición del recurso no ha tenido un efecto suspensivo respecto al proceso y este ha continuado adjudicando el contrato y formalizando la relación jurídica patrimonial.
- La subsistencia de la relación patrimonial surgida del contrato al momento de la decisión, puesto que si se trata de contratos ya ejecutados a cabalidad (p. ej., un

contrato de adquisición de medicamentos que ya fueron empleados por el hospital público) no cabe declarar su ineficacia ni liquidación.⁷³⁹

Se trata de una competencia consistente en, mediante acto administrativo unilateral, privar de efectos jurídicos al contrato ya celebrado, invocando uno o más vicios incurridos por la autoridad contratante en la formación del contrato, con culpa propia de los funcionarios de la entidad o participando el contratista de modo concurrente.

A ello, se refiere explícitamente la Directiva comunitaria europea⁷⁴⁰ cuando propone a los países miembros incorporar al Derecho nacional⁷⁴¹ dotar a su órgano de control de la contratación de la capacidad para decretar la ineficacia de los contratos ya suscritos y en ejecución ante la identificación de infracciones verdaderamente graves para el interés comunitario:

- i) El contrato directo sin convocatoria necesaria, esto es, la adjudicación del contrato omitiendo publicar el anuncio previo para la Unión Europea.
- ii) La contratación precipitada, esto es, sin dejar vencer los plazos previstos para que los postores puedan impugnar o sin cumplir el efecto suspensivo del recurso interpuesto (cuando algún ordenamiento nacional lo haya incorporado así.
- iii) En la medida que las conductas i) o ii) hayan impedido la oportunidad de interponer un recurso o de obtener el contrato.

Nótese que fuera de estos casos, el Derecho internacional de las contrataciones considera que los Estados pueden considerar inapropiado decidir la ineficacia del contrato ya adjudicado, sin perjuicio de los poderes resarcitorios, de sanciones

⁷³⁹ Díez Sastre afirma al respecto “En la mayor parte de estos supuestos el mero transcurso del tiempo ha hecho imposible trasladar a la realidad los efectos de la invalidez”. Díez Sastre, “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, 87.

⁷⁴⁰ Directiva 2007/66/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

⁷⁴¹ Véase los considerandos 18, 19, 20 y 21 de la mencionada Directiva.

alternativas (como multas o una reducción del contrato) y de la responsabilidad por los ilícitos cometidos.

El propósito de esta competencia es garantizar que el contrato surgido de un procedimiento viciado gravemente no llegue a producir efectos, por lo que deviene en nulos o inexigibles, los derechos y las obligaciones de las partes. Ahora bien, el Derecho internacional de las contrataciones indica que serán los ordenamientos nacionales los deben regular las consecuencias específicas que se derivan de la ineficacia del contrato, considerando como algunos de los temas a desarrollar: i) el efecto temporal de la decisión, esto es, si la decisión aparejará efectos retroactivos (*ex tunc*) o, por el contrario, afectará aquellas obligaciones aún por ejecutar (*ex nunc*); ii) la restitución de las prestaciones ya realizadas, entendida como la posible recuperación de cualquier importe ya abonado, así como todas las formas de restitución de las prestaciones o de su valor; iii) el alcance total o parcial de la ineficacia, de modo que para guardar proporcionalidad y el interés público, la privación de efectos alcance solo a algunas de las prestaciones o todas ellas; iv) el plazo razonable de prescripción para poder pretender la ineficacia del contrato ya ejecutado.

3.8. Los efectos indirectos negativos sobre la gestión administrativa del poder invalidante

Los poderes invalidantes del proceso de selección o del contrato ya ejecutado aparecen como las consecuencias necesarias y jurídicamente correctas derivadas de las irregularidades cometidas en su formación. Es la aplicación clara y directa del principio de juridicidad o legalidad en materia de contrataciones.

Pese a ello, como veremos a continuación, en la práctica coexiste este principio como otros tan o más importantes como son la continuidad de los servicios públicos y la eficacia de la gestión pública, que nos invitan a poner en cuestión la invalidación como una opción, o más apropiadamente como la más adecuada para la gestión pública. Como afirma, Díez Sastre:

Uno de los problemas más importantes ligados a los efectos de la invalidez en los procedimientos de contratación pública es la imposibilidad de ejecutar las resoluciones anulatorias, restableciendo la legalidad vulnerada. En muchos supuestos esta situación tiene su origen en la imposibilidad material de restituir las cosas al momento previo de la infracción porque el contrato ya está ejecutado. En otros, la razón está en la necesidad de mantener la ejecución del contrato por razones de interés general. En este segundo tipo de casos, no se duda de la invalidez del contrato, pero un juicio de ponderación hace primar otros intereses sobre el deber de restaurar la legalidad vulnerada.⁷⁴²

3.8.1. Los efectos negativos de la competencia invalidatoria sobre el proceso de selección

Cuando se encuentra una licitación en curso, la interposición de un recurso contra cualquiera de los actos que lo conforman no suele ser bien recibido por la entidad contratante. No solo por la incomodidad que un cuestionamiento ordinariamente le provoca, sino por la dilación que esta acción supone para la concreción del contrato, más aún cuando ello lleva aparejada alguna medida de suspensión del procedimiento en curso. Aunque suele presentarse esta incomodidad, forma parte de las exigencias de la transparencia, debido proceso y control de la acción administrativa, por lo que debe ser aceptado como parte del Estado de derecho.

Con todo, cuando a ello se debe sumar la invalidación de lo actuado, sea de una parte o de todo el procedimiento seguido, además pone en riesgo otros objetivos públicos de la entidad contratante, como son, por ejemplo, el cumplimiento de la metas institucionales dentro del periodo, la oportuna satisfacción de los servicios esperados por la ciudadana e incluso la posibilidad de perder los recursos financieros asignados a ese contrato, particularmente si se encuentran al fin del periodo presupuestal. Por eso cabe preguntarse ¿mientras se resuelve el procedimiento de impugnación, ¿cómo se atiende la necesidad de la entidad? ¿Si el pronunciamiento de la entidad es invalidatorio,

⁷⁴² Díez Sastre, “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, 82.

cómo se provee la entidad de sus necesidades mientras corrige lo actuado ilegalmente? Las respuestas conducen a constatar la existencia de reserva, desconfianza o suspicacia en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la opción pura y simple de la nulificar un proceso de selección, las cuales se manifiestan de diversos modos.

Como ha afirmado correctamente la profesora Díez Sastre “[...] cuando una licitación pública se paraliza o se retrasa debido a la existencia o posible existencia de vicios de invalidez, puede producirse un vacío en la cobertura de la necesidad pública que iba a satisfacerse con el contrato. Esta situación se agrava cuando el objeto del contrato es la prestación de un servicio público. En estos supuestos no es fácil encontrar una vía para satisfacer la necesidad de prestación del servicio durante ese periodo. Sin embargo, la legislación obliga a prestar el servicio adecuadamente”.⁷⁴³

Indudablemente, nos encontramos frente a un conjunto de efectos negativos indirectos de la invalidación del proceso de selección que corresponden ser incorporados y solucionados con una gestión logística adecuada por parte de la entidad y con un diseño apropiado del recurso por parte del legislador. Es claro que no resulta aceptable que, por evadir producir estos efectos negativos a los procesos de contratación, la ilegalidad grave en la formación del contrato prevalezca o se mantenga. Por ello, aquí tendrán que acudir a figuras como la prórroga del contrato del contratista anterior, adjudicar nuevos contratos complementarios por el periodo del recurso y lo que demande la corrección del procedimiento, y, en determinados casos, contratar un nuevo proveedor durante ese periodo de transición (p. ej., contratación directa exonerada o contratos menores).

⁷⁴³

Ibíd.

3.8.2. Los efectos negativos del ejercicio de la competencia invalidante sobre un contrato en ejecución

Cuando la competencia invalidante opera sobre un contrato ya suscrito y en ejecución los efectos negativos indirectos son más graves que los anteriores, pues han surgido y empezado a ejecutarse obligaciones recíprocas y continuadas en el tiempo. Aquí encontramos que la anulación de un contrato en fase de ejecución deriva en retraso en la ejecución de la prestación, tener que convocar un nuevo procedimiento o reencauzar el ya seguido, la entidad tendrá que administrar el cambio de contratista –la salida y liquidación del contrato anulado y el inicio del nuevo contratista ganador del nuevo proceso–, la necesidad de transitar el camino de la restitución de obligaciones jurídicas que probablemente deba enrumbarse por mecanismos heterocompositivos (arbitraje o proceso judicial, según el régimen aplicable) y tener que salir nuevamente al mercado a buscar otro contratista.⁷⁴⁴ De ordinario una decisión así en el escenario descrito produce efectos en cinco relaciones jurídicas que son necesarios valorar:

- Relación contratista-entidad (p. ej., el contratista concurrió a la formación del vicio del proceso).
- Relación entidad-usuarios del servicio (p. ej., los usuarios obtendrán la satisfacción de sus necesidades mediante esta acción).
- Relación contrato a anularse-otros contratos conexos o vinculados (p. ej., la anulación del contrato guarda influencia con otros contratos conexos a aquel).
- Relación entidad-presupuesto institucional (p. ej., la decisión irrogará mayores gastos presupuestales de los previstos).

⁷⁴⁴ Víctor Baca Oneto, *La invalidez de los contratos públicos* (Madrid: Thomson, Civitas, 2006) y Vicenc Aguado i Cudolà, “Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos”. En Fernando López Ramón y Francisco Villar Rojas, coords. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (Madrid: INAP, 2017), 223-272.

- Relación entidad-posibles nuevos contratistas (p. ej., ¿tendremos nuevos interesados a un precio razonable para el saldo de la prestación que deberé contratar?).

Una decisión de esta envergadura necesita la absolución de una serie de dudas tales como: ¿cómo quedan las prestaciones efectuadas en favor de la entidad? ¿Cómo se restituyen las prestaciones? ¿Cómo quedan las garantías que entregó el contratista en el contrato nulo? ¿Cómo quedan los pagos realizados (hayan sido o no pagos a cuenta)? ¿Cómo queda el saldo de prestación que el contratista no va a ejecutar? ¿El contratista va a consentir la invalidación de su contrato o lo cuestionará en vía judicial o arbitral? ¿Cómo se realiza la liquidación del contrato anulado en paralelo de la administración contractual del nuevo contrato? ¿Tendremos postores interesados y a un precio adecuado para asumir solo un saldo de prestaciones?

Desde la perspectiva del ciudadano o usuario de los servicios de la entidad contratante, otras dudas que surgen serán: ¿deja de recibir el servicio o bien contratado? ¿La obra que ya estaba en curso será recibirá en el tiempo esperado? ¿Será útil la prestación a destiempo que se realizará en el segundo contrato? ¿Cómo quedan los contratos conexos al anulado? (p. ej., si se anula el contrato de obra pública y sigue vigente el contrato con la supervisión de la obra).

Desde la perspectiva de la administración financiera de la propia entidad contratante surgirán algunas preguntas como las siguientes: ¿el remanente presupuestal no comprometido aún se puede comprometer para el saldo de prestaciones del nuevo contrato a celebrarse? ¿Es posible alcanzar el propósito de la contratación con el saldo de presupuesto que queda? ¿Un nuevo contratista podrá retomar la prestación desde donde se quedó el otro o será necesario empezar desde el inicio? (p. ej., si en un concurso anulado la prestación estaba en la fase de diseño), ¿no incurrirá en más gastos derivados de la liquidación del primer contrato y la administración contractual del segundo?

Por ello es necesario afirmar que la decisión de invalidar un contrato por algún vicio ocurrido en su gestación no solo se deriva exclusivamente de un análisis jurídico de legalidad, sino también desde la perspectiva de la eficacia y la eficiencia de la decisión, la oportunidad de la contratación, el costo-beneficio, la necesidad de satisfacer de mejor manera el interés público, el estado de avance de la contratación, el mejor logro de la finalidad pública que el contrato buscaba, el bienestar de las condiciones de vida de los ciudadanos, entre otros.⁷⁴⁵ Así, apreciaremos que el interés público perseguido por el contrato anulado tiene como efecto modular los posibles efectos de la invalidez de un contrato inválido optando por otras consecuencias alternativas no invalidantes del contrato (sanciones o reducción del contrato), modular los efectos de la decisión únicamente a futuro⁷⁴⁶ o mantenerlo provisionalmente.⁷⁴⁷

⁷⁴⁵ En el caso peruano, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado ha opinado al respecto que “3.2. La potestad del Titular de la Entidad para determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato, se deberá realizar evaluando previamente el caso en concreto – habiendo solicitado al contratista el descargo correspondiente– atendiendo a criterios tales como: eficacia y eficiencia, oportunidad de la contratación, costo-beneficio, satisfacción del interés público, estado de avance de la contratación, logro de la finalidad pública, el bienestar de las condiciones de vida de los ciudadanos, entre otros, siendo recomendable la coordinación previa con su asesoría jurídica interna y su área de presupuesto, a fin de tomar la decisión de gestión que resulte más adecuada”.

⁷⁴⁶ Es la opción seguida por la legislación colombiana:
Ley 80 DE 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
“Artículo 48. De los efectos de la nulidad
La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.
Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que esta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.
Artículo 49. Del saneamiento de los vicios de procedimiento o de forma
Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio”.

⁷⁴⁷ Es la opción de la ley española:
Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público:
“Artículo 42. Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad
1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud de este y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.
2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.
3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”.

Por ello, en doctrina se ha establecido la tesis del mantenimiento o conservación del contrato afectado de invalidez,⁷⁴⁸ salvo que concurren dos condiciones: i) estar incurrido en alguna de las causales expresamente previstas en la ley para su nulidad; y, ii) que la decisión invalidatoria demuestre ser eficaz y eficiente para los objetivos previstos, sea oportuna en función del avance de la prestación, su beneficio supere el costo que va a generar, permita satisfacer el interés público y el bienestar de las condiciones de vida de los ciudadanos comprometidos en las prestaciones.

En esa línea, el Derecho internacional de la contratación administrativa coincide también en afirmar que, pese al vicio incurrido en un contrato, existen circunstancias excepcionales que pueden evidenciar que la ineficacia acarreará consecuencias desproporcionadas.⁷⁴⁹ En efecto, la Directiva 2007/66/ establece que:

Artículo 2 quinquies.- Ineficacia

Los Estados miembros podrán establecer que el órgano de recurso independiente del poder adjudicador no pueda declarar ineficaz un contrato, aunque haya sido adjudicado ilegalmente con arreglo a los motivos indicados en el apartado 1, si el órgano de recurso considera, tras haber examinado todos los aspectos pertinentes, que razones imperiosas de interés general exigen que se mantengan los efectos del contrato. En este supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen sanciones alternativas, en el sentido del artículo 2 sexies, apartado 2, en lugar de la ineficacia”.

Lo que sí precisa la misma Directiva es que no pueden ser considerados como justificaciones para el mantenimiento del contrato razones meramente económicas immanentes a una invalidación y reencauzamiento del procedimiento de selección tales como: “[...] los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, los costes

⁷⁴⁸ André Luiz Freire, *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos* (Sao Paulo: Malheiros Editores, 2008).

⁷⁴⁹ Considerando 24) de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

derivados de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, los costes derivados del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato y los costes de las obligaciones jurídicas derivadas de la ineficacia”,⁷⁵⁰ y ello es lógico porque estos mayores costos financieros y administrativos son comunes a todo proceso de restauración de la legalidad afectada.⁷⁵¹ Para llegar a la optar por el mantenimiento del contrato viciado deben acudir otras razones de interés público como las antes mencionadas.⁷⁵²⁻⁷⁵³

3.9. Las sanciones alternativas a la ineficacia del contrato antecedido de un procedimiento viciado: multas y reducción del plazo del contrato vigente

Como hemos revisado ya, en ciertos casos el interés público perseguido por el contrato formado con vicios de ilegalidad permite conservar las obligaciones generadas por el mismo, sin determinar su ineficacia. En esos casos, el Derecho internacional de las contrataciones recomienda que los órganos que conozcan el recurso puedan adoptar medidas alternativas a la ineficacia contractual.

⁷⁵⁰ Artículo 2 *quinquies* de la Directiva 2007/66/CE.

⁷⁵¹ El profesor Díaz Bravo se muestra particularmente adverso a la inclusión de esta pauta de exclusión de estos intereses económicos como justificantes del mantenimiento del contrato al considerar que en casos concretos si pueden conducir a afectaciones mayores al beneficio que se pueda obtener. Ver Díaz Bravo, “La regulación del recurso en materia de contratación pública”, 125.

⁷⁵² La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido como causas para el mantenimiento del contrato razones referidas al objeto servicial del contrato viciado, tales como la preservación del orden público, la protección del medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, entre otros. *Ibíd.*, 124.

⁷⁵³ Otro ejemplo, es la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones de Chile que plantea como análisis necesario para determinar las consecuencias de la ilegalidad constatada de un acto de la licitación: “[D]ebe atenderse a los siguientes aspectos: contenido del acto u omisión impugnada, etapa de su ejecución, naturaleza y magnitud de la eventual lesión que se ha causado al que ha accionado por la vía de la impugnación, conveniencia y posibilidad fáctica de retrotraer el estado de las cosas a aquel en que se encontraba antes de ejecutarse el acto o incurrir en la omisión. Asimismo, deben tenerse presente los efectos que pueda producir la sentencia que declara la arbitrariedad o ilegalidad, cuidando que ellos no perjudiquen el interés público que la entidad licitante ha tenido a la vista al convocar y realizar el procedimiento respectivo con el fin de satisfacer una necesidad del mismo carácter, e igualmente, que el fallo que se emita no afecte los intereses de terceros”. Valdivia Olivares, “La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública”, 464 y ss.

Dichas medidas alternativas son dos: i) la imposición de multas a la entidad contratante en favor de un órgano independiente de la administración;⁷⁵⁴ o, ii) decretar la reducción de la duración del contrato viciado, vale decir, sin afectar su eficacia desde el inicio ni generar restitución de prestaciones se procede a reducir el plazo contractual previsto originalmente.

Los informes de la Unión Europea testimonian la poca eficacia de estos instrumentos alternativos, pese a estar incorporados en los ordenamientos nacionales. Así se ha manifestado que “En relación con las sanciones alternativas, la mayoría de los Estados miembros transpusieron tanto las multas como la reducción de la duración de los contratos. No obstante, estas sanciones se utilizan solo de manera esporádica, ya que se consideran el recurso menos eficaz. En concreto, los Estados miembros consideran que las multas constituyen una mera reubicación de fondos”.⁷⁵⁵

4. El poder resarcitorio por los actos ilegales precontractuales o la tutela resarcitoria en favor de los postores afectados

Al lado de la tutela primaria o restitutoria está la tutela secundaria o de resarcimiento que se centra en garantizar la reparación o la compensación económica por el daño producido al postor en el marco del proceso de formación del contrato. A este efecto, corresponde establecer el nexo causal entre ese daño y la conducta de la entidad licitante e identificada el título de imputación previsto a dicho efecto.⁷⁵⁶

⁷⁵⁴ No nos referimos a la necesaria promoción de la determinación de la responsabilidad funcional incurrida por la comisión de los ilícitos en el decurso de la licitación, que es una atribución implícita en los órganos que conocen del recurso en materia de contrataciones. E incluso en algunos ordenamientos es una competencia expresa, como sucede en Paraguay, cuya regulación habilita al órgano del recurso “la remisión de los antecedentes a otros organismos de control y verificación o al Ministerio Público en caso de que de la investigación surja la posibilidad de la existencia de hechos punibles” y “disponer el trámite requerido para la imposición de sanciones correspondientes”. Decreto 7434, por el cual se establecen ciertas reglamentaciones para los procesos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), artículo 20.

⁷⁵⁵ Comisión Europea, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, 5.

⁷⁵⁶ Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 79.

Esta competencia tiene una asociación natural con los modelos de organización en que el recurso carece de efectos suspensivos, en aquellos que adolecen de recurso administrativo específico y mantienen únicamente recursos ordinarios con posterior control judicial sobre la actuación administrativa vía contencioso-administrativo. Precisamente en estos casos se bifurca el camino de la contratación cuestionada (que probablemente continuará su secuencia) y la sustanciación del reclamo del o los postores que alegan ser perjudicados por la actuación ilegal de la autoridad. Por ello, es que la solución que el sistema les ofrece es fundamentalmente indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado por la autoridad. Por eso, coincidimos en señalar que esta competencia a pesar de su bondad aparente en favor del postor “se corresponde con un nivel de justicia secundaria, compensatoria y, por tanto, deficiente, ya que lo correcto es que el licitador obtenga –justicia primaria– conforme a su interés real, es decir, la anulación de la adjudicación a fin de obtener la adjudicación del contrato. Es, pues, un remedio sustitutorio de segundo grado”.⁷⁵⁷

Como se puede apreciar en este poder convergen, además, del Derecho de la contratación estatal, las reglas sobre responsabilidad precontractual de la Administración convocante.

4.1. La competencia resarcitoria en el derecho internacional de las contrataciones

El Derecho internacional de las contrataciones se ha preocupado de plantear también los elementos indispensables para una tutela resarcitoria, como son: cuándo procede, cuáles son sus requisitos mínimos, las opciones para que cada país pueda diseñar los mecanismos de cuantificación del resarcimiento, entre otros.

En principio, el Acuerdo revisado sobre contratación pública de la OMC⁷⁵⁸ dispone que cada parte adoptará o mantendrá procedimientos, sin ingresar a realizar una lista

⁷⁵⁷ González-Varas Ibañez, *El contrato administrativo*, 146.

⁷⁵⁸ “Artículo XVIII. Procedimientos internos de revisión
Cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos que prevean:

exhaustiva de competencias que ante la detección de un incumplimiento a la normativa permita “[...] una compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los costos de la preparación de la oferta o a los costos relacionados con la impugnación, o a ambos”. De este modo, el resarcimiento puede ser concebido como única pretensión posible o juntamente con las medidas correctivas como la nulidad del acto ilegal.

Como bien dice la Guía:⁷⁵⁹

Las medidas correctivas deberían considerarse la principal y mejor solución. [...] Rectificar a tiempo puede, sin duda, evitar tener que indemnizar al autor del recurso. No obstante, en algunos casos la indemnización puede formar parte de la reparación, por ejemplo, si el contrato ya ha entrado en vigor y no se considera conveniente revocarlo. Por lo tanto, el hecho de no prever indemnizaciones (más allá de las costas que entrañe el recurso) tal vez prive de un medio de reparación adecuado para todas las situaciones, razón por la cual la cuestión de otorgar indemnización debería tenerse en cuenta en el contexto del objetivo más amplio de contar con un mecanismo de recursos que sea efectivo.

En esta línea, el poder indemnizatorio se erige como la opción complementaria o subsidiaria a la competencia anulatoria o de ineficacia de la actuación que es la principal. La eficacia u oportunidad de la decisión no son los únicos criterios de preferencia en favor de la competencia primaria, sino un aspecto básico de justicia elemental. Cuando únicamente opera la pretensión indemnizatoria se está incorporado a la sociedad el costo presupuestal que ha sido ocasionado por una mala acción de un funcionario de la

a. Medidas provisionales rápidas para preservar la posibilidad del proveedor de participar en la contratación. Esas medidas provisionales podrán tener por efecto la suspensión del proceso de contratación. Los procedimientos podrán prever la posibilidad de que se tengan en cuenta las consecuencias desfavorables predominantes para los intereses afectados, incluido el interés público, al decidir si deberán aplicarse esas medidas. Se consignará por escrito la justa causa para no adoptar esas medidas; y

b. Cuando el órgano de revisión haya determinado la existencia de una infracción o falta de cumplimiento mencionada en el párrafo 1, medidas correctivas o una compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los costos de la preparación de la oferta o a los costos relacionados con la impugnación, o a ambos”.

759

CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI*, 358.

entidad contratante.⁷⁶⁰ De modo que la sociedad además de asumir un mal contrato con quien no le correspondía su adjudicación (las más de las veces con un mayor costo o con menor puntaje técnico en la propuesta), la misma sociedad debe indemnizar, además, al perjudicado.

Concordantemente, la Ley Modelo (artículo 67) considera como otra competencia propia de estos órganos independientes la de “Exigir el pago de una indemnización por todo gasto razonable que realice el proveedor o contratista, que presente un recurso contra un acto o decisión de la entidad adjudicadora o contra un procedimiento por ella seguido en el curso de la contratación que no se ajusten a lo dispuesto en la presente Ley, así como por todo daño o pérdida que se ocasione a ese proveedor o contratista”. La cláusula agrega como una opción facultativa que cada Estado considere la posibilidad de limitar este posible resarcimiento a “[...] una indemnización que no excederá de los gastos de preparación de su oferta, o de las costas del recurso interpuesto, según sea el caso, o de la suma de esos gastos y esas costas”.

En cuanto al alcance de la reparación, la mencionada Guía explica que contiene dos opciones de indemnización, a las que denominamos la “opción limitada”, que apunta al interés negativo por naturaleza retrospectiva y la “opción integral” que mira lo futuro, las mismas que deben valorarse en función a criterios de ponderación que cada Estado deberá apreciar en su momento. En la primera opción, los Estados tienen la posibilidad de restringir la indemnización a los gastos de preparación de su oferta, o de las costas del recurso interpuesto, y en la otra opción, la reparación será integral, pudiendo comprender el lucro cesante del contrato que no ha podido ejecutar por acción ilegal de la autoridad.

⁷⁶⁰ Esta afectación se podría transferir si los Estados fueran diligentes en ejercitar la acción de regreso sobre sus propios funcionarios o servidores para resarcirse de los perjuicios que les generan al tener que asumir los costos de los daños producidos a los postores. Véase al respecto Gabriel Domenech Pascual, “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2 (2008). http://www.indret.com/pdf/545_es.pdf

También recomienda la Ley Modelo que la cuantificación de la indemnización en el escenario de la contratación pública pueda ser objeto de alguna regulación especial, sin perjuicio que sea ya tratada en la legislación común dado que puede ocasionar distorsiones no deseadas al sistema de control de las contrataciones, ya que puede funcionar como incentivo para la presentación de recursos temerarios. Así, menciona expresamente que “la posibilidad de percibir una indemnización puede agravar el riesgo de que se presenten recursos meramente especulativos que entorpezcan el proceso de adjudicación. También puede agravar el riesgo de que se cometan arbitrariedades, si la facultad de otorgar indemnización es ejercida por una entidad pequeña o está en manos de unas pocas personas. Por consiguiente, el Estado promulgante tal vez desee vigilar cuidadosamente la gestión del mecanismo de indemnización en los procedimientos de recurso, en particular en el caso de que exista un régimen cuasi judicial en ciernes”.

En este marco, la Directiva Comunitaria 89/665 configura los elementos de la competencia resarcitoria (artículo 2, Nº 1, c):⁷⁶¹

- La tutela resarcitoria es aplicable igualmente si la instancia a cargo del control de la adjudicación decide anular la decisión ilegal o si decide mantener el contrato eficaz por razones de interés público.⁷⁶²

⁷⁶¹ “Artículo 2

1. Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

[...]

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción”.

⁷⁶² Artículo 2

“6. Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional. Además, excepto en caso de que la decisión deba anularse antes de conceder los daños y perjuicios, **los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción**”.

- Cada Estado miembro puede establecer según su derecho interno, como una condición de procedibilidad, que la decisión cuestionada deba anularse o declararse ilegal en primer lugar, para luego reclamar indemnización.⁷⁶³
- Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización únicamente se le exigirá probar dos elementos: i) que ha habido violación del Derecho comunitario o de las normas nacionales de transposición (sin exigirle acreditar culpa); y, ii) que hubiera tenido una “posibilidad real” de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación. (pérdida de chance).⁷⁶⁴ En consecuencia, no caben exigir otros elementos como, por ejemplo, probar que la infracción de la entidad fue realizada con una acción dolosa o culposa, es decir, no es necesario acreditar un título de imputación específico. Ello, se afirma, atentaría contra la eficacia del recurso o impediría la indemnización pronta al afectado.⁷⁶⁵

Como lo ha resaltado la doctrina⁷⁶⁶ esta directiva para el surgimiento del deber de resarcir no exige al postor justificar o acreditar la vulneración a su derecho al contrato,⁷⁶⁷ sino únicamente una “posibilidad real”. De este modo incurre en una flexibilización de

⁷⁶³ Artículo 2

“5. Los Estados miembros podrán establecer que, cuando se reclamare una indemnización por daños y perjuicios alegando que la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada debe ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto”.

⁷⁶⁴ Artículo 2

“7. Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación”.

⁷⁶⁵ Asunto C-314/09, Stadt Graz Strabag AG y otros.

⁷⁶⁶ Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 258

⁷⁶⁷ Incluso en el undécimo considerando de la Directiva se expone que “Cuando una persona presente una demanda por daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato”.

los requisitos ligados al deber de resarcimiento.⁷⁶⁸ Esto es, no se requiere el estándar de acreditar contar con la mejor oferta técnica y económica del proceso de selección o indubitablemente haber sido el adjudicatario del contrato. Así, no hay que demostrar que de no mediar la acción indebida de la entidad se habría obtenido el contrato, sino que se tenía únicamente una posibilidad real de obtenerlo. Basta para ello demostrar al participante en un concurso “que su oferta reunía las condiciones para no ser excluida, aunque no fuera la mejor, tiene derecho, en virtud del Derecho comunitario, al reembolso de gastos ocasionados por el concurso cuando exista una vulneración de las directivas europeas o de las normas nacionales que la transponen”⁷⁶⁹ o, dicho de otro modo, “la posibilidad de indemnización por los gastos ocasionados la tienen todos cuantos presenten ofertas razonables y ajustadas a los requisitos objetivos”.⁷⁷⁰

En ese sentido, “[...] la mera participación en la licitación no se traducirá automáticamente en la existencia de una posibilidad real. Habrá una posibilidad, sin más. Su calificación de real va anudada a la superación de los criterios mínimos expresados en los documentos contractuales y a la proposición de una oferta digna de valoración. Esto significa que varios licitadores podrán llegar a ser resarcidos en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación por los daños derivados de una infracción procedimental, siempre que todos ellos tuvieran posibilidades reales de obtener el contrato”.⁷⁷¹ Con esta regulación, la directiva acoge directamente la teoría de la pérdida de oportunidad.

⁷⁶⁸ Díez Sastre, “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, 85.

⁷⁶⁹ Baño León, “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, 356.

⁷⁷⁰ José Piñar Mañas, “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública”. En Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, coord. *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, t. 1 (Madrid: Civitas, 1993), 784.

⁷⁷¹ Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 259.

4.2. Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado por su accionar ilegal en los procesos de selección

Como sabemos, los elementos necesarios para la configuración de una responsabilidad económica, particularmente en el marco de una licitación, son: i) la acción o hecho dañoso; ii) los daños producidos; y iii) la relación de causalidad entre la acción y el daño (que como hemos visto aquí se encuentra debilitada porque se exige solo posibilidad real de haber sido adjudicatario y no llegar a tener un derecho a ser contratista). Recordemos que el estándar internacional prescinde en estos casos que se identifique un factor de imputación, como es el dolo o la culpa, a cargo de la autoridad.

4.2.1. La acción o hecho dañoso

Durante un proceso de selección, la Administración convocante puede producir diversos actos que provoquen daños y perjuicios a los postores. En la medida que el avance del proceso sea tal que el contrato haya sido adjudicado o ejecutado o, incluso, sin serlo, no sea conveniente al interés general la reversión de lo actuado, estos actos consuman efectos dañosos concretos al postor.

A modo de ejemplo, los más usuales actos perjudiciales que puede emitir una entidad son:

- a) Una asignación de puntaje menor al debido, o viceversa, una asignación de puntaje mayor al debido a su competidor.
- b) Una aplicación de criterios no establecidos en las bases para desmerecer su propuesta o sobrevalorar otras.
- c) Una descalificación de la propuesta sin fundamento legal, es decir, en el que tenía el derecho a permanecer.
- d) Una adjudicación del contrato a quien legalmente no debía adjudicarse, por ejemplo, por deber haber sido descalificada dicha propuesta.

- e) Una declaración de desierto del proceso sin base legal o, de modo similar, la cancelación del proceso alejada de las causales válidas para ello.
- f) Una anulación de la adjudicación ya realizada correctamente, aduciendo argumentos falaces.
- g) Negarse a suscribir o a perfeccionar un contrato adjudicado.
- h) La resolución o la nulidad del contrato ya adjudicado.

Es importante notar que la relación de eventos antes mencionados los hemos consignados conforme el avance del proceso, por cuando en cada caso se han afectado de modo distinto los derechos que el postor posee en esa secuencia. Así, se priva al postor de derecho a participar en un proceso de selección recibiendo un trato igualitario y a que su propuesta sea valorada conforme a las condiciones del proceso en el literales a, b, c y d, y la privación de un derecho más concreto, el de ser adjudicatario por ser la mejor propuesta en los literales e, f, g y h.

4.2.2. Los daños producidos: los costos de participación y la pérdida de oportunidad

Los daños producidos por estos eventos cuando tienen efectos definitivos pueden ser de dos tipos. Primero, los propios de la participación en el proceso de selección y formulación de una propuesta competitiva, tales como: el costo de la inscripción en el proceso, la preparación de la propuesta, el desarrollo de los modelos o muestras que el proceso pudiera haber exigido, la de las garantías que se le solicitaron, el financiamiento que se le pide acreditar, las propias del mantenimiento de equipo humano, maquinaria y de proveedores cuando se hubiera exigido ofrecerlos con la propuesta y en tanto dure el proceso de selección, así como los costos de deshacer estos compromisos por la frustración del proyecto, etc. A ellos, debe sumarse, cuando haya existido un proceso de impugnación, los propios de haber tenido que asumir para defender sus derechos en sede administrativa o judicial (p. ej., tasas, pruebas, asesoría legal). Lo que busca esta faz del resarcimiento es que el postor recupere todos los gastos materializados con la intención de participar en la licitación, que en razón que fue viciado por la autoridad no

alcanzó a concretarse. Se busca de esta forma, la recomposición del capital invertido en la transacción frustrada, al estado anterior de la participación.⁷⁷²

Ambos daños son los que se refiere, por ejemplo, la Ley Modelo (artículo 67) cuando menciona el derecho a: “Exigir el pago de una indemnización por todo gasto razonable que realice el proveedor o contratista, que presente un recurso contra un acto o decisión de la entidad adjudicadora o contra un procedimiento por ella seguido en el curso de la contratación que no se ajusten a lo dispuesto en la presente Ley [...]”.

Y, además agrega la Ley Modelo, como una opción normativa, que cada Estado considere la posibilidad de limitar este posible resarcimiento a “[...] una indemnización que no excederá de los gastos de preparación de su oferta, o de las costas del recurso interpuesto, según sea el caso, o de la suma de esos gastos y esas costas”.

Pero estos perjuicios no son los únicos, dado que existen otros daños posibles de determinar que precisamente son los que conforman la “pérdida de chance o de oportunidad”, sobre el cual retornaremos más adelante.

4.2.3. La relación de causalidad entre la acción y el daño: debilitada porque se exige solo posibilidad real de haber sido adjudicatario

Ordinariamente en la responsabilidad patrimonial –incluso la del Estado– se exige como uno de los elementos propios una relación causal entre la acción u omisión y el daño ocasionado. Así, por este elemento se establece quien por acción u omisión causa daño a otro, mediando dolo o negligencia, está obligado a reparar el daño causado, de modo que por ese nexo de causalidad se exige que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la conducta del agresor. Sea que se siga la teoría de la causa adecuada (por la cual se asume como causa del perjuicio) el antecedente que es probable, posible o razonable que lo ocasionase; la teoría de la causa próxima (esto es,

⁷⁷² Edgar Guimaraes, *Responsabilidade da administração pública pelo desfazimento da licitação* (Belo Horizonte: Forum, 2017), 163 y ss.

que el hecho más próximo al daño debe ser su causa) o, finalmente, la teoría de la causa eficiente (considera que el hecho más eficiente es el decisivo), se necesita este nexo causal directo y concreto.

Precisamente, en la pérdida de chance, como veremos a continuación, esta exigencia se ve flexibilizada o atenuada porque estamos ante la imposibilidad de probar el nexo de causalidad entre el perjuicio y la conducta antijurídica, porque por definición el resultado era aleatorio;⁷⁷³ en tal sentido, la pérdida de chance implica una facilitación probatoria. A decir de calificada doctrina “sirve para imputar responsabilidad por daños en ciertos casos de incertidumbre probatoria; esto es, cuando no resulta plenamente probado que la incorrecta acción u omisión de referencia causara el daño, pero no solo no está descartado que no lo hiciera, sino que hay probabilidades de que así fuera”.⁷⁷⁴

4.3. La pérdida de chance como daño al postor afectado

La pérdida de chance, de ocasión favorable o de oportunidad (*loss of chance* o *loss of opportunities*) es una figura jurídica de construcción jurisprudencial en Europa y de amplia recepción doctrinaria apta para resarcir casos en cuales el daño (fundamentalmente patrimonial, aunque se admiten también extrapatrimoniales) producido es la desaparición o frustración de obtener una ventaja, oportunidad o beneficio real, serio, factible y valuable económicamente. Son ejemplos clásicos de pérdida de oportunidad abordados por la jurisprudencia la frustración de la posibilidad de un caballo de participar en una carrera para la cual tenía aptitud, la privación de la posibilidad de ganar un premio o concurso de plaza por acción indebida, la pérdida de oportunidad de supervivencia por una mala praxis médica, la pérdida de obtener una sentencia favorable por una omisión del abogado a los deberes de argumentar a favor

⁷⁷³ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 8ª ed. (Lima: Instituto Pacífico, 2016), 318.

⁷⁷⁴ Edorta Cobreros Mendazona, “La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado”. En Manuel Estepa Montero, coord. y José Eugenio Soriano García, dir., *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 2 (Madrid: Lustel, 2014), 1670.

del cliente, entre otras.⁷⁷⁵⁻⁷⁷⁶ Por ese origen casuístico, precisamente, es que no obstante su prácticamente mayoritaria aceptación “se nos presenta un tanto imprecisa y con algunas dificultades de comprensión (e incluso con algunas resistencias para su aplicación, también)”.⁷⁷⁷

Particularmente, en materia de contratación pública es de suyo relevante que uno de los pocos y primeros instrumentos jurídicos positivos que reconozca la pérdida de chance como un concepto indemnizable a los postores afectados haya sido la Directiva 92/13/CEE.⁷⁷⁸⁻⁷⁷⁹ En efecto, esta norma indica con claridad al respecto que: “7. Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este derecho, y que **hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato**, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación”.⁷⁸⁰

De este modo, la pérdida de chance es considerada como un supuesto de daño indemnizable a los postores partícipes en las licitaciones ejecutadas ilegalmente, bajo

⁷⁷⁵ Un estudio imperdible de revisar sobre esta figura es Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado* (Navarra: Thomson Reuters Civitas, 2007).

⁷⁷⁶ La figura nació en el derecho privado de daños y fue incorporada posteriormente en el derecho público. El dato más antiguo se remonta al Consejo de Estado francés (caso Bacon de 3 de agosto de 1928) en el que se condenó al Estado a indemnizar a un funcionario por la pérdida de oportunidad de ascenso en la carrera pública.

⁷⁷⁷ Cobreros Mendazona, “La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado”, 1669.

⁷⁷⁸ Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

⁷⁷⁹ Esta constatación la realiza Cobreros Mendazona, “La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado”, 1676.

⁷⁸⁰ Si hubiera alguna duda de su alcance, en la parte considerativa de esta sentencia se deja patente la voluntad del acuerdo, señalando:

“Considerando que, cuando una persona presente una demanda de daños y perjuicios por los gastos realizados con ocasión de la preparación de una oferta o de la participación en un procedimiento de formalización de un contrato, no se le exigirá, para obtener el reembolso de dichos gastos, que pruebe que en ausencia de esta violación se le habría adjudicado el contrato”.

determinados supuestos. En este punto es necesario tener en cuenta que “[...] la mera participación en la licitación no se traducirá automáticamente en la existencia de una posibilidad real. Habrá una posibilidad, sin más. Su calificación de real va anudada a la superación de los criterios mínimos expresados en los documentos contractuales y a la proposición de una oferta digna de valoración. Esto significa que varios licitadores podrán llegar a ser resarcidos en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación por los daños derivados de una infracción procedimental, siempre que todos ellos tuvieran posibilidades reales de obtener el contrato”.⁷⁸¹ Con esta regulación, la directiva acoge directamente la teoría de la pérdida de oportunidad.

4.3.1. Aspectos generales de la doctrina de la pérdida de oportunidad o de chance

No cabe duda de que existe discusión doctrinaria sobre la naturaleza, alcances y fundamentos del daño por pérdida de chance.⁷⁸² Aun se discute si es un supuesto de daño subsidiario, lucro cesante o de daño emergente.⁷⁸³ También hay falta de unanimidad para determinar el modo en que debe realizarse la liquidación o cuantificación del perjuicio irrogado por la pérdida de la chance.⁷⁸⁴

⁷⁸¹ Díez Sastre, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 259.

⁷⁸² Una buena síntesis de las tendencias involucradas en esta figura la podemos encontrar Samuel Yong y Camilo Rodríguez Yong, “Pérdida de oportunidad”, *Via Inveniendi et Iudicandi*, n. 2, vol. 6 (2011). Aquí los autores clasifican las posiciones existentes en la doctrina en: i) teoría negativa sobre la pérdida de oportunidad; y, ii) teorías positivas sobre la pérdida de chance, que comprende 4 tesis: teoría ontológica o autonomista, teoría ontológica del perjuicio personal, teoría de la causalidad probabilística y teoría de la pérdida de oportunidad que excluye los casos de responsabilidad médica.

⁷⁸³ Al respecto puede revisarse en el derecho de responsabilidad peruano los trabajos de Fernando de Trazegnies Granda, “Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad”. En AA. VV., *Libro Homenaje a Jorge Avendaño* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004), 855 y ss., Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, *Revista Jurídica del Perú*, n. 39, a. 52 (octubre 2002), 51-66; y, Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 316 y ss.

⁷⁸⁴ Se suelen admitir fórmulas matemáticas y probabilísticas, pero como criterio general se suele mencionar que debe ser cuantificada en función de la oportunidad frustrada, pero no puede ser igual al valor de la ventaja económica integral que la chance perdida le hubiera brindado. Al respecto puede leerse con provecho Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014).

Sin embargo, existe consenso en señalar que estamos ante

*[...] una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos, de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquel; o sea, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.*⁷⁸⁵

De este modo, esta conducta antijurídica le ha frustrado de manera definitiva al afectado de una oportunidad que puede ser positiva (obtener una ventaja jurídica o económica) o negativa (evitar la ocurrencia de un daño).

Entonces, no estamos frente a un daño o perjuicio hipotético. Es un daño actual en el patrimonio del afectado y no futuro. Lo que se indemniza es la pérdida definitiva de la chance misma o, lo que es lo mismo, el perjuicio actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible; pero tampoco se indemniza la ganancia que era objeto de esa probabilidad.

Finalmente, no podemos dejar de reconocer que la admisión del daño por pérdida de chance, por su propia naturaleza y efectos, es resistida en particular en materia de responsabilidad pública por cuanto puede ser instrumentalizada para fines ilegítimos como son: incentivar su planteamiento oportunista y especulativo en búsqueda de indemnizaciones, disimular la ausencia de pruebas en reclamos de daños directos o lucro cesante, entre otros.⁷⁸⁶ Esta preocupación es asumida por la Ley Modelo al mencionar expresamente que “la posibilidad de percibir una indemnización puede agravar el riesgo de que se presenten recursos meramente especulativos que entorpezcan el proceso de adjudicación. También puede agravar el riesgo de que se

⁷⁸⁵ Félix Trigo Represas, *Pérdida de chance. Presupuestos, determinación y cuantificación* (Buenos Aires: Astrea, 2008), 55.

⁷⁸⁶ Federico Torrealva Navas, “La pérdida de oportunidad o chance”, *Revista Judicial*, n. 98 (2010).

cometan arbitrariedades, si la facultad de otorgar indemnización es ejercida por una entidad pequeña o está en manos de unas pocas personas. Por consiguiente, el Estado [...] tal vez desee vigilar cuidadosamente la gestión del mecanismo de indemnización en los procedimientos de recurso, en particular en el caso de que exista un régimen cuasi judicial en ciernes”.

4.3.2. La pérdida de oportunidad del postor en materia de contratación pública

Como lo ha establecido la doctrina, “la chance digna de tutela no es la esperanza de vencer el concurso [...], que son meras expectativas, sino es la ocasión o la posibilidad de vencerlos, ofrecidas por la participación en el concurso [...]. Se yerra entonces, cuando se califica como pérdida de chance el daño futuro, consistente en la frustrada victoria del concurso o en el proceso; y cuando se hace depender la misma subsistencia del daño resarcible por el grado de probabilidad de suceso”.⁷⁸⁷

En nuestra opinión, la aplicación del daño por pérdida de chance en el caso de los postores implica la concurrencia de los siguientes cinco elementos.

Un primer **aspecto verificable**: la preexistencia de una situación potencialmente apta para conseguir el resultado esperado (beneficio o evitar una pérdida) o preexistencia de una oportunidad objetiva según el curso ordinario de los acontecimientos (p. ej., haber presentado una propuesta admitida al concurso, y mejor aún si hubiera competencia, ofreciendo la de mejor puntaje). Hasta aquí el postor posee probabilidades positivas y negativas de obtener o no el contrato, pero la acción de la autoridad le va a impedir tener la oportunidad de seguir participando en la competencia.⁷⁸⁸

⁷⁸⁷ Espinoza Espinoza, *Derecho de la responsabilidad civil*, 317, citando a Francesco Galgano.

⁷⁸⁸ A esto es a lo que se refiere la Directiva 92/13/CEE cuando afirma:

“7. Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, **y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación**”.

Un segundo aspecto verificable: la acción ilícita de los funcionarios de la entidad que ocasiona la interrupción del curso ordinario de acontecimientos (p. ej., descalificación arbitraria de la propuesta) que impidió al postor conservar su oportunidad de ser adjudicatario, además, posee una relación de causalidad directa con la imposibilidad definitiva de obtener la chance.

Un tercer aspecto, ahora incierto, la aleatoriedad del resultado lícito esperado. Existe incertidumbre sobre si el resultado se dará o no (p. ej., no se sabe si el proceso llegará a término)

Un cuarto aspecto verificable: el resultado cierto de producir la imposibilidad definitiva de obtener la ventaja que se esperaba o la reducción significativa de la oportunidad preexistente. Esto es, la frustración de la chance que se tenía (p. ej., el postor descalificado arbitrariamente no puede acceder al contrato por haberse concluido el proceso de adjudicación).

Un quinto elemento incierto: la imposibilidad de saber si el contrato permitía al contratista obtener la ganancia esperada o quizás hubiere determinado pérdidas para él o, incluso, utilidades mayores (p. ej., inviabilidad de saber cuál hubiese sido la utilidad esperada del contrato, incluso podría haber sido un proyecto deficitario por mayores costos en obra, costos de insumos, etc.).

4.4. Aplicaciones de la pérdida de chance en protección de los postores en el Derecho comparado de las contrataciones

En el Derecho de la contratación administrativa iberoamericano encontramos dos ejemplos paradigmáticos de tutela resarcitoria de los postores, en los que se ha reconocido la pérdida de chance como un daño resarcible por actos indebidos de las entidades en la formación del contrato.

4.4.1. La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones español

La pérdida de oportunidad como modo de indemnización al postor afectado la podemos explorar en dos vías por el derecho español. Por un lado, cuando el actor impugna en vía administrativa mediante el recurso especial en materia de contrataciones y, otro cuando el actor acude a la vía contenciosa y al momento de resolver ya no es posible retrotraer el contrato, quedando únicamente la vía indemnizatoria.

La primera fórmula legal la encontraremos expresamente en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en los siguientes términos:

Artículo 58.- Indemnizaciones y multas

1. El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Conforme a esta disposición, para la procedencia de esta sentencia de condena deberían concurrir los siguientes elementos: i) solicitud del interesado; ii) existencia de infracción legal que haga lugar al recurso especial, con lo cual el diseño hace necesario demandar conjuntamente la nulidad del acto con la pretensión indemnizatoria; y, iii) daño ocasionado al recurrente. La regulación permite una opción limitada de la indemnización, en la medida que a pesar de que la ley indica que “cuando menos” comprenderá los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento (incluyendo los propios del recurso especial y las pruebas que

hubiesen sido necesarias), en vía reglamentaria⁷⁸⁹ se tiene establecido que “En todo caso deberá tratarse de daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente”.⁷⁹⁰

Pese a la existencia de la competencia indemnizatoria del órgano que conoce del recurso ha sido escamante solicitada por los afectados, según se aprecia de las Memorias de los Tribunales.⁷⁹¹ Ello probablemente se deba a que, a diferencia de los casos de los procesos contenciosos administrativos, en los recursos especiales –debido a la oportuna suspensión del procedimiento de contratación y la inmediatez con que actúa el Tribunal– cuando el recurso resulte estimado hay menos posibilidades que el postor se encuentre perjudicado de modo definitivo. Así, por ejemplo, el Tribunal Central ha declarado ante un pedido expreso de indemnización en el que acoge el recurso de invalidez –anula el acto y retrotrae el proceso–, pero rechaza la indemnización, indicando que “Entiende este Tribunal que, en todo caso, cabría plantearse la procedencia de una indemnización si se llegase a la conclusión de que la empresa en cuestión debió resultar adjudicataria y, finalmente, no se le adjudicase el contrato por una actuación irregular del órgano de contratación. No encontrándonos ante esta situación en relación con el recurso que nos ocupa, respecto de cuyos planteamientos lo único que cabe concluir en este momento es que la información suministrada a la recurrente ha sido deficiente y debe ser notificada correctamente.”⁷⁹²

⁷⁸⁹ Artículo 33 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

⁷⁹⁰ Durante el proceso de preparación de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley Nº 9/2017 del 8 de noviembre, se propuso infructuosamente agregar el lucro cesante como concepto indemnizable conforme lo que recogía la jurisprudencia judicial cuando los postores acudían al contencioso-administrativo. Véase Juan Mestre Delgado y Luis Manent Alonso, *La Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 08 de noviembre. Aspectos novedosos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 290.

⁷⁹¹ Martín Razquin, “Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, 216.

⁷⁹² Exp. TACRC - 002/2012, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En todo caso, son válidas las dudas que plantea la doctrina española⁷⁹³ sobre la escasa utilidad y aplicabilidad real de esta competencia en sede del Tribunal Administrativo, ya que si este declara fundado el recurso –normalmente– podrá retrotraerse el procedimiento, esto es, no se consumará el perjuicio. Por ello, su real potencialidad estará cuando el recurso especial sea desestimado por el Tribunal y se consume la exclusión del postor por la ejecución del contrato, esto es, solo y solo si en sede jurisdiccional el pretensor obtenga la constatación de la ilegalidad de la exclusión. Pero aquí la pretensión indemnizatoria será útil en sede jurisdiccional.

De otro lado, cuando el afectado acude a la vía contenciosa y no es posible retrotraer un contrato ya ejecutado corresponde la indemnización sustitutoria al postor afectado, para obtener el resarcimiento. En estos casos se calcula en función del lucro cesante derivado de la falta de adjudicación y ese lucro cesante se concreta en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es el 6 % del presupuesto de ejecución material, además de poder indemnizar otros daños debidamente probados, como personal contratado, proveedores comprometidos en la postulación, inversión en equipos para la propuesta, entre otros, aunque escasamente la pérdida de la oportunidad del negocio.⁷⁹⁴ Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso de Fecha: 29/11/2013, se expresó:

Ahora bien, comoquiera que el contrato objeto de este Recurso fue adjudicado a Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A. y al día de hoy está ejecutado en buena parte, ya no es materialmente posible que Novasoft Ingeniería, S.L. ejecute el contrato, por lo cual lo único que cabe es indemnizar a esta última por los

⁷⁹³ Santamaría Pastor, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, 196 y s. Ahí afirma el mencionado profesor: “Naturalmente, no pretendo negar la competencia de los TRC para dictar resoluciones de contenido indemnizatorio. Me limito a suponer que el artículo 47.3 del TRLCSP va a tener una aplicación muy escasa, y que las acciones de responsabilidad solo se plantearán, normalmente, en momentos muy posteriores a la tramitación del REC; esto es, cuando el recurso sea desestimado por el TRC, se materialice efectivamente el daño (por exclusión definitiva del licitador recurrente o por no adjudicación al mismo del contrato) y, ulteriormente, la sentencia de un tribunal contencioso anule las resoluciones del órgano de contratación y del TRC”.

⁷⁹⁴ Silvia Díez Sastre, “La invalidez de los contratos públicos”. En José Gimeno Feliu, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018), 588 y ss.

perjuicios derivados de la no adjudicación. En este sentido, la indemnización de perjuicios en los casos de no haberse adjudicado el contrato a un determinado licitador que tenía derecho a dicha adjudicación, a salvo de que ese licitador acredite cumplidamente los daños reales causados, se estima que consiste en el lucro cesante derivado de la falta de adjudicación y ese lucro cesante se concreta en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es el 6 % del presupuesto de ejecución material, y así lo recoge en la actualidad el artículo 131.1.b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en Sentencias de su Sección 4ª de 2 de julio del año 2004 (Recurso número 3885/2000), de 15 de noviembre del año 2004 (Recurso número 6812/2001), de 19 de julio del año 2005 (Recurso número 6852/2001) y de 24 de enero del año 2006 (Recurso número 4600/2001) y de su Sección 7ª de 15 de noviembre del año 2011 (Recurso número 2800/2009). Así las cosas se considera que la indemnización de perjuicios a favor de la recurrente debe cifrarse en el beneficio industrial, que será el 6 % del importe por el que se propuso la adjudicación del contrato a Novasoft Ingeniería, S.L., sin incluir en dicho importe el IVA toda vez que este tributo el adjudicatario lo tiene que ingresar en la Hacienda Pública, esto es siendo 1.354.500 el importe referido, el 6 % de la cantidad anterior asciende a 81.270, que es la indemnización que la Administración demandada debe abonar a aquella.⁷⁹⁵

4.4.2. La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones chileno

En primer lugar, recordemos que, como habíamos expuesto con anterioridad, en Chile el control de la regularidad de la formación del contrato se ha concentrado en el Tribunal de Contratación Pública que conoce⁷⁹⁶ de la acción de impugnación contra los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación llevados a cabo por los organismos públicos. Para ello cuenta con la competencia, al resolver en la sentencia definitiva, de pronunciarse sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenar las medidas necesarias. Como también hemos manifestado, esta facultad ha sido empleada de forma restrictiva por el

⁷⁹⁵ Similar criterio se puede apreciar en las Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de noviembre de 2004 y del 1 de octubre de 2007, entre otras.

⁷⁹⁶ Artículos 24 y 26 de la Ley 19886 sobre Bases de los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios.

Tribunal,⁷⁹⁷ lo cual ha determinado que muchas veces las resoluciones que dictan sean ineficientes e inútiles, porque las entidades prosiguen con el proceso, consuman su adjudicación y satisfacen sus necesidades con anterioridad⁷⁹⁸ y únicamente –en estos casos– la sentencia de manera extemporánea reconoce dicha situación, declarando la ilegalidad⁷⁹⁹ y, además, que el demandante cuyo derecho se ha visto afectado por la pérdida del contrato posee el derecho a entablar en la sede judicial la demanda indemnizatoria que estime pertinente. Es decir, el Tribunal no invalida el contrato suscrito ni ordena una indemnización directamente al afectado, sino declara un estado de cosas antijurídico.

Ahora bien, este tipo de resoluciones ha permitido en los últimos años ir construyendo una línea jurisprudencial en sede civil en favor la tutela resarcitoria de los postores afectados por dichas medidas ilegales privativas de sus derechos.⁸⁰⁰ En efecto, partiendo de una inicial posición de rechazo a las pretensiones de responsabilidad patrimonial del Estado⁸⁰¹ por motivos más bien formales o por defectos de probanza de la demanda, se ha transitado a resoluciones de la Corte Suprema que acogen el derecho indemnizatorio de los postores afectados fundadas en las concepciones del funcionamiento indebido por parte de la administración (de servicio) y a la pérdida de chance. En efecto, en un principio la Corte había buscado mediante esta posición “frenar las pretensiones de los demandantes, alentadas por el Tribunal de Contratación Pública”,⁸⁰² que declaró irregulares las actuaciones de las entidades en la formación del contrato.

⁷⁹⁷ Conforme a la información disponible entre 2010-2012 de 552 causas, únicamente se dictó la suspensión en 26 procesos (Camacho Cepeda, “El Tribunal de Contratación Pública en Chile”, 172.)

⁷⁹⁸ Véase al respecto Lara Arroyo *et al*, “Aspectos críticos de la solución de controversias”, 432 y 433.

⁷⁹⁹ Véase al respecto Concha, “Crítica a la falta de declaración de nulidad”.

⁸⁰⁰ En los siguientes aspectos seguiremos el análisis jurisprudencial realizado por el profesor Mauricio Cisternas Morales, “La responsabilidad extracontractual del Estado en materia de licitaciones públicas adjudicadas ilegalmente”, *Sentencias destacadas* (Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo, 2017), 45-66. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/01/cap-2-cisternas.pdf>

⁸⁰¹ Posición que se plasma en los Recursos de Casación Asesorías y servicios de seguridad empresarial Ltda. c/ el Fisco (2014), Sociedad Mansilla y Asencio con Municipalidad de Punta Arenas, Sociedad Comercial e Inversiones Prammar Limitada con Municipalidad de Temuco (9 de septiembre de 2014) y EdR Empresa Constructora S/ Municipalidad Lampa (2014).

⁸⁰² José Valdivia Olivares, “Actos administrativos ilegales y responsabilidad del Estado”. En Juan Ferrada Bórquez, Jorge Bermúdez Soto y Oswaldo Urrutia Silva, eds. *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (Santiago de Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016), 482.

En esos casos, la Corte Suprema entre otros argumentos para rechazar las demandas afirmaba que la ilegalidad cometida en un procedimiento de selección reconocida por sentencia del Tribunal de Contratación Pública “es insuficiente por sí sola para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por los daños que reclama, en especial, porque el oferente tiene una mera expectativa (y no un derecho adquirido) de adjudicarse el contrato, posibilidad que para concretarse depende, entre otros factores, de que la Administración califique su oferta como la conveniente al interés público” y, porque no se pudo acreditar en el proceso que “la adjudicación hubiera debido corresponder al demandante”, es decir, una relación de causalidad adecuada entre el acto indebido y el lucro cesante que sería la utilidad que espera del contrato.

Esta posición inicial de la Corte Suprema de Chile ha cambiado de manera importante con posterioridad. Así, por ejemplo, en otro caso⁸⁰³ se determinó que existió un funcionamiento indebido de parte de la Administración (falta de servicio) consistente en una mala asignación del puntaje al postor (por debajo de lo que le correspondía y que merecía el mayor puntaje de la competencia), lo cual había significado a la actora “Una pérdida de chance, de una oportunidad legítima de ganancia eventual, respecto del cual es posible hacer una evaluación de los perjuicios fijándola prudencialmente en el equivalente al cinco por ciento del monto de la oferta hecha por su parte para adjudicarse la licitación”. Por ello, aquí la Corte Suprema concluye en que habiéndose realizado una evaluación ilegal que favoreció a un oferente en perjuicio de otro, corresponde la reparación. Lo particular del caso es que la Corte, al momento de determinar el *quantum* indemnizatorio, consideró –con poco sustento– que debería corresponder únicamente a una proporción del beneficio contractual esperado.

Esa misma tendencia se confirma posteriormente en otro caso,⁸⁰⁴ en la que se mantiene la falta de servicio como eje de la responsabilidad estatal, precisando que ello puede ser

⁸⁰³ Caso Recurso de Casación Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes, 2015.

⁸⁰⁴ Caso Recurso Casación Automática y Regulación S.A. con Fisco.

establecido previamente al proceso civil mismo mediante el mérito de la sentencia del Tribunal de Contratación Pública que califica de arbitraria e ilegal la actuación de la entidad. Como peculiaridad en esta sentencia encontramos que no emplea la pérdida de chance como elemento de responsabilidad, sino directamente aplica como tutela resarcitoria un monto proyectado de los ingresos de quien fue finalmente adjudicatario del contrato (lucro cesante o “pérdida real sufrida por el actor al no haber sido él, el adjudicatario en el proyecto”), habiendo establecido que el demandante no era simplemente un postor mal calificado sino algo más: a quien le correspondería efectivamente ser el adjudicatario del contrato.

Así, para esta posición “lo que corresponde es determinar la posición jurídica en que se hubiere encontrado el actor de no mediar la actuación ilegal y arbitraria de la Administración. Si como consecuencia de dicho análisis fluye que este debió haber sido el oferente adjudicado, entonces corresponde que la Administración le indemnice los perjuicios provocados por la falta de servicio, los que estarán constituidos tanto por el daño emergente como por el lucro cesante”.⁸⁰⁵

Finalmente, cabe afirmar respecto de esta línea jurisprudencial, como lo hace la doctrina chilena, que “la declaración de ilegalidad y arbitrariedad de una licitación pública, mediante sentencia ejecutoriada del aludido tribunal (Tribunal de Contratación Pública), no constituye una simple declaración sin efecto alguno, sino que tiene un alcance más amplio, ya que es la prueba idónea que permite acreditar la falta de servicio por parte de la Administración en un posterior juicio de indemnización de perjuicios”.⁸⁰⁶

4.4.3. La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones colombiano

En el Derecho colombiano, el control de los actos precontractuales es competencia directa y exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa —léase Consejo de

⁸⁰⁵ Cisternas Morales, “La responsabilidad extracontractual del Estado en materia de licitaciones públicas adjudicadas ilegalmente”, 64.

⁸⁰⁶ *Ibíd.*, 65.

Estado—, conforme lo establece su Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de 2011.⁸⁰⁷

En efecto, el artículo 141 de dicho ordenamiento establece que “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”, contando para ello con un plazo de caducidad de cuatro (4) meses desde el día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso. Con la mención a los artículos 137 y 138 se alude a que dichos actos pueden ser objeto alternativamente de la pretensión de nulidad únicamente (a proponerse por cualquier persona dado que tiene una legitimación universal) o de nulidad y, a su vez, del restablecimiento del derecho, incluyendo la reparación del daño (a proponerse únicamente por aquella o aquellas persona[s] que se crea[s] lesionada[s] en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica).⁸⁰⁸

Como suele suceder en los modelos de control jurisdiccional, funciona fundamentalmente como una tutela resarcitoria que ha reconocido el derecho a la indemnización por pérdida de oportunidad al postor que presenta la mejor oferta a una licitación y la autoridad se abstiene de adjudicarle el contrato o se lo adjudica a otro postor,⁸⁰⁹ declara desierto de la licitación indebidamente,⁸¹⁰ cuando se descalifica indebidamente a un postor,⁸¹¹ cuando se cancela indebidamente la inscripción en el

⁸⁰⁷ Aprobado por la Ley 1437 de 2011.

⁸⁰⁸ Una revisión de la evolución normativa al respecto puede verse en Mayerly Martínez Prada, Deiby Rincón Rincón y Geraldyn Villamizar Herrera, *Los actos preparatorios de la contratación estatal y su control judicial en Colombia* (trabajo de grado, 2018). <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11907>

⁸⁰⁹ Consejo de Estado, Sentencia 14576/2006 del 1 marzo de 2006.

⁸¹⁰ Consejo de Estado Sentencia 13792/2002 del 27 de noviembre de 2002 y Sentencia 23734/2013 del 3 de mayo de 2013.

⁸¹¹ Consejo de Estado, Sentencia 22760/2012 del 22 de octubre de 2012.

registro de postores,⁸¹² cuando ilegalmente se resuelve o declara caduco un contrato,⁸¹³ entre otras actuaciones de las entidades.

A lo largo de la jurisprudencia, el Consejo de Estado, en esta materia, nos interesa resaltar que ha diferenciado y reconocido cuatro derechos de los postores cuya afectación produce un daño resarcible en la formación del contrato susceptible de ser tuteladas:

- i) La privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente (p. ej., mediante la exclusión indebida de un postor que tenía derecho a permanecer).
- ii) La privación del derecho del postor a que su oferta sea valorada conforme con los criterios establecidos en el pliego de condiciones (p. ej., mediante la asignación de puntaje indebido o la aplicación de criterios no establecidos en las bases para desmerecer la propuesta o sobrevalorar otras propuestas).
- iii) La privación del derecho de ser adjudicatario si cumple con los requisitos habilitantes y es la mejor propuesta⁸¹⁴ (mediante la adjudicación indebida del contrato a quien no reunía la mejor propuesta).

⁸¹² Consejo de Estado Sentencia 14040/2002 de 28 de noviembre de 2002. En este caso, la sentencia consideró “la reparación del perjuicio que consiste en la pérdida de una oportunidad cuando el daño resulta de un acontecimiento que hubiera podido producirse y no se produjo y, por lo tanto, no se sabe si dicho acontecimiento efectivamente se iba a producir. En este caso hay lugar a la reparación, únicamente, de las consecuencias que resultan de la privación de la oportunidad, es decir, de la pérdida de oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca [...]. Fue entonces acertada la determinación del *a quo* al concluir que aquí debía indemnizarse la pérdida de la oportunidad de celebrar contratos con la Administración y quedaba a su arbitrio tasar la indemnización en forma proporcional a las oportunidades que el afectado había perdido”. Es decir, en este caso se consideró la pérdida de chance del afectado para celebrar contratos con la Administración y, por ende, de percibir unas ganancias lícitas por la ejecución de estos durante los dos años que duró el impedimento para contratar.

⁸¹³ Consejo de Estado, Sentencia 24464/13 del 29 de julio de 2013. En igual sentido, la Sentencia 15024 del 8 de febrero de 2001.

⁸¹⁴ Edgar González López, “Los derechos y los deberes de los oferentes en el proceso de selección”. En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds. *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 274 y ss.

- iv) La privación del derecho a suscribir y/o ejecutar el contrato una vez adjudicado (si, p. ej., se anula la buena pro, se niegan a firmar el contrato o impiden perfeccionarlo bajo cualquier pretexto).

Nótese que cada uno de estos derechos posee la virtualidad de surgir sucesivamente conforme la propuesta va prosiguiendo en el procedimiento licitatorio, lo cual tiene indudablemente un efecto distinto respecto la determinación del daño producido y la dimensión económica de la liquidación o cuantificación.⁸¹⁵

Así, en el caso que la Administración prive al postor del derecho a participar en un proceso de selección transparente, la jurisprudencia ha establecido que la entidad pública debe reconocer al afectado únicamente el “daño emergente, teniendo en cuenta los gastos, debidamente acreditados, en los que incurrió el oferente para la preparación y presentación de la oferta”, debidamente actualizados.⁸¹⁶⁻⁸¹⁷ Por otro lado,

⁸¹⁵ María Santaella Cuberos, “El daño y la liquidación de perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 19 (primer semestre, 2018), 291-315.

⁸¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, Exp. 16,209.

⁸¹⁷ Existe una variante de esta afectación en la que el Consejo de Estado ha identificado la necesidad de indemnización vía pérdida de oportunidad para contratar, cuando el postor ha sido inhabilitado indebidamente para postular a licitaciones y concursos durante algún periodo. Así se ha establecido que existe un derecho a ser indemnizado merced a la pérdida de la oportunidad derivada de la inhabilidad para contratar con el Estado como consecuencia de la declaratoria de caducidad. Se ha establecido jurisprudencialmente que la declaratoria de caducidad viciada de nulidad comporta una pérdida de la oportunidad que configura un daño indemnizable y que se deriva directamente de la inhabilidad prevista en el artículo 8 literal c) de la Ley 80 de 1993, que le impide al afectado con dicha determinación contratar con la Administración Pública durante los cinco (5) años siguientes. Así, en orden a establecer la efectiva causación del perjuicio reclamado por concepto de pérdida de oportunidad, el juez debe revisar las pruebas aportadas en relación con los contratos suscritos por el actor que se hubieren celebrado en los cinco años anteriores a aquel en que cobró firmeza la declaratoria de caducidad anulada. Es necesario que a través del acervo probatorio se permita concluir que la actividad económica desempeñada por el demandante, antes de ser inhabilitado por cuenta de la declaratoria de caducidad, consistía, principalmente, en la ejecución de contratos de obra suscritos con entidades estatales, lo que lleva a deducir que la inhabilidad proveniente del acto dictado en ejercicio de la potestad excepcional privó al demandante de la oportunidad de continuar dedicándose a esas labores durante los cinco años siguientes a la fecha en que cobró firmeza, configurándose de esta forma el perjuicio cuya negativa fue materia de impugnación. En consideración a lo anterior, es procedente el reconocimiento del perjuicio reclamado a título de pérdida de oportunidad, de conformidad con los parámetros que sobre el particular ha trazado la jurisprudencia” (Sentencia 2010-00615 DE 3 de agosto de 2017, Consejo de Estado).

tratándose de la lesión al derecho del proponente a que su oferta sea valorada, por ejemplo, mediante el rechazo de la propuesta, se ha establecido jurisprudencialmente que tal limitación al derecho de participación corresponde ser indemnizada en un porcentaje del valor de la propuesta presentada debidamente actualizada.⁸¹⁸

Ha sido el caso de la lesión al derecho a ser adjudicatario en el que se ha dado un debate más interesante a nivel jurisprudencial. Nos encontramos frente al caso en que la “responsabilidad surge por el hecho de negarle a una persona, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, generándose con ello un perjuicio patrimonial, el cual deberá probarse, y acreditarse su extensión”.⁸¹⁹

En estos casos se han sucedido tres posturas diferentes sobre la cuantificación del *quantum* indemnizatorio a quien habiendo formulado la mejor propuesta no resulta adjudicado con el contrato.

La primera tendencia de la jurisprudencia fue establecer que la indemnización debe ser total, incluyendo el lucro cesante y el daño emergente, consistente en la utilidad dejada de percibir,⁸²⁰ luego se retrocedió en la dimensión del daño para sostener que no podría ser la utilidad esperada la indemnización porque dicho monto no es algo seguro, sino una mera expectativa, y bien podría resultar inferior, de haberse ejecutado el contrato realmente, y porque el eventual adjudicatario no asumió ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato. Por tanto, para esta segunda tesis, correspondería la indemnización a un porcentaje de la utilidad esperada, determinada por el juez, en aplicación del principio del arbitrio judicial. Finalmente, la tendencia del Consejo reasumió el primer criterio para establecer que corresponde indemnizar con el monto de la utilidad dejada de percibir.⁸²¹

⁸¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21324 y de 15 de junio del 2000, Exp. 10963.

⁸¹⁹ Luis Rico Puerta, “Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución jurisprudencial”, *Opinión Jurídica*, n. 11, vol. 6 (enero-junio 2007), 17 y ss.

⁸²⁰ Consejo de Estado, Exp. 14576, sentencia del 1 de marzo de 2006.

⁸²¹ La trayectoria de la jurisprudencia se ha resumido por el propio Consejo de Estado en la Sentencia 14576 de marzo 1 de 2006, de la siguiente manera: “En los eventos en que las entidades estatales

se abstienen de adjudicar un contrato a quien legalmente debió ser beneficiado con tal decisión en el proceso licitatorio, o cuando adjudican a quien no merecía dicho beneficio, surge la responsabilidad patrimonial a cargo de la Administración, porque en estas hipótesis se le ha negado al oferente, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, circunstancia que puede generar un perjuicio patrimonial que, desde luego, exige la prueba específica del mismo y de su alcance. Sobre este tipo de eventos la jurisprudencia de esta Sección se ha pronunciado en repetidas ocasiones, y ha llegado a las siguientes conclusiones, las cuales se presentarán considerando la línea jurisprudencial que se puede construir en su etapa más reciente: primera posición jurisprudencial. En una primera época, el Consejo de Estado consideró que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien demuestra haber presentado la mejor oferta en una licitación, se le debe indemnizar, en forma plena, tanto el lucro cesante como el daño emergente. Finalmente, hay que destacar que en esta misma providencia se hace una diferencia entre la indemnización por la indebida adjudicación o la falta de adjudicación y la denominada 'pérdida de la oportunidad'. Esta última se configura cuando durante un proceso de selección, una oferta que cumplía los requisitos para competir con las demás presentadas, ni siquiera fue evaluada por la Administración. En este último supuesto la indemnización que ha concedido el juez administrativo no es equivalente al 100 % de la utilidad esperada, sino un porcentaje inferior, definido por él, para lo cual acude a la valoración en equidad, como criterio para fijar la indemnización. Segunda posición jurisprudencial. En otro momento de la jurisprudencia, la Sala estimó que la indemnización debida por la administración al perjudicado, cuando se ha dejado de adjudicar un contrato a quien tenía derecho a él, no podía equivaler al 100 % de la utilidad esperada –como se indemnizó en el caso anterior–, por dos razones, principalmente: primero, porque la utilidad esperada no es algo seguro, sino una mera expectativa, y bien podría resultar inferior de haberse ejecutado el contrato realmente; segundo, el hecho de que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justifica la indemnización de la totalidad de la mentada utilidad. Según esta posición, la indemnización correspondería a un porcentaje de la utilidad esperada, determinada por el juez, en aplicación del principio del arbitrio judicial, ya que, atendiendo a los dos criterios expuestos, el 100 % de dicha utilidad no se corresponde con el daño sufrido; tercera posición jurisprudencial. En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera de las tesis expuestas, es decir a la indemnización del 100 % de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos: en primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación, corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior, porque cualquier monto por encima de este constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo. En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100 %, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior. Este es el criterio que reiterará la Sala en esta ocasión porque considera que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado. Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se hubiera discutido la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna, necesita de la prueba correspondiente que desvirtuara el monto de la utilidad. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 28 de mayo de 1998. Exp. 10.539. Actor: Sociedad Muebles Metálicos Famet Ltda. Demandado: Instituto de Seguros Sociales; sentencia de diciembre 9 de 1988 -Exps. acumulados 3528,3529 y 3544-; sentencia de abril 12 de 1999, Exp. 11.344. Actor: Miguel Castellanos Rodríguez. Demandado: HIMAT; sentencia de 18 de mayo de 2000 - Exp. 11.725. Actor: Sociedad Constructora Brugues y Cía. S.A.; sentencia de noviembre 27 de 2002 - Exp. 13.792, actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cia. Ltda. Ddo: Instituto Municipal de Reforma

CONCLUSIONES

El objetivo central de esta tesis ha sido analizar de qué manera, a partir del Derecho internacional de las contrataciones, Hispanoamérica está encontrando en el recurso en materia de contratación una institución necesaria para promover la conformación transparente y con competencia en las compras públicas. A largo de los cinco capítulos hemos analizado los tópicos que consideramos trascendentales de la institución del recurso en materia de contratación, priorizando aquello que abona a su eficiencia, encontrando problemas y respuestas legales comunes respecto de las cuales mostramos a continuación nuestras principales conclusiones.

1. El recurso especial en materia de contrataciones públicas es una institución recomendada por el Derecho internacional de las contrataciones para mejorar la transparencia y la competencia en los procesos de selección. Así lo recomiendan de manera convergente el Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la Organización Mundial de Comercio, los acuerdos de integración económica y comercial dirigidos a crear mercados comunes y acuerdos de libre comercio (comúnmente llamados tratados de libre comercio), las directivas de la Unión Europea, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, así como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011) y su Guía para la incorporación al derecho interno (2012).
2. Las fuentes del Derecho internacional de las contrataciones mencionadas proponen al recurso en materia de contrataciones partiendo de dos perspectivas distintas: la búsqueda de mayor competencia entre proveedores locales y extranjeros (perspectiva de los instrumentos de integración económica) y la

Urbana y Vivienda de Cali - Invicali" (Consejo de Estado, Exp. 14576, sentencia del 1 de marzo de 2006".

búsqueda de mayor transparencia y prevención de la corrupción protegiendo el cumplimiento del ordenamiento jurídico del contrato y el valor integridad (convenciones anticorrupción). Esa diferencia de perspectivas hará que en el diseño concreto del instrumento se adopten posiciones diferentes en aspectos centrales como: legitimidad, principios aplicables, poderes del órgano del recurso, etc.

3. La influencia del Derecho internacional de las contrataciones para incorporar el recurso especializado en materia de contrataciones y sus órganos competentes para conocerlos prosperó primero en América (existen tribunales especializados en recursos contractuales en Perú desde 1961, en Chile desde 2003 y en Panamá desde 2006); sin embargo, ha sido marcadamente superior el grado de eficacia alcanzado por el recurso especial en España, pese a que fue creado por la Ley 34/2010.
4. En Hispanoamérica se reconoce la importancia de dotar de autonomía a los órganos del recurso respecto de las entidades adjudicatarias, influencias externas y presiones políticas, aunque no se ha avanzado mucho en ese sentido. A nivel organizacional, los casos más relevantes son los de Costa Rica y Nicaragua que confían la resolución de los recursos a un órgano autónomo *extra* poderes de nivel constitucional, y el de Chile que hace lo propio confiándolo en un Tribunal bajo la supervisión del Poder Judicial. Refuerzan la autonomía, pero afectan la especialidad.
5. Algunas otras técnicas que se pueden ensayar en esta línea serían: establecer que sus titulares cuenten con estabilidad durante los periodos de mandato; regular procedimientos abiertos de selección donde se propenda a la libre postulación de los interesados y la competencia pública por méritos; considerar múltiples autoridades como instancias nominadoras para tales cargos, de suerte que nadie tenga el poder de designar a todo el colectivo de directivos; aprobar un periodo preestablecido y fijo de mandato o de ejercicio en el cargo, del cual solo puede ser

apartado por alguna causal taxativa calificada normativamente para ello; prolongar el periodo del mandato en el tiempo, incluso más allá del periodo gubernativo; entre otros.

6. Si bien el Derecho internacional de las contrataciones no plantea un modelo específico a seguir entre el judicialista (Poder Judicial) y administrativo (tribunal administrativo), existe una tendencia progresiva en Hispanoamérica a encaminarse al modelo administrativo no jerárquico para conocer la impugnación actuaciones de formación contractual. Con matices respecto de su nivel de autonomía, los hay en Costa Rica (recursos de objeción y de apelación/revocatoria ante la Contraloría General de la República), Panamá (recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas), Nicaragua (recursos administrativos especiales ante la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República), Paraguay (las protestas ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas), México (la instancia de inconformidad ante la Secretaría de la Función Pública) y Perú (apelaciones ante el Tribunal de Contrataciones del Estado).
7. Existe un grupo importante de países que tiene un modelo jurisdiccional de control de los actos precontractuales, asentado en la vía contencioso-administrativa. Argentina, Brasil, Colombia, Uruguay, no cuentan con un diseño especial para el proceso contencioso contra los actos precontractuales, sino que lo insertan dentro del tratamiento general del contencioso-administrativo. El caso singular, creado específicamente en materia de contratación pública, es el Tribunal de Contrataciones de Chile que conforma la categoría de “tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial”, por lo que califica como el ejercicio de la función jurisdiccional y no administrativa, como los otros tribunales de contrataciones de la región.
8. No encontramos alguna razón jurídica válida para diferenciar, para efecto del recurso en materia de contratación, entre las impugnaciones a las reglas del

proceso y los demás actos del proceso y hacer de ello dos recursos distintos. Si bien eso se presenta en varios países (p. ej. Perú, Costa Rica, Panamá, México, Nicaragua) creando dos recursos distintos, conlleva el riesgo de complicar las reglas de legitimidad, plazos y requisitos para cada uno, perdiendo la unidad de acción que debe caracterizar al recurso en materia de contratación y debilitando la eficacia del sistema de recursos.

9. No resulta adecuado, a los fines de mejorar la transparencia, establecer montos o umbrales a partir de los cuales los contratos deban ser objeto del recurso en materia de contratación, siendo que por debajo de ese monto los procesos de selección estarán exentos del control que representa el recurso y de una autoridad independiente que lo revise. De ese modo, el recurso aplicaría únicamente a los de mayores montos, limitando su alcance. El recurso debe tender a ser universal para todos los contratos que la Administración forme, manteniendo sus elementos indispensables para propiciar su eficacia.
10. En nuestra opinión, el óptimo diseño del recurso en materia de contrataciones debe responder a las siguientes consideraciones:
 - i) Aspirar a un efecto útil como expresión del principio de eficacia en el sistema de recursos y sus principales manifestaciones.
 - ii) Mantener su tendencia expansiva del ámbito objetivo del recurso en materia de contratación.
 - iii) Brindar acceso al expediente de contratación y dar el tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación.
 - iv) Resguardar el debido procedimiento de los partícipes en la licitación.
 - v) Garantizar la indemnidad al impugnante.
 - vi) El principio de gratuidad o mínima onerosidad del procedimiento del recurso.
 - vii) Adoptar la transparencia del procedimiento como principio y el respeto a la confidencialidad como excepción del procedimiento del recurso.

11. Para que el recurso en materia de contratación posea un efecto útil o simplemente sea eficaz su diseño legal debe responder a los siguientes elementos: que la presentación del recurso tenga efecto suspensivo sobre el acto de contratación recurrido; que sea admitido el recurso extemporáneo cuando se sustente en razones de corrupción o fraude; contar con reglas de celeridad para su tramitación; y, garantizar la ejecución de la decisión del órgano de control del recurso.
12. El Derecho internacional de las contrataciones ha reconocido que el recurso administrativo perdería utilidad si no pudiera impedir la consumación de un contrato irregularmente conformado. Los ordenamientos han optado por dos alternativas de regulación al respecto: que el recurso posea efecto suspensivo automático sobre el acto recurrido (por su sola interposición) o que la suspensión provenga de una medida provisional que dicte la autoridad del recurso. Cada una de las opciones presenta factores adversos y favorables, pero en ambos casos el problema a tratar será cómo determinar, cuantificar y evitar los perjuicios económicos que hubiera al interés público por el lapso que medie hasta la resolución del recurso cuando se concluya confirmando la corrección de la decisión impugnada.
13. En los ordenamientos analizados, por un lado, tenemos Estados (España, Perú y, con matices, Brasil) que han dotado desde la propia norma legal de efecto suspensivo automático al recurso interpuesto. Por otro lado, la mayoría de los ordenamientos (Chile, Panamá, México, Paraguay y España, respecto a impugnaciones referidas a actos distintos a la adjudicación) siguen la tesis de la suspensión discrecional del acto reclamado y del procedimiento de selección a pedido del impugnante. En esta opción, para obtener la suspensión se hace necesario seguir un incidente cautelar anterior al recurso (medida anticipada) o, juntamente con el recurso (medida provisional propiamente), provocar el contradictorio con las posiciones de la entidad y algún tercero administrado, la

deliberación del órgano y el proceso decisorio mismo debidamente motivado, lo cual le priva de la celeridad necesaria para asegurar su eficacia.

14. En los casos de la suspensión por medida cautelar, los ordenamientos exigen al impugnante la extensión de una garantía o caución suficiente en favor de la entidad convocante por los daños y perjuicios que la medida pueda ocasionarle al interés público. En ese sentido, la mejor opción es el criterio seguido por la ley española por la que esa exigencia debe proceder únicamente cuando “de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza” y que, en todo caso, “deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto objeto afectado”, lo cual debería ir aparejado de realizar luego un incidente de ejecución de garantía posterior a la emisión de la resolución negativa para el impugnante.

15. La celeridad de la tramitación del recurso en materia de contratación también apunta a la eficacia del recurso por cuanto permite tener una decisión pronta eliminando la incertidumbre y permitiendo a la entidad satisfacer su necesidad con mayor rapidez. Algunas de las medidas adoptadas en Hispanoamérica para dotar de celeridad al procedimiento son:
 - 15.1. Incorporar nuevas tecnologías para la presentación de los recursos (p. ej., España, Chile), así como para la notificación electrónica en el procedimiento, incluso validando las publicaciones en portales especializados de contrataciones en sustitución de la notificación personal a los interesados y entidades (p. ej., Perú, Panamá, México, Costa Rica).
 - 15.2. La preclusión para la presentación de argumentos por parte del recurrente, la entidad y los terceros, de modo que solo pueden presentar cuestionamientos en el primer escrito que presenten, salvo aspectos de oficio que el órgano de resolución pueda incorporar (p. ej., Perú) y salvo hechos nuevos ocurridos o conocidos recién después de primer escrito (Paraguay).

- 15.3. Prever un procedimiento abreviado para las controversias de puro derecho (Panamá) en las que se debe resolver sin más trámite el recurso y la absolución de posiciones, evitando la fase de apertura de prueba.
 - 15.4. La oralidad predominante del procedimiento, de modo que, en una o más audiencias, se decida la controversia (Panamá y Costa Rica).
 - 15.5. Considerar desierto el recurso si el impugnante no compareciere a la audiencia a la que sea citado (Nicaragua).
 - 15.6. Establecer que cuando se impugna una readjudicación (cuando el proceso ya fue objeto de anterior recurso), el fundamento del recurso solo debe girar contra las actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución anulatoria anterior, estando precluido cualquier cuestionamiento a los actos anteriores del procedimiento (p. ej., Costa Rica).
16. En cuando a la ejecución correcta y pronta de la decisión del órgano de control del recurso, es indispensable que el propio órgano posea la autoridad suficiente para hacer cumplir sus decisiones mediante un procedimiento sumario e incidental de ejecución en vez de trasladarlo a otra entidad para determinar responsabilidades posteriores por el incumplimiento. Una regulación adecuada a este respecto debería caracterizarse por: i) imponer un plazo uniforme para que la autoridad cumpla con implementar lo decidido; ii) procesalmente, encaminar el control del cumplimiento en la vía de un incidente de ejecución; iii) permitir a los propios interesados controlar la efectividad del cumplimiento de lo ordenado, informando al propio órgano del desacato incurrido; iv) respaldar la autoridad del Tribunal al darle competencia para exigir el cumplimiento de su propia decisión; v) permitir la vía incidental para ejecutar la decisión en vez de tener que abrir procedimientos nuevos ante otras autoridades o iniciar un nuevo recurso ante el tribunal.
 17. Hemos constatado en el Derecho comparado una tendencia expansiva del ámbito objetivo del recurso en materia de contratación expresada en dos facetas: una positiva referida al avance por incorporar en el ámbito del recurso nuevas decisiones contractuales (como sucedió con la extensión del ámbito de los

recursos a los contratos no sujetos a regulación armonizada, a actos de ejecución contractual, fenómenos no contractuales como los encargos) y tipos de contratos, así como también a la faceta negativa de proscribir que dentro de los contratos en el ámbito del recurso, se incluyan excepciones que limiten la posibilidad de cuestionar determinadas decisiones contractuales.

18. Es necesario que el diseño del recurso brinde al postor el tiempo suficiente para preparar y presentar la impugnación, lo que implica aceptar un periodo de espera o de moratoria (*standstill*) para perfeccionar el contrato. Si bien no existe un plazo uniforme para ello, se ha considerado como estándar razonable el plazo de 10 días hábiles. En su mayoría, dicho plazo no es cumplido en los ordenamientos nacionales que consideran seis días hábiles en México, tres días hábiles en Nicaragua, cinco días hábiles en Panamá, y entre cinco y ocho días hábiles en Perú, así como diez días hábiles y cinco días hábiles en Costa Rica según haya sido el procedimiento seguido para la contratación.
19. La exigencia del plazo de espera debe estar asociado al derecho de contar oportunamente con la información necesaria de lo acontecido en la licitación. Por ello, el Derecho internacional de las contrataciones coincide en que el cómputo del periodo de espera o de moratoria no debe ser realizado desde la fecha de la vigencia de la decisión que afecta al postor (p. ej., aprobación de las bases ilegales, descalificación, adjudicación ilegal), sino desde que el postor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación por medio de la información enviada de oficio o por medio del acceso al expediente. Sin acceso al expediente oportuno no se cumplirá razonablemente la exigencia y, por ende, la moratoria necesaria antes del perfeccionamiento. No obstante, el acceso al expediente puede limitarse respecto a información válidamente sujeta al secreto comercial.
 - 19.1. El procedimiento del recurso en materia de contrataciones debe satisfacer el principio del debido procedimiento y de participación, lo cual involucra cautelar como mínimo lo siguiente: que la entidad contratante responda por escrito la impugnación; que los participantes tengan derecho a ser oídos

antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación; que tengan derecho a ser representados y estar asistidos; que tengan acceso a todas las actuaciones; que tengan derecho a solicitar que las actuaciones sean públicas y que puedan presentarse como testigos; que el órgano de revisión formule sus decisiones o recomendaciones por escrito y a su debido tiempo, e incluya una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación.

20. Es indispensable que el diseño del recurso garantice indemnidad al impugnante, de modo que quede protegido frente a cualquier género de represalia, explícita o encubierta, en su contra causada por el ejercicio del legítimo derecho al recurso. Por ello, resulta inadmisibles emplear una lista de restricción para quienes presentan recursos administrativos, considerar como impedimento o con puntaje negativo en futuras licitaciones a quienes hubieren presentado reclamos contra las entidades en defensa de sus derechos en procesos anteriores, o exigir al postor recurrente presentar garantías para interponer el recurso.

21. La temeridad procesal y la mala fe de los impugnantes debe ser abordada en el diseño del recurso. El más adecuado modelo de control de ello es el control posterior, que faculta al órgano del recurso a determinar si existe un recurso temerario o de mala fe y aplicarle una sanción como multa o inhabilitación (como sucede en España, Uruguay, México y Perú). Sin embargo, se ha expandido en países como Panamá, Paraguay, Costa Rica, Perú y Argentina el denominado modelo preventivo que exige a todo impugnante respaldarlo con una garantía económica a ejecutarse si el recurso es desestimado. En nuestro modelo esta regulación es incorrecta porque no es una medida que desaliente únicamente las impugnaciones temerarias, sino que termina afectando—por el costo que ocasiona y la incertidumbre sobre la objetividad en su atención— la posibilidad de presentar impugnaciones perfectamente válidas contra adjudicaciones arbitrarias.

22. La gratuidad relativa o mínima onerosidad del procedimiento del recurso en materia de contratación es uno de sus rasgos importantes, por lo que no es adecuado obligar al impugnante a presentar garantías, fianzas, pagar tasas por encima del costo real del procedimiento o exponerlo a condena de costas cuando el recurso es desestimado. Esta mínima onerosidad es necesaria para dar una condición de la participación posible e igualitaria a todos los postores e incentivar su participación.
23. La legitimación para activar el recurso en materia de contratación es un aspecto relevante para su propia eficacia. Una mayor cobertura (concepción supraindividual) permite incorporar un número mayor de intereses en juego, mientras que, a la inversa, la limitada legitimación (modelo individualista) únicamente permite habilitar a unos cuantos sujetos –representantes de pocos intereses– a activar el sistema de control y, con ello, limitar el alcance de la tutela judicial efectiva a situaciones que ameritan revisión.
24. Dada la diversidad de posiciones, el Derecho internacional de las contrataciones solo plantea un mínimo de legitimidad individual, dejando a criterio de cada Estado la posibilidad de ampliarla e, incluso, plantear la legitimidad popular. La preocupación prioritaria del Derecho internacional de las contrataciones ha sido proteger a los operadores económicos o a las empresas licitadoras y sus posibilidades de competencia en el mercado.
25. La legitimidad activa en los modelos de control de actos precontractuales en Hispanoamérica se mantiene en los mínimos antes mencionados del interés individual (Chile, Perú, Panamá, Paraguay, Nicaragua y México). Así, se usa indistintamente los términos “tener un interés comprometido de modo actual”, “proveedores que demuestren un interés legítimo”, “interés legítimo”, ser “proponente que se considere agraviado por una resolución”, entre otros.

26. El modelo más avanzado que amplía la legitimidad ha sido el de España, por acción fundamentalmente de la jurisprudencia de los tribunales administrativos. Partiendo de una creativa interpretación del término “interés legítimo” ha permitido reconocer legitimidad al licitador concurrente, al potencial licitador, al licitador excluido, al integrante de una unión temporal de empresas, a sujetos que no participaron en la licitación (la representación de los trabajadores, las asociaciones y federaciones de empresas, los colegios profesionales, el subcontratista o proveedor de un licitador, los usuarios de un servicio público objeto del contrato) y legitimidad *ex lege* del concejal con votación adversa a los actos y acuerdos impugnados.

27. El Derecho hispanoamericano ha temido a la legitimidad popular por considerar que puede conducir a abusos y parálisis de los procesos de contratación. Sin embargo, la legitimidad popular en materia de contratación es empleada en el Derecho anglosajón y ha tenido experiencia en Colombia. Este país ha incorporado la acción popular de moralidad contra actos ilegales en la formación de los contratos públicos como una expresión concreta del derecho de acción colectiva; por tanto, mediante ella no puede perseguirse la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad o del particular sobre los demandantes a título singular.

28. La tesis del voluntario sometimiento a las bases como factor que hace inaceptable impugnar actos anteriores ha sido acogida en los derechos nacionales (p. ej., España, México, Argentina). En nuestra opinión, esta tesis es compleja de aceptar, porque para que sea compatible con el principio de efectividad del recurso en materia de contrataciones debería presuponer: a) que haya existido la posibilidad efectiva de recurrencia previa para el postor; b) el cuestionamiento a plantearse no debería versar sobre la ilegalidad o inconstitucionalidad de una regla del proceso, pues lo inválido no puede ser enervado por la voluntad individual; c) que la regla cuestionada permita una interpretación unívoca y no divergente que

genere duda en el postor; y, d) la inexistencia de dolo por parte de la autoridad administrativa convocante.

29. El modelo de legitimación restringida al interés o derecho individual concernido reduce las posibilidades de revisión de lo actuado, da ventajas para el interés de la entidad licitante –que no es interés público– de agilizar la contratación y evita litigiosidad. Sin embargo, esta tendencia desconoce la existencia de intereses supraindividuales en la contratación pública y tiene puntos ciegos importantes porque asume equivocadamente que el empresario prioriza dentro de sus actividades la de confrontar a sus colegas y a la Administración, que va voluntariamente a distraer tiempo, personal y dinero en asumir costos del litigio administrativo para cuestionar las reglas del proceso en vez de enfocarse en nuevos negocios que se puedan presentar para él en el Sector Público o Privado. Un sistema sustentado únicamente en la legitimidad de los postores concurrentes ya identificados es complaciente cuando no propiciatorio de cárteles o acuerdos colusorios entre los postores para no impugnar, tolerando los direccionamientos de procesos.
30. Las facultades o poderes con los que se dota al organismo a cargo de conocer del recurso en esta materia cuando identifique una actuación ilegal constituyen elementos determinantes de la eficacia de recurso. Dichos poderes son de dos tipos: dirigidos al restablecimiento de la legalidad transgredida sobre los actos formativos del contrato (tutela primaria o restitutoria) o, en su caso, del contrato mismo; y, de modo alternativo o complementario a los anteriores, poderes resarcitorios en favor de los postores afectados por las actuaciones ilegales (tutela secundaria o resarcitoria).
31. La elección de los poderes de tutela primaria o secundaria se encuentra determinada por el modo en que ha sido diseñado el procedimiento del recurso y el estado de avance de la formación del contrato administrativo al momento de resolver el recurso. Será posible que actúen, con oportunidad, las competencias

restitutorias de la legalidad si el diseño contempla un plazo breve para la interposición del recurso, existe efecto suspensivo automático por la interposición del recurso o si media una medida provisional de la autoridad competente. Al contrario, si no existieren y el contrato fuera perfeccionado o, peor aún, ejecutado, hay lugar más bien para competencias resarcitorias.

32. La primera facultad de tipo restitutiva es la declaración de existencia de ilegalidad o arbitrariedad en el proceso de selección, sin aparejar alguna consecuencia adicional en la propia resolución (es el caso del Tribunal de Contrataciones de Chile). De este modo, la decisión *–per se declarativa–* no produce por sí misma un efecto anulatorio *–efecto constitutivo–*, siendo necesario, según el caso, dictar la medida adicional anulatoria.
33. La segunda opción, y la más común, es la facultad de invalidar la actuación recurrida, pero realizar el reenvío a la propia autoridad contratante para que vuelva a dictar una decisión conforme a derecho, según su entendimiento. Esta facultad, análoga al control revisor del contencioso-administrativo, permite al órgano del recurso anular, pero reenviar el caso para que sea la entidad contratante la que reponga el procedimiento y produzca el acto que considere adecuado para continuar la conformación correcta del contrato, sin desnaturalizar ni alterar las razones que condujeron a la invalidez.
34. Algunos ordenamientos nacionales han restringido la facultad anulatoria del órgano del recurso para que no pueda ser ejercida y en su reemplazo se pueda decidir la “convalidación de lo actuado” (Paraguay), “declarar que los motivos de inconformidad resultan inoperantes para decretar la nulidad del acto impugnado, cuando las violaciones alegadas no resulten suficientes para afectar su contenido” (México) o permitir anular únicamente cuando “[...] no sea posible la conservación del acto”, y cuando el vicio cuestionado se funde en una propuesta admitida por defectos menores puede rechazar el recurso y confirmar el acto reclamado “bajo condición suspensiva de

permitir al adjudicatario cumplir con alguna exigencia formal desatendida al formular la oferta” (Costa Rica). Estas fórmulas de tolerancia a ciertos vicios en la formación contractual se fundan en preservar procesos con defectos poco relevantes; sin embargo, tienen por inconveniente permitir planteamientos que admitan las ilegalidades bajo el pretexto que rehacer el procedimiento afecte la urgencia de las contrataciones o el interés de las entidades por contratar.

35. La potestad de anulación y reenvío (seguida, por ejemplo, en España) es criticable porque al actuar en deferencia de la Administración que ya actuó ilegalmente, afecta la inmediatez de la contratación, pues en casos claros en los que no existe sino una sola alternativa, esta necesariamente se producirá recién cuando la entidad recupere competencia sobre el caso. Pero también puede conducir a riesgos de nuevas ilegalidades o evasión del camino de la legalidad.
36. Otra facultad del órgano del recurso, complementaria a las demás, es la imposición de obligaciones de hacer o no hacer a la entidad convocante para que restablezca la legalidad transgredida. De esta manera, el órgano del recurso invalida un acto del procedimiento de selección y da mandatos específicos al impugnado para asegurar que sus decisiones subsecuentes sean mejor alineadas con las razones que justificaron la motivación de la anulación. Por ejemplo, adjudicar el contrato a otro postor, descalificar una propuesta ilegal, restar puntaje mal asignado, modificar las bases en determinado sentido, etc.
37. Una facultad que se puede otorgar a los órganos de recursos es la sustitución del acto inválido por una decisión conforme a derecho y la declaración de situación jurídica favorable de los postores. Ejerciendo esta atribución, la autoridad emite directamente la decisión que corresponde a esa etapa del procedimiento y solo luego de ello procede a devolver a la entidad contratante para que prosiga con la secuencia correspondiente. La facultad valora los principios de celeridad y especialidad por encima del criterio orgánico no jerárquico del órgano del recurso sobre la entidad contratante. Los Estados que la consideran favorablemente (Perú,

Panamá y México) lo hacen de manera acotada a casos en los que existen suficientes elementos de juicio en el procedimiento, por ejemplo, el caso de la adjudicación del contrato.

38. La ineficacia y liquidación del contrato adjudicado indebidamente también es una medida restitutiva apropiada cuando el diseño del procedimiento no ha contado con la suspensión automática y cautelar, y el contrato se ha perfeccionado. En el Derecho internacional de las contrataciones se recomienda esta atribución con que se puede dotar al órgano que conoce el recurso para determinar la ineficacia del contrato ya celebrado, disponer su liquidación y ordenar un nuevo proceso de selección para crear una oportunidad de competencia a los agentes del mercado.
39. No puede perderse de vista que el poder invalidante respecto de los procesos de selección y contratos perfeccionados, pese a ser jurídicamente correcto, aparece efectos indirectos negativos sobre la gestión administrativa que es necesario considerar para darles un tratamiento adecuado.
 - 39.1. Respecto de un proceso de selección existen efectos negativos indirectos referidos al cumplimiento de las metas institucionales dentro del periodo, la oportuna satisfacción de los servicios esperados por la ciudadanía e, incluso, la posibilidad de perder los recursos financieros asignados a ese contrato, particularmente si se encuentran al fin del periodo presupuestal.
 - 39.2. Respecto de un contrato ya perfeccionado, los efectos negativos indirectos estarán referidos a las cinco relaciones jurídicas relevantes: relación contratista-entidad (p. ej., el contratista concurrió a la formación del vicio del proceso), relación entidad-usuarios del servicio (p. ej., los usuarios obtendrán la satisfacción de sus necesidades mediante esta acción), relación contrato a anularse-otros contratos conexos o vinculados (p. ej., la anulación del contrato guarda influencia con otros contratos conexos a aquel), relación entidad-presupuesto institucional (p. ej. la decisión irrogará mayores gastos presupuestales de los previstos) y la relación entidad-posibles nuevos

contratistas (p. ej. ¿tendremos nuevos interesados a un precio razonable para el saldo de la prestación que deberé contratar?).

40. Por estos efectos negativos indirectos se ha desarrollado la tesis del mantenimiento o conservación del contrato afectado de invalidez, salvo que concurren dos condiciones: i) estar incurso en alguna de las causales expresamente previstas en la Ley para su nulidad; y, ii) que la decisión invalidatoria: demuestre ser eficaz y eficiente para los objetivos previstos; que sea oportuna en función del avance de la prestación; que su beneficio supere el costo que va a generar; y que permita satisfacer el interés público y el bienestar de las condiciones de vida de los ciudadanos comprometidos en las prestaciones. En esos casos se plantea la conveniencia de analizar sanciones alternativas como las multas y reducción del plazo del contrato vigente.
41. Pese a que el Derecho internacional de las contrataciones recomienda que los órganos del recurso cuenten con poderes resarcitorios en favor de los postores perjudicados por los actos precontractuales ilegales (tutela resarcitoria) no existe mayormente experiencia en Hispanoamérica. Esta facultad permite a los órganos especializados garantizar la compensación económica por el daño producido al postor en el marco del proceso de formación del contrato, particularmente en aquellos modelos en los que el recurso haya carecido de efectos suspensivos o se plantee únicamente un modelo judicialista de control.
42. Este deber de resarcimiento ha permitido desarrollar la doctrina de la pérdida de chance como un daño susceptible de resarcimiento por parte de las entidades infractoras. Conforme a esta tesis se considera como daño indemnizable la desaparición o frustración de la posibilidad real de obtener efectivamente el contrato. No se indemniza la mera participación en la licitación ni la esperanza de ganar en el contrato, sino una posibilidad real de haberlo obtenido, consistente en haber superado los criterios mínimos expresados en los documentos contractuales y presentar una oferta digna de valoración.

43. El Derecho de contrataciones chileno, español y colombiano posee importantes experiencias de tutela restitutoria a los postores afectados por la pérdida de chance, pero en el escenario judicial y no de autoridades administrativas. El punto más discutido ha sido la cuantificación del daño a resarcir habiéndose optado entre varias opciones como el costo incurrido en la postulación, el monto total o porcentual de la utilidad esperada, y el valor íntegro del contrato.
44. La regulación actual del recurso especial en materia de contrataciones peruana, aunque presenta algunos aspectos positivos (efecto suspensivo del recurso, publicidad en portal electrónico) no cumple con los estándares internacionales y buenas prácticas que consideramos en la presente investigación, entre otros motivos, por lo siguiente:
- Una parte importante de los recursos para cuestionar bases y otros actos del proceso son conocidos solo por la propia entidad convocante (titulares de las entidades) y no por una autoridad independiente.
 - El tribunal especializado carece de autonomía, siendo una dependencia del organismo regulador de las contrataciones y adscrito al Ministerio de Hacienda.
 - Existe una dualidad de recursos para impugnar bases de procesos (las denominadas observaciones) y actos posteriores (recurso de apelación) y están asignados a órganos distintos para resolverlos.
 - No existe posibilidad de impugnar las contrataciones que las entidades deciden encaminar como compra directa (exoneraciones) cualquiera sea la causal a la que se acojan.
 - La legitimidad activa está restringida únicamente a quienes han sido postores y mantienen hasta el momento de la adjudicación posibilidad de ser adjudicatarios.
 - El impugnante debe presentar una garantía –cuyo monto se ha ido incrementando progresivamente– que será ejecutada si la autoridad entiende que el recurso es infundado o improcedente.

- El órgano del recurso carece de autoridad propia para exigir el cumplimiento de sus decisiones a las autoridades convocantes.

BIBLIOGRAFÍA FUNDAMENTAL

Aberastury, Pedro y Patricia Gottschau. "Interrelación del Derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional". *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, 2012.

Aguado i Cudolà, Vicenc. "Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos". En López Ramón, Fernando, y Francisco Villar Rojas, coords. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*. Madrid: INAP, 2017, 223-272.

Agudo González, Jorge, dir. *Control administrativo y justicia administrativa*. Madrid: INAP, 2016.

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*, n. 2, 2014.

--- "La legitimación activa en el recurso especial de contratación pública en España. ¿Legitimación abierta o cerrada?". *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, vol. 7 (2016).

Aguilar Valdez, Óscar. "Sobre las fuentes y principios del Derecho global de las contrataciones públicas". *Revista Derecho*, n. 75, enero-marzo 2011.

Alessandro, Martín y Andrés Gilio. "Cuando el origen importa: presidentes y congresos en la creación de organismos descentralizados en la Argentina (1983-2009)". *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n. 48, octubre 2010.

Álvarez-Gendín, Sabino. *Doctrina jurídica de los contratos públicos del Estado y de la administración local*. Madrid: Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1969.

Alzate Ortiz, Juan y Juliana Nanclares Márquez. "Prohibición expresa de anular contratos en la acción popular: ¿una solución o un problema?". *Revista Lasallista de Investigación*, n. 1, vol. 13, 2016.

Amaya Barón, Ismael. *Los medios de impugnación en los procedimientos de contratación del Estado*. México D. F.: Ángel Editor, 2008.

Aragón, Manuel. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

Arango Betancur, Sofía y María Ochoa Serna. *El concepto de moralidad administrativa en la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Tesis de Derecho. Universidad Eafit. 2011.

Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo general. Acto y contrato administrativo*. Caracas: Ediciones Paredes, 2011.

Araya Allende, Juan. *Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados*. Serie Comercio Internacional, n. 67. Santiago de Chile: División de Comercio Internacional e Integración - CEPAL, 2006.

Arcidiacono, Pilar, Gastón Rosenberg y Federico Arenoso. *Contrataciones públicas vulnerables*. Buenos Aires: Fundación Poder Ciudadano, 2006.

Ariño Ortiz, Gaspar. *Teoría del Equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

Ariño y Asociados. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Granada: Comares, 2002.

Arrién Somarriba, Juan. "Análisis, interrogantes y recomendaciones sobre la Ley de contrataciones administrativas del sector público de Nicaragua". *Revista de Derecho*, n. 17, 2014. <https://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/viewFile/1579/1372>

--- "Los recursos administrativos en las contrataciones públicas nicaragüenses". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 272, t. LXVIII, septiembre-diciembre 2018.

Arteaga Zegarra, Mario. "La contratación pública en el marco del TLC Perú-EE. UU.". *Derecho & Sociedad*, n. 9, 2007 Semestral.

Asociación Argentina de Derecho Administrativo. *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, t. 1. Buenos Aires: Astrea, 1982.

--- *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, t. 2. Buenos Aires: Astrea, 1982.

Baca Oneto, Víctor. *La invalidez de los contratos públicos*. Madrid: Thomson, Civitas, 2006.

Baca Romero, Mario. "Contratación pública y la aplicación del principio de trato nacional contenido en tratados o acuerdos internacionales". *Jus Gestión Pública*, n. 3, mayo-junio 2008, 143-156.

Ballesteros Maffa, Luis. "La reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativa española en materia de recursos contractuales". *Revista Círculo de Derecho Administrativo*, n. 11, Contencioso Administrativo, 289-304.

Baño León, José. "El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional". En Rafael Gómez-Ferrer Morant, coord. *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, 329-363.

--- "La influencia del derecho comunitario de la interpretación de la ley de contratos de las administraciones públicas". *Revista de Administración Pública*, n. 151, 2000.

Barra, Rodolfo. "La legitimación para impugnar en el procedimiento contractual gubernamental". *Revista de Derecho Público - Contratistas del Estado Procedimiento de selección*, n. 1, 2006.

--- *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*. Buenos Aires: Abaco, 1989.

Barraza, Javier y Fabiana Chafrik. *El control de la Administración Pública*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

Bassols Coma, Martín, coord. "Tribunales Administrativos de recursos contractuales: central y autonómicos". *Documentación Administrativa*, n. 288, 2010.

Becerra Farfán, María. "El Tribunal de Contrataciones del Estado en el periodo 2012-2014". *Derecho & Sociedad*, n. 44, 2015.

Benavides, José Luis. *El contrato estatal entre el Derecho público y el Derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

--- *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. Bogotá: Universidad Externado, 2014. Serie: Temas de Derecho Administrativo, n. 4.

--- “La contratación pública en los TLC de América”. En *Contratos Públicos. Estudios*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2014. Colección Temas de Derecho Administrativo, n. 5.

--- “La internacionalización de los contratos públicos”. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2014. En *Contratos Públicos. Estudios*. Colección Temas de Derecho Administrativo, n. 5.

Benavides, José Luis y Pablo Moreno Cruz, eds. *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2016.

Berenguer Amat, Anna. “El recurso especial en materia de contratación, como instrumento de control eficaz para combatir la corrupción. Cuestiones controvertidas”. *Revista Jurídica de Cataluña*, n. 1, 2017, 69-90.

Bercaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

Bernal Blay, Miguel. “Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas”. *Cuadernos de Derecho Local*, n. 26, 2011, 7-26.

--- “El sistema de tutela de la ‘buena administración contractual’: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 160, 2013, 189-216.

--- “Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública”. En López Ramón, Fernández, coord. *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: INAP, 2016, 489-498.

--- “La tutela de los licitadores en los contratos de los órganos de control externo”. *Auditoría Pública*, n. 58, 2012, 95-109.

--- “Los convenios de atribución de competencia para la resolución de recursos y reclamaciones contractuales”. En Gimeno Feliu, José, dir. *Observatorio de Contratos Públicos 2012*. Zaragoza: Thomson Reuters Aranzadi, Universidad Zaragoza, 2013.

--- *No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública* (Observatorio de Contratación Pública, 05/03/2014). <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.145/relcategoria.121/relmenu.3/chk.0767e2a185ccc2142a322bae3335e3f9>

--- “Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007”. En *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 100, 31-44.

Bermejo Vera, José, dir., y Miguel Bernal Blay, coord. *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel, 2009.

Betancort Rodríguez, Andrés. *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos, 1994.

Bidart Campos, Germán. *El derecho constitucional del poder*, t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1967.

Blanco López, Francisco. “Recurso especial en materia de contratación: extemporaneidad”. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, n. 5, 2013, 493-527.

Boquera Oliver, José. *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

--- *Poder administrativo y contrato*. Madrid: INAP, 1970.

Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios*, 5ª ed., (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2017)

Bordalí Salamanca, Andrés. “La Administración Pública ante los tribunales de justicia chilenos”. *Revista Chilena de Derecho*, n. 1, vol. 33, 2006, 17-36.

Bordalí Salamanca, Andrés, y Juan Carlos Ferrada. “Las facultades juzgadoras de la Administración, una involución de la Administración al principio clásico de la división de poderes”. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 13, 2002, 187-205.

Brewer-Carías, Allan. *Contratos administrativos. Contratos públicos. Contratos del Estado*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013. Colección Estudios Jurídicos, n. 100.

--- *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Legis, 2003.

Camacho Cepeda, Gladys. “El Tribunal de Contratación Pública en Chile: una década de funcionamiento”. En Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, dir. *Tendencias actuales en la contratación pública*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, 165-176.

Canda, Fabián. “Los órganos extrapoderes”. En AA. VV. *Organización administrativa, función pública y dominio público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*. Buenos Aires: Rap, 2005.

Candela Talavero, José. *El recurso especial como instrumento de control en materia de contratación pública*. Málaga: Ediciones Fundación Asesores Locales, Málaga, 2015.

Cane, Peter. *Administrative Tribunals and Adjudication*. Portland: Hart Publishing, 2009.

Cano Campos, Tomás. “La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación”. En Carbonell Porrás, Eloísa, dir., y Rafael Cabrera Mercado, comp. *Intereses colectivos y legitimación activa*. Navarra: Aranzadi, 2014, 349-370.

Carbonell Porrás, Eloísa. “El ‘interés concreto’ de los concejales ‘en el correcto funcionamiento de la corporación local’ como título de legitimación”. *Revista de Administración Pública*, n. 168, 2005, 187-213.

Carré de Malberg, Raymond. *Teoría general del Estado*, 2ª ed. esp., trad. de José Lión Depetre, pref. de Héctor Gros Espiell. México D. F.: FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998.

Carrillo, Santiago. “La impugnación de actos administrativos en el procedimiento de selección del contratista en la República Argentina”. En *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 4, a. 28, diciembre 2010, 127-148.

Cassagne, Ezequiel. “Informe Nacional sobre el régimen contractual”. En Luis Benavides, José, y Pablo Moreno Cruz. *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2016.

Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.

Cassagne, Juan Carlos, dir. *Tratado general de los contratos públicos*, t. 1, 2 y 3. Buenos Aires: La Ley, 2013.

Cassagne, Juan Carlos, y Enrique Rivero Ysern, dir. *La contratación pública*, t. 1 y 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

Castillo Víquez, Fernando. "Apuntes sobre los tribunales administrativos". *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 138, septiembre-diciembre 2015.

Castro Cuenca, Carlos. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2009.

Celis Danzinger, Gabriel. *El Tribunal de Contratación Pública y la solución de controversias en la contratación administrativa*. Santiago de Chile: Hammurabi, 2019.

Chávez Flores, César. "La nueva instancia de inconformidad en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas". *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, n. 16, 2011, 181-220.
<http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/492?show=full>

Chinchilla Carmioll, Marlene. "El recurso especial en materia de contratación pública". *Otrosi*, Colegio de Abogados de Madrid, n. 10, abril-junio 2012.

Chinchilla Carmioll, Marlene y Elard Ortega Pérez. "La contratación pública en Costa Rica: planificación, selección e impugnación". *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, n. 1, 2015. http://www.liberlex.com/archivos/SCP_CR.pdf

Cienfuegos Salgado, David. *Los órganos autónomos en el constitucionalismo guerrerense. Revisión y propuesta*, n. 481.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1784/28.pdf>

Cierco Seira, César. "De la gratuidad del procedimiento administrativo". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 35, 2009.

--- "Las costas procesales y el derecho de acceso a la justicia administrativa". En Agudo González, Jorge, dir. *Control administrativo y justicia administrativa*. Madrid: INAP, 2016, 103-149.

Cisternas Morales, Mauricio. “La responsabilidad extracontractual del Estado en materia de licitaciones públicas adjudicadas ilegalmente”. En *Sentencias destacadas*. Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo, 2017, 45-66. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/01/cap-2-cisternas.pdf>

Citadini, Antonio. *El control externo de la Administración Pública*. Caracas: Contraloría General de la República de Venezuela, 1995.

Cobrerros Mendazona, Edorta. “La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado”. En Estepa Montero, Manuel, coord., y José Eugenio Soriano García, dir. *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 2. Madrid: Iustel, 2014. Trabajo publicado antes en la Revista Vasca de Administración Pública Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria 96 (2013), 73-110.

Comadira, Julio. “La impugnación administrativa de los pliegos de bases y condiciones”. *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)*. Buenos Aires: Depalma Ediciones, 2000.

--- *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)*. Buenos Aires: Depalma Ediciones, 2000.

--- “La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos”. *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2019.

--- “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”. En Universidad Austral. *Cuestiones de control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial*.

Buenos Aires: Rap, 2010. También publicado en *Estudios de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2019), 53-67.

Comadira, Julio Rodolfo, Héctor Escola y Julio Pablo Comadira. *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI. *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre contratación pública*. Nueva York: Naciones Unidas, 2014. <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-s.pdf>

--- Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Nueva York: Naciones Unidas, 2014. <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf>

--- *Ley Modelo de la CNUDMI Sobre La Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios con la Guía para su Incorporación Eventual al Derecho Interno*. (s/l, 1994). <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/ml-procurement-s.pdf>

Comisión Europea. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, En Cuanto A Los Procedimientos De Recurso En El Ámbito De La Contratación Pública*. Bruselas: 24.01.2017 COM, 2017, 28 final. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-28-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

--- *Libro Verde. La contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro*. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del

Señor MONTI. https://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf.

Concha, Ricardo. “Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 46, 2016.

--- “El Tribunal de Contratación Pública en Chile, diez años de funcionamiento”. En Gimeno Feliu, José, dir. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Universidad de Zaragoza, 2016, 557-568.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. *La política de la competencia y las adquisiciones del sector público*. Ginebra, Naciones Unidas, 2012. https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd14_sp.pdf

Contraloría General de la República de Perú. *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú*. Lima: Gerencia de Estudios y Gestión Pública, 2015.

--- *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Lima: Gerencia de Estudios y Gestión Pública, 2015.

--- *Guía de Auditoría de las Adquisiciones y Contrataciones del Estado* (Resolución de Contraloría N° 532-2005-CG). Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12/01/2006.

--- *Guía de Auditoría de Obras Públicas por Contrata* (Resolución de Contraloría N° 177-2007-CG). Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28/05/2007.

Cordero Vega, Luis. *El control de la administración del Estado*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2007.

Correa, Isabel. *Manual de licitaciones públicas*. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - Ilpes, 2002.

Costa Cordella, Ezio. "Los tribunales administrativos especiales en Chile". *Revista de Derecho*, n. 1, vol. 27, julio 2014, pp. 151-167.

Coviello, Pedro. "El contrato administrativo: ¿*lex inter partes* o *ius variandi*?". *Derecho PUCP*, n. 66, 2011.

Cretella Júnior, José. *Dicionário das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

--- *Dicionário de Direito Administrativo*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Dallari, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. Sao Paulo: Saraiva, 2003.

Dates, Luis. *Hacia la superación de la categoría del interés legítimo. Un nuevo enfoque sobre las situaciones subjetivas del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Rap, 2013.

--- "Las acciones *qui tam*. Una posible herramienta contra la corrupción en las contrataciones públicas". *La Ley*, 13/10/2016. Ar/Doc/3097/2016.

Daza Quintero, Diana. *Alcance de las acciones populares que protegen la moral administrativa: estudio de viabilidad en el caso de la contratación estatal en Colombia*. Tesis de magíster en Derecho Administrativo. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2009.

De la Peña Rodríguez, Luis. "El Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales". *Documentación Administrativa*, n. 288, septiembre-diciembre 2010.

De la Rúa, Fernando. *Jurisdicción y Administración. Relaciones, límites y controles. Recursos Judiciales*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1979.

De Solas Rafecas, José. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*. Madrid: Tecnos, 1990.

De Vivero Arciniegas, Felipe, comp. *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.

Del Olmo Alonso, Jesús. "El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos". *Justicia Administrativa*, n. 59, 2013, 41-70.

De Trazegnies Granda, Fernando. "Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad". En AA. VV. *Libro Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

Delpiazzo, Carlos. *Contratación administrativa*. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 1999. Reeditado en 2004.

--- *Normas y principios de la contratación administrativa*. Montevideo: FCU, 2002.

Díaz Bravo, Enrique. "La regulación del recurso en materia de contratación pública en la Unión Europea y su aplicación en España e Italia". Tesis doctoral. Universidad de Castilla-La Mancha. 2018.

Díez Sastre, Silvia. "El funcionamiento de la justicia administrativa: la administración de los contratos públicos". En Díez Sastre, Silvia, dir. *Informe sobre la Justicia administrativa. Tributos, contratos públicos y responsabilidad patrimonial*. Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de

Madrid (CIJA-UAM), 2015, p. 103-163. <http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2015/03/Informe-sobre-la-Justicia-Administrativa-2015.pdf>

--- “El recurso especial en materia de contratación pública”. *Anuario de Derecho Municipal*, n. 5, 2011, 127-162.

--- “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”. *Revista de Estudios Locales Cunal*, n. 161 extra, 2013, 87-117. Ejemplar dedicado a: Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local.

--- “La invalidez de los contratos públicos”. En Gimeno Feliu, José. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

--- “La legitimación del concejal en el recurso especial en materia de contratación pública”. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2012, 293-322.

--- “La tutela de los competidores en los procedimientos administrativos de adjudicación”. En Arroyo Jiménez, Luis, y Dolores Utrilla Fernández-Bermejo, dirs. *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Madrid: Marcial Pons, 2015, 205-242.

--- *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

--- “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”. En López Ramón, Fernando, y Francisco Villar Rojas, coords. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*. Madrid: INAP, 2017, 273-318. Artículo revisado y actualizado publicado en *Revista Documentación Administrativa*, n. 5, nueva época, enero-diciembre 2018, 69-92.

Dirección Nacional de Contrataciones Públicas de Paraguay. *Manual de Contrataciones Públicas Para UOC*. <http://www.ceamso.org.py/upload/publicaciones/1500294694.pdf>

Domenech Pascual, Gabriel. “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2008. http://www.indret.com/pdf/545_es.pdf

Domínguez Martín, Mónica. “El sistema de justicia administrativa y la incidencia de los mecanismos administrativos de control en la jurisdicción contencioso-administrativa: reformas y necesidades”. En Agudo González, Jorge. *Control Administrativo y Justicia Administrativa*. Madrid: INAP, 2016, 81-101.

Dromi, Roberto. *Ecuaciones de los contratos*. Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina, 2008.

--- *El procedimiento administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1986.

Druetta, Ricardo. “Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante (su incompatibilidad con los principios fundamentales del procedimiento administrativo)”. En AA. VV. *Procedimiento administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración Pública, 1998.

Durán Martínez, Augusto. “Particularidades del régimen recursivo en los procedimientos de contratación administrativa”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 11, a. 6 (2007), 57-70.

Elizalde Jalil, Marco y Rafael Ulloa Triviño. “Nociones generales sobre los recursos en la contratación pública ecuatoriana. En particular, el recurso frente a la adjudicación”. *Anuario Iberoamericano de Contratación Administrativa*, n. 1, 2018.

<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=266&idedicion=1907>

Escanilla Abarza, Eduardo. "El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo". *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, abril 2013, 103-149.

Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis, 2000.

Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los contratos administrativos*, vols. 1 y 2. Buenos Aires: Depalma, 1977.

Escuín Palop, Vicente y Beatriz Belando Garín. *Los recursos administrativos*. Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 2011.

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*, 8ª ed. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

Espinoza-Saldaña Barrera, Eloy, coord. *Tendencias actuales en contratación pública*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

Estorninho, María João. *Direito europeu dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.

--- *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

Expósito Vélez, Juan. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Fanlo Loras, Antonio. "La impugnación de acuerdos locales por los miembros de la corporación que hubieran votado en contra: ¿un caso de judicialización de las

discrepancias políticas locales?”. *Documentación Administrativa*, n. 220, 1989, 67-84.
Ejemplar dedicado a: El control jurisdiccional de la Administración Pública.

Farrando, Ismael, dir. *Contratos administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002.

--- “El efecto suspensivo de las impugnaciones en el régimen de contrataciones (Decreto Delegado 1.023/2001)”. En AA. VV. *Cuestiones de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Rap, 2006.

Fernández Acevedo, Rafael. “Sistema Nacional de recursos en materia de contratación y efecto útil de las directivas”. En López Ramón, Fernando, coord. *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: INAP, 2016, 511-521.

--- “El recurso especial en materia de contratación: procedimiento y resolución. El nuevo reparto jurisdiccional”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, enero-febrero 2018.

Fernández de Velasco, Recaredo. *La acción popular en el Derecho Administrativo*. Madrid: Reus, 1920.

Fernández Lamela, Pablo. “Globalización y Derecho público: introducción al Derecho Administrativo internacional”. En Cienfuegos Salgado, David, y Miguel López Olvera, eds. *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz - Derecho Administrativo*. México D. F.: UNAM, 2005.

--- *Introducción al Derecho Administrativo internacional*. México D. F.: Novum, 2012.

Fernández Rojas, Gabriel. “La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América”. *Vniversitas*, n. 106, 2003, 177-205.

--- “Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España”. *Vniversitas*, n. 109, 2005, 419-460.

--- “Las autoridades administrativas independientes en Francia”. *Vniversitas*, n. 107, 2004, 347-372.

Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*. México D. F.: Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Fernández-Lomana García, Manuel. “La suspensión cautelar de las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”. *Actualidad Administrativa*, n. 6, 2016.

Ferrada Bórquez, Juan. “Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el Derecho chileno”. En Arancibia Mattar, Jaime, y otros, coords. *Litigación pública*. Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, 119-150.

Ferrero, Álvaro Hernán. “Recursos administrativos especiales en materia de contratación pública”. *Revista de la Facultad*, vol. 1, nuev. ser. 2, 2013, 197-220.

Fiorini, Bartolomé e Ismael Mata. *La licitación pública. Selección del contratista estatal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

Fix Zamudio, Héctor. *Derecho Constitucional mexicano y comparado*. México D. F.: Porrúa, 2005.

Font i Llovet, Tomàs. “Control jurisdiccional de la selección de contratistas”. En *Estudios de Derecho público, libro Homenaje al profesor Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003.

Freire, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. Sao Paulo: Malheiros Editores, 2008. Colecao Temas de Dereito Administrativo 20.

Fuertes López, F. Javier. “Recurso especial en materia de contratación pública”. En Palomar Olmeda, Alberto, dir. *Contratación administrativa electrónica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Gallego Córcoles, Isabel. “El recurso especial en materia de contratación en la doctrina de la Juntas Consultivas”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 108, 2011.

--- “En un supuesto en el que no se hayan impugnado previamente los pliegos ¿debe aplicarse en la adjudicación una cláusula ilegal?”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017.

--- “La prevención de la corrupción en la contratación pública”. En Nieto Martín, Adán, y Manuel Maroto Calatayud, dirs. Public Compliance. *Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

--- “Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 75, 2008.

--- “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 113, 2011.

--- “Suspensión cautelar de las resoluciones de los tribunales administrativos de recursos contractuales”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 136, 2015.

García de Enterría, Eduardo. “Artículo 60 Bis. Medidas provisionales”. En Gómez-Ferrer Morant, Rafael, coord. *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid, Civitas, 2004, 317-327.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1. Madrid: Civitas, 2000.

García Llovet, Enrique. "Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho". *Revista de Administración Pública*, n. 131, mayo-agosto 1993, 61-118.

García Pérez, Marta. "Medios de solución de controversias contractuales en el Derecho español". En Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y otros, coords. *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, vol. 2. Arequipa: Adrus, 2013.

--- "Nuevas tendencias en el control de la actividad administrativa. En especial, el control de la contratación pública". En: Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, y Rogério Gesta Leal, dirs. *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

García Ureta, Agustín. "Los tribunales administrativos en el Reino Unido". En López Ramón, Fernando, coord. *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: INAP, 2016, 149-180.

García-Andrade Gómez, Jorge. *Derecho Administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

García-Pelayo, Manuel. "El *status* del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, vol. 1, 1981, 11-34.

García-Trevijano Garnica, Ernesto. *La suspensión del contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2001.

Gimeno Feliu, José. *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier, 2004.

--- *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Madrid: Civitas, 2002.

--- *Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos* (Observatorio de la Contratación Pública, 12/11/2014). <http://www.obcp.es/opiniones/decalogo-de-reglas-para-prevenir-la-corrupcion-en-los-contratos-publicos>

--- *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*. Madrid: Civitas, 1995.

--- “El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos”. *Derechos fundamentales y otros estudios, libro homenaje al Profesor Lorenzo Martín Retortillo*. Zaragoza: Editorial Justicia de Aragón, 2008, 1473-1498.

--- “El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 143, 2016, 8-19. Ejemplar dedicado a: Efecto directo de las directivas de contratos.

--- “El necesario *big bang* contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n. 2, septiembre-diciembre 2016.

--- *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Navarra: Aranzadi, 2014.

--- “El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?”. *Revista Documentación Administrativa*, n. 274-75, enero-agosto 2006, 381-405.

--- “El sistema de recursos está permitiendo una mejor gestión en la Administración”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 130, 2014.

--- “La adjudicación de contratos en la LCSP y los mecanismos de control (el recurso especial)”. En Colás Tenas, Jesús, y Manuel Medina Guerrero, coords. *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, 197-246.

--- “La corrupción en la contratación pública”. En Castro Moreno, Abraham, y Pilar Otero González, dirs. *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, 2016.

--- “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”. En Villoria Mendieta, Manuel *et al*, dirs. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, 247-299.

--- *Las nuevas directivas de contratación pública (X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. Número monográfico especial.

--- “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas: balance y prospectiva”. *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 47, 2013, 87-102.

--- “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?”. En Fernández Acevedo, Rafael, y Patricia Valcárcel Fernández, dirs. *La*

contratación pública a debate: presente y futuro. Madrid: Civitas, Thomson Reuters, 2014.

--- “Notas sobre el recurso especial y su finalidad, y las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: su doctrina”. En *Documentación Administrativa*, n. 288, 2010, 161-182. Ejemplar dedicado a: Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos.

--- *Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Madrid: Civitas, Thomson Reuters, 2010.

--- *Sistema de Control de la Contratación Pública en España (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Observatorio de los Contratos Públicos. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2016. Número monográfico especial.

Gómez Asencio, Carlos. *La mejora regulatoria (better regulation): aplicaciones en materia de contratación pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

González-Deleito Domínguez, Nicolás. “La organización, ¿el caballo de Troya de la independencia de los tribunales administrativos de contratación?”. *Actualidad Administrativa*, n. 3, 2017, 1-14.

González López, Edgar. *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad del Externado, 2010.

--- “Los derechos y los deberes de los oferentes en el proceso de selección”. En Montaña Plata, Alberto, y Jorge Iván Rincón Córdoba, eds. *Contratos públicos: problemas,*

perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

González Pérez, Jesús. *El principio general de buena fe en el derecho administrativo*, 5ª ed. Navarra: Thomson Reuters, Civitas, 2009.

--- *Manual del procedimiento administrativo.* Madrid: Civitas, 2000.

González Sandoval, Rodrigo. *La licitación pública y el contrato administrativo. Aplicación y medios de defensa.* México D. F.: Porrúa, 2008.

González Sanfiel, Andrés. "Integridad en la contratación pública: patologías al uso (a propósito del informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción". En Gimeno Feliú, José, dir. *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo).* Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

--- "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?". En Hernández González, Francisco, dir. *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 31-53.

González-Varas Ibáñez, Santiago. *El contrato administrativo.* Madrid: Civitas, 2003.

--- "El control judicial sobre la adjudicación del contrato mediante concurso". *Justicia Administrativa*, n. 18, enero 2003.

--- "La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales". *Documentación Administrativa*, n. 288, septiembre-diciembre 2010, 43-63.

Gordillo, Agustín. *Problemas de control de la Administración Pública en América Latina*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1981.

--- *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1 Parte General. Lima: Fundación de Derecho Administrativo, ARA Editores, 2003.

--- *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2 La defensa del usuario y del administrado. Lima: Fundación de Derecho Administrativo, ARA Editores, 2003.

Gosalbez Pequeño, Humberto. *El contratista de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

Gozaíni, Osvaldo. *La conducta en el proceso*. La Plata: Librería Editora Platense, 1988.

--- *Temeridad y malicia en el proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

Granillo Ocampo, Raúl. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 1990.

Grupo de Investigación en Derechos Humanos, Grupo de Acciones Públicas, Línea de Investigación 20 años de la ley 472 de 1998. *Boletín de Investigación: 20 años de la Ley de acciones populares en Colombia, Balance y desafíos, 1988-2018*. Bogotá: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2018. https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/18975/Ley_acciones_populares.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Guichot, Emilio. "Globalización jurídica y Derecho público". *Revista de Administración Pública*, n. 187, enero-abril 2012.

Guimaraes, Edgar. *Controle das licitações públicas*. Sao Paulo: Editorial Dialética, 2002.

--- *Responsabilidade da administração pública pelo desfazimento da licitação*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

Hernández González, Francisco. "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, 499-510.

Hernández Salguero, Elena. "El éxito del recurso especial y los retos y problemas que lleva consigo". *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, enero-febrero 2018.

--- "El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación". En Gimeno Feliu, José, dir. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 599-638.

--- "El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid". *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 29, 2013, 163-208.

Hidalgo Cuadra, Rafael. "La formación del pliego en las compras públicas y la libre competencia", *Revista de Derecho Empresarial*, n. 1, febrero 2014.

Hutchinson, Tomás, dir. *Contratistas del Estado. Procedimientos de selección*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

Ibagón Ibagón, Mónica. *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), Comisión de Defensa de la Libre Competencia. *Lineamientos sobre confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (aprobados mediante Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI)*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/LineamientosConfidencialidadCLC.pdf/a27f7699-1ccf-489a-892f-1f81515a3acf>

Ivanega, Miriam. “El principio de buena fe en los contratos administrativos (con referencia al sistema argentino”. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n. 360, 2009). También difundido en la revista virtual *Derecho y Debate*. <http://derechoydebate.com/admin/uploads/53a867e859474-miriam-ivanega-el-principio-de-buena-fe-en-los-contratos.pdf> Este tema luego fue incorporado en el estudio denominado “El procedimiento de la licitación pública”. *Derecho PUCP*, n. 66, 2011, 257-276.

--- *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 1998.

--- *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, 2ª ed. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003)

Jiménez Meza, Manrique. *La legitimidad administrativa*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013.

Jiménez-Blanco, Gonzalo y José Anarte Balanzategui. “Recurso especial de revisión en materia de contratación administrativa. Comentario al hilo de las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 12 de septiembre y 31 de octubre de 2012”. En Recuerda Girela, Miguel, coord. *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014*. Madrid: Civitas, Thomson Reuters, 2015.

Jinesta Lobo, Ernesto. *Contratación administrativa*, t. 4 Tratado de Derecho Administrativo. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010.

Jinesta Lobo, Ernesto y Jorge Romero Pérez. "Informe Nacional sobre el régimen contractual". En Benavides, José Luis, y Pablo Moreno Cruz. *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2016.

Kinsbury, Benedict, Nico Krisch y Richard Stewart. "El surgimiento del Derecho Administrativo global". *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes*, n. 24, marzo de 2010. https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=12%3ARevista_24&lang=es (acceso enero 7, 2020)

Lara Arroyo, José y Luis García Huidobro Herrera. "Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la Ley 19.886: el caso del Tribunal de Contratación Pública". En Lara Arroyo, José, y Gabriel Bocksang Hola, coords. *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudio a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19880 y 19886*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013, 405-446.

Laguna de Paz, José. "El principio de confidencialidad como límite a la difusión o acceso a la información". En Blasco Esteve, Avelino, coord. *El Derecho público de la crisis económica, transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2011.

--- "Órgano administrativo competente para conocer del recurso especial en materia de contratación pública en Castilla y León". *Documentación Administrativa*, n. 288, 2010, 183-192. Ejemplar dedicado a: Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos.

Linares Jara, Mario. *Contratación pública. Derecho local, internacional y de la integración*, 2ª ed. Lima: Linares Consultores, 2013.

--- *El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los contratos públicos*. Lima: Grijley, 2006.

Londoño Toro, Beatriz, y María Torres Villarroel. “¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recurrentes ataques legislativos y jurisprudenciales?”. *Vniversitas*, n. 124, enero-junio 2012.

López Menudo, Fernando. “Transposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal de Recursos Contractuales: ¿un modelo para la resolución de los recursos administrativos en general?”. En AA. VV. *Derecho Administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, t. 2. Madrid: Reus, 2017, 1411-1434.

Lucero Espinosa, Manuel. *La licitación pública*, 4ª ed. México D. F.: Porrúa, 1993.

Machado Arias, Juan. “El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. México D. F.: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

Magide Herrero, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2000.

Mairal, Héctor. *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

--- *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*. Buenos Aires: Depalma, 1975.

Malaret García, Elisenda. “Hacia un modelo de justicia administrativa dual: tribunales administrativos y jurisdicción contencioso-administrativa. Justicia administrativa: instituciones administrativas e instancias jurisdiccionales, una perspectiva necesariamente de conjunto del control de la actividad administrativa”. En Agudo González, Jorge, dir. *Control administrativo y justicia administrativa*. Madrid: INAP, 2016, 43-78.

Maraniello, Patricio. “La acción *qui tam*”. *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, n. 3, marzo 2017.

Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. act., t. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.

Marín Albarrán, Elena. “Parámetros de control de la adjudicación de contratos públicos en los nuevos órganos de recursos contractuales”. *Revista de Estudios Locales*, n. 161, agosto 2013. Número extraordinario dedicado a Cuestiones teóricas y prácticas sobre contratación pública local.

Martín Valero, Ana. “Especialidades procesales en los recursos frente a las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales”. *Actualidad Administrativa*, n. 2, 2017.

Martínez Morales, Rafael. *Derecho Administrativo*, 2ª ed. México D. F.: Oxford University Press, 2001. Serie Diccionarios Jurídicos Temáticos, n. 3.

Martínez Prada, Mayerlly, Deiby Rincón Rincón y Geraldyn Villamizar Herrera. *Los actos preparatorios de la contratación estatal y su control judicial en Colombia*. Trabajo de grado. 2018. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11907>

Martínez Zamora, Marco. “El régimen de impugnaciones en la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Reflexiones en torno a las variantes sobre la

forma de disputar un proceso de selección a propósito del Decreto Legislativo N° 1017”. *Actualidad Jurídica*, t. 176, julio 2008, 257-262.

Matallana Camacho, Ernesto. “Acción popular en de moralidad administrativa”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 4, segundo semestre 2010, 195-262.

--- *Manual de contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Meade Hervert, Christian. *Licitación pública y medios de defensa*. México D. F.: Porrúa, 2002.

Medina Alcoz, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Navarra: Thomson Reuters Civitas, 2007.

Meilán Gil, José. *Categorías jurídicas en el derecho administrativo*. Madrid: Iustel, Escuela Galega de Administración Pública, 2011.

--- *Derecho Administrativo revisado*. Santiago de Compostela: Andariva Editora, 2016.

--- *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*. Madrid: Iustel, 2008.

--- “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”. *Revista de Administración Pública*, n. 191, 2013, 11-41.

--- “Una aproximación histórica sobre la configuración del contrato administrativo”. *Homenaje al profesor José Antonio Escudero*, vol. 1, 2012, 793-806.

--- “Un ‘meeting point’ de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública”. *Revista de Administración Pública*, n. 198, 2015, 43-73.

--- “Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos”. *Derecho PUCP*, n. 66, 2011, 223-245.

Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Sao Paulo: Malheiros, 1999.

Mellado Ruiz, Lorenzo. *El principio de transparencia integral en la contratación del Sector Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

Melón Pardo, Carlos. *¿Es necesario el acuerdo corporativo de ejercicio de acciones para interponer el recurso especial en materia de contratación?* Observatorio de Contratación Pública, 12/09/2016). <http://www.obcp.es/opiniones/es-necesario-el-acuerdo-corporativo-de-ejercicio-de-acciones-para-interponer-el-recurso>

Menéndez Sebastián, Eva. “Virtualidad práctica del recurso especial en materia de contratación pública: una figura inacabada”. *Revista de Administración Pública*, n. 188, 2012, 365-391.

Mestre Delgado, Juan, y Luis Manent Alonso. *La Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 08 de noviembre. Aspectos novedosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Monedero Gil, José. *Doctrina del contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

Mora Ruiz, Manuela. *El control de la contratación pública local: construcción sistemática. Análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

--- “El recurso especial de contratación y el control de la discrecionalidad ejercido por los tribunales administrativos de recursos contractuales”. En Rodríguez-Arana Muñoz,

Jaime, y Marta García Pérez, dirs. *Cuestiones actuales del Derecho público. Estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lepenies*. Madrid: Bubok Publishing, 2014.

Moraga, Claudio. *Contratación administrativa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010. Reimpresión de la 1ª ed., octubre 2010.

--- *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 7. La actividad formal de la Administración del Estado. Santiago de Chile: Abeledo-Perrot Legal Publishing, 2011.

Moreira Bruno, Reinaldo. *Recursos do processo licitatório*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Moreno Molina, José. *Derecho global de la contratación pública*. México D. F.: Ubijus, 2011. Colección Actualidad del Derecho Administrativo en el Mundo, n. 4.

--- “El Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos”. En Rodríguez Arana, Jaime, José Moreno Molina, Ernesto Jinesta Lobo y Karlos Navarro Medal, eds. *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*. San José de Costa Rica: Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

--- “El nuevo derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales”. En Arenilla Sáez, Manuel, coord. *La Administración Pública entre dos siglos (ciencia de la administración, ciencia política y Derecho Administrativo)*. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar. Madrid: INAP, 2010, 1225-1539.

--- “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”. En Fernández Acevedo, Rafael, Patricia Valcárcel Fernández y Jesús Bello Condide, coords. *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Madrid: Civitas, 2014, 139-164.

--- “El proceso de formación de un Derecho global de la contratación pública”. *Dixi*, n. 15, vol. 14, enero-junio 2012, 8-21.

--- “La armonización legislativa europea de los contratos públicos y su transposición en España”. En Ordóñez Solís, David, coord. *La recepción del derecho de la Unión Europea en España. Derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa: LIBER AMICORUMM en homenaje a Antonio Martínez Lafuente*. Madrid: La Ley, 2013, 285-299.

--- “La influencia del acuerdo de contratación pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE”. En Gimeno Feliu, José y Miguel Ángel Bernal Blay, coords. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*. Navarra: Aranzadi, 2014, 123-164.

--- “La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 25, 2010.

--- “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 129, 2014, 16-21.

--- *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*. Madrid: La Ley, 2011.

--- “Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español”. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 2 extra, 2015, 227-256. Ejemplar dedicado a: Número extraordinario con motivo de las XXVII Jornadas de Letrados de las Comunidades Autónomas. En homenaje a D. Luis Ortega

--- *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*. Albacete: Bomarzo, 2006.

--- “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley Estatal de Contratos del Sector Público”. *Revista Jurídica de Navarra*, n. 45, 2008, 45-76.

--- “‘Un mundo para Sara’: una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”. *Revista de Administración Pública*, n. 178, 2009, 175-213.

Moreno Molina, José, y Andry Matilla Correa. *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Un estudio de Derecho comparado*. Madrid: Editor Difusión Jurídica, 2008.

Moreno Molina, José, Karlos Navarro Medal y Luis Bejar Rivera. *La regulación de los contratos públicos. Unión Europea, España, México y Centroamérica*. Madrid, Ciudad de México: Ubijus, 2016.

Moreu Carbonell, Elisa. “Valoración del sistema español de recursos administrativos: conclusiones”. AA. VV. *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: INAP, 2016, 827-838.

Muratorio, Jorge. “Centralización, descentralización, concentración, desconcentración. Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados”. En AA. VV. *Organización administrativa, función pública y dominio público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*. Buenos Aires: Rap, 2005.

Navarro Medal, Karlos. “Los contratos administrativos en Nicaragua”. En Moreno Molina, José, Karlos Navarro Medal y Luis Bejar Rivera, coords. *La regulación de los contratos públicos: Unión Europea, España, México y Centroamérica*. Ciudad de México: Ubijus, Universidad Panamericana, 2016.

Noguera de la Muela, Belén. “El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español”. En M. Jesús Montoro i Chiner, coord. *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*. Barcelona: Atelier, 2003, 327-355.

--- “El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”. En Gimeno Feliu, José, coord. *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier, 2004, 95-130.

--- “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CEE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”. *Noticias de la Unión Europea*, n. 298, 2009, 95-111. Ejemplar dedicado a: Contratos de las administraciones públicas.

--- “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 10 extra, 2008, 295-334. Ejemplar dedicado a: El derecho de los contratos del sector público.

--- “El proceso de europeización de las reglas nacionales en el establecimiento de un sistema rápido y eficaz de control de la contratación pública: el recurso administrativo especial en materia de contratos”. En Baño León, José, coord. *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, t. 3, vol. 3, 2016, 2539-2571.

Olivares Hortal, Antonia. "Confidencialidad y transparencia en contratación pública". *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 7, septiembre 2016.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

Olmos Carrasco, Felipe. "Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública". En Lara Arroyo, José, y Gabriel Bocksang Hola, coords. *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudio a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19880 y 19886*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013, 449-480.

Olvera Quintero, Jorge. *Manual de licitaciones del sector público federal. Inconformidades en materia de contratación*. México D. F.: Cárdenas Editor, 2001.

Ordoñez Solís, David. *La contratación pública en la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2002.

--- "Los recursos en la contratación pública a la luz de las directivas: reciente transposición y próxima reforma en el Derecho español". *Revista del Poder Judicial*, n. 86, 2007, 9-62.

Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). *La Declaración de Lima* (s/f). http://es.issai.org/media/14482/issai_1s.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE. Bribery in Public Procurement. Methods, actors and counter-measures. París: OECD Publishing, 2007.

--- *La integridad en la contratación pública. Buenas Prácticas de la A a la Z*. Madrid: INAP, 2009.

--- *Foro Latinoamericano de Competencia, Sesión III - Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción Documento de base 18-19 de septiembre de 2012, Santo Domingo, República Dominicana*.
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2012\)15&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2012)15&docLanguage=Es)

Oriol Mir, Herwig *et al*, dirs., *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*. Madrid: INAP, 2015.

Orlanski, Leonardo. *Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública*, noviembre de 2004. <http://oyrlegal.com/ilegitimidad-doctrina-sometimiento-voluntario-licitacion-publica/>

Ortega Pérez, Elard. “Apuntes conceptuales sobre el recurso de objeción ante la Contraloría General de la República”. *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, vol. 1, 2013.

Ortiz Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo*, t. 1. San José de Costa Rica: Biblioteca Jurídica Dike, Editorial Stradtman, 2002.

--- *Tesis de Derecho Administrativo*, t. 3. San José de Costa Rica: Biblioteca Jurídica Dike, Editorial Stradtman, 2004.

Osterling Parodi, Felipe, y Alfonso Rebaza González. “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”. *Revista Jurídica del Perú*, n. 39, a. 52, octubre 2002, 51-66.

Padilla Lozano, Anabelle. *Análisis comparativo del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá frente al Tribunal Administrativos de Contratos Públicos de Aragón*. Trabajo presentado para Curso de Especialización en Derecho Administrativo. Universidad de Salamanca. 2013. <https://anabellepadilla.files.wordpress.com/2012/06/bases-constitucionales-y-legales-de-los-tribunales-administrativos23-11-2.docx>

--- *Inconstitucionalidad o constitucionalidad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas*. <https://anabellepadilla.files.wordpress.com/2011/05/constitucionalidad-tacp.pdf>

--- “Informe nacional sobre el régimen contractual”. En Luis Benavides, José, y Pablo Moreno Cruz, eds. *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2016.

--- *Realidad de las contrataciones públicas en Panamá, a la luz del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas*. Panamá: Imprenta Articsa, 2012.

Palma Barrios, Claudio. *Los tribunales especiales de control jurisdiccional de la administración del Estado*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado. Universidad Austral de Chile. 2008. <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2008/fjp171t/doc/fjp171t.pdf>

Palomar Olmeda, Alberto. “El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”. *Documentación Administrativa*, n. 288, 2010, 259-288. Ejemplar dedicado a: Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos.

--- “El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 105, 2011, 41-65.

Pardo García-Valdecasas, Juan. "El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales". *Documentación Administrativa*, n. 288, septiembre-diciembre 2010, 19-41.

--- "El sistema de recursos contractuales en España a la luz de las nuevas directivas sobre contratación pública". En: Rodríguez-Campos, Sonia, coord. *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*. Madrid: Marcial Pons, 2016, 169 y ss.

--- "El recurso especial en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución". En: Gimeno Feliu, José, dir. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 599-638.

Parejo, Luciano. "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública". *Documentación Administrativa*, n. 218-219, abril-septiembre 1989.

Pérez Vera, José. *El Derecho internacional y sus efectos en los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Pernas García, Juan, dir., *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Petrella, Alejandra. "Legitimación para impugnar judicialmente los pliegos". En AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos. En homenaje a Julio Rodolfo Comadira, "Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral"*. Buenos Aires: Rap, 2007.

Piccoli, Pablo. "Algunas reflexiones acerca de la impugnación de cláusulas de pliegos licitatorios". *Revista de Derecho Administrativo*, n. 11, 1992.

Picó i Junoy, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J.M. Bosch, Editor, 2003.

Pinilla Rodríguez, Francisco. “Las denominadas funciones jurisdiccionales de los órganos de la Administración del Estado. Apreciaciones a partir de la STC de 26 de marzo de 2007”. *Ius et Praxis*, n. 1, a. 14, 2008, 363-389.

Pino Ricci, Jorge. *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Piñar Mañas, José. “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública”. En Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, coord. *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, t. 1. Madrid: Civitas, 1993.

Pomed Sánchez, Luis. “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”. *Revista de Administración Pública*, n. 132, septiembre-diciembre 1993, 117-170.

Pulido Quecedo, Manuel. *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la modificación de la legislación de contratos públicos y de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley 34/2010, de 5 de agosto*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2010.

--- “Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Tacreco): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual”. En *Documentación Administrativa*, n. 288, 2010, 65-97. Ejemplar dedicado a: Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: Central y Autonómicos.

Quintana López, Tomás. “Sobre el ámbito objetivo de aplicación del recurso especial en materia de contratos del Sector Público”. En Rebollo Puig, Manuel, Mariano López Benítez, y Eloísa Carbonell Porras, coords. *Régimen jurídico básico de las*

administraciones públicas. Libro Homenaje al profesor Luis Cosculluela. Madrid: Iustel, 2015.

Ramos Torres, Daniel. *Licitación pública en el marco de la doctrina de los contratos administrativos, su legislación vigente y la jurisprudencia*. México D. F.: Escuela Nacional de Administración Pública, 2004.

Ravier, Adrián. *La globalización como orden espontáneo*. Madrid: Biblioteca Austriaca Unión Editorial, 2012.

Razquin Lizárraga, José. "El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público". *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 25, 2010.

--- "La Ley 34/2010 de 5 de agosto: el nuevo régimen de los recursos en materia de contratación pública". *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 9, 2011, 41-58.

Razquin Lizárraga, Martín. "El principio de confidencialidad en la contratación pública". En José María Gimeno Feliú, dir. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público / Carlos-Alberto Amoedo-Souto (aut.)*, 2018, 867-911.

--- *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las administraciones públicas (Unión Europea y España)*. Madrid: Iustel, 2013.

--- "Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017". *Revista Vasca de Administración Pública Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkari*, n. 110-1, enero-abril 2018, 195-227.

--- "Los tribunales y consejos administrativos sobre recursos y reclamaciones". En Parejo Alfonso, Luciano, y José Vida Fernández, coords. *Los retos del Estado y la Administración*

en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, t. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, 549-571.

Rejman Farah, Mario. *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010.

Restrepo Medina, Manuel. “La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho”. *Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, vol. 5 Separata especial, 2007.

Retamozo Linares, Alberto. “Del juez y parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, n. 7, 2009.

Rico Puerta, Luis. “Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución jurisprudencial”. *Opinión Jurídica*, n. 11, vol. 6, enero-junio 2007.

Rincón Salcedo, Javier. “Globalización y Derecho Administrativo”. *Quaestiones Juricae*, n. 29, enero 2014.

Ríos Erazo, Ignacio, y Rodrigo Silva Goñi. *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

Rivero Ortega, Ricardo. “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana”. En Rodríguez García, Nicolás, y Eduardo Fabián Caparrós, coords. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca, Ratio Legis, 2004.

Rodríguez Araica, Roberto. “El recurso de apelación en contratación pública. Análisis de Derecho comparado”. *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, n. 3, 2014, 37-39.

Rodríguez Bajón, Santiago. *Doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Rodríguez Manrique, Carlos. "Las garantías en la Ley de Contrataciones del Estado". *Revista del Círculo del Derecho Administrativo*, n. 7, 2009.

Rodríguez Rodríguez, Libardo. "El Derecho Administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del Derecho Administrativo". *Derecho Administrativo, en Homenaje a Jorge Fernández Ruiz*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, 2013.

Rodríguez, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2013.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. "El Derecho Administrativo global y la contratación pública". *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 140, 2015, 42-50.

--- "El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea". *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, n. 2, vol. 1, julio-diciembre 2014.

--- "La contratación del Sector Público como política pública". En Pernas García, Juan, coord., *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 31-44.

--- "La prórroga de los contratos administrativos: aproximación general". En Gómez-Ferrer Morant, Rafael, coord. *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*. Madrid: Civitas, 1989, 1079-1114.

--- *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*. Madrid: Montecorvo, 1986.

--- “Los principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global”. En De la Cuétara Martínez, Juan, José Luis Martínez López-Muñiz y Francisco José Villar Rojas, coords. *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011, 431-456.

--- “Los principios del derecho global de la contratación pública”. *Revista de Derecho*, n. 13, 2016, 189-220.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y Rogelio Gesta Leal, dirs. *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en la contratación pública en Brasil y España*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, José Moreno Molina, Ernesto Jinesta Lobo y Karlos Navarro Medal. *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*. San José de Costa Rica: Guayacán, Konrad Adenauer, 2011.

Rodríguez Bajón, Santiago. *Doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Rojas Sánchez, Laura. *Acceso a mercados en los acuerdos de compras del sector público*. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35188743>

Romero Pérez, Jorge. “Los tribunales en materia de contratación administrativa”. En *Derecho Administrativo Iberoamericano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Mendoza: Rap, 2011. También publicado en *Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 123, septiembre-diciembre 2010, 99-124.

Rojas Montes, Verónica. "Acuerdos de promoción comercial y las contrataciones estatales. Especial referencia a los límites de los poderes públicos en el espacio jurídico global". *Derecho PUCP*, n. 66 (2011)

Romero Pérez, Jorge. "Los tribunales en materia de contratación Administrativa". *Derecho Administrativo Iberoamericano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010*. Mendoza, Argentina: Rap, 2011.

Ruiz Ceniceros, Mauricio. "Defensa de intereses supraindividuales en la contratación pública". *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 7, diciembre 2014.

Ruiz Daimiel, Manuel. *¿Son competentes los tribunales de recursos para conocer las actuaciones de emergencia?* (Observatorio de Contratación Pública, 10/07/2017). <http://www.obcp.es/opiniones/son-competentes-los-tribunales-de-recursos-contractuales-para-conocer-las-actuaciones-de>

Safar Díaz, Mónica. *Análisis económico de los procedimientos de selección de los contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

Sagüés, Néstor. "Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de poder". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

Sala Arquer, José. "El Estado neutral: contribución al estudio de las administraciones independientes". En Aragón Reyes, Manuel, coord. *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, 535-560.

Salgueiro Moreira, Carmen. "El recurso especial en materia de contratación tras la reforma de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010". *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, n. 6, 2011, 293-309.

Samaniego Bordui, Gonzalo. "El control del derecho comunitario de los contratos públicos". *Revista de Administración Pública*, n. 123, septiembre-diciembre 1990.

Sánchez Morón, Miguel. *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. Madrid: Instituto de España, Espasa Calpe, 1991.

--- dir. *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Valladolid: Lex Nova, Universidad de Alcalá, 2011.

--- "La jurisprudencia DTJU en sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos de recursos en materia de contratación pública". En Sánchez Morón, Miguel, dir., y Jesús del Olmo Alonso, coord. *El derecho los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Valladolid: Lex Nova, Universidad de Alcalá, 2011.

Sanmartín Mora, María. "Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2016". En Gimeno Feliu, José, dir. *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*. Navarra, Aranzadi, 2017.

Santaella Cuberos, María. "El daño y la liquidación de perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 19, primer semestre, 2018.

Santamaría Pastor, Juan. "El sistema de tribunales administrativos de recursos contractuales". *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 32, 2015, 41-77.

--- *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

Santamaría Pastor, Juan, y Luciano Parejo Alfonso. *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1989.

Santiago Fernández, María. “Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro”. *Auditoría Pública*, n. 66, 2015, 105-118.

--- “Procedimiento del recurso especial en materia de contratación”. En Gimeno Feliu, José. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 667-688.

Santiago Fernández, María, María Ruiz Cabello Jiménez, Manuel Gutiérrez Gonzales, Pablo Vicente Montalvo, coods. *Manual práctico sobre el recurso especial en materia de contratación: doctrina 2012-2016*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2016.

Santofimio Gamboa, Jaime. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, n. 1, enero-junio 2009. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=issue&op=view&path%5B%5D=279>.

--- *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, Contencioso Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

Sarmiento, Daniel. *El softlaw administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Civitas, 2008.

Sayagués Laso, Enrique. *La licitación pública*. Montevideo: Peña & Cia., impresiones, 1940.

Sheffer Tuñón, Javier. "Procedimiento precontractual y su control en sede administrativa y judicial". En *Derecho Administrativo Iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010*. Mendoza: Rap, 2011.

Segovia Morán, Alfonso. *La garantía por interposición de recurso de apelación como requisito de admisibilidad en las contrataciones del Estado restringe el derecho de recurrir los actos administrativos*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad de Huánuco. 2018.

Seita, Alex. "Globalization and the Convergence of Values". *30 Cornell International Law Journal*, 1997, 429-491. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/seita.html>

Secretaría de la Función Pública, Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas, Subsecretaría de Atención Ciudadana y Normatividad. *Guía de inconformidades*, febrero 2011. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/83117/MODELOS_Y_GUIAS_12.pdf

Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994.

Solera Víquez, José. *El recurso de apelación en las licitaciones*. San José de Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2005.

Sosa Wagner, Francisco. *Jurisdicciones administrativas especiales*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1977.

Subra de Bieusses, Pierre. "La incidencia del Derecho comunitario europeo sobre el Derecho francés de contratos públicos: el caso de la Directiva 'Recursos'". En Martínez López-Muñiz, José, y José Laguna de Paz, coords. *Contratación Pública. Jornadas de*

Valladolid 27-29 de enero de 1993. Madrid: Marcial Pons, Cámara de Contratistas de Castilla y León, 1996.

Suto Fujita, Fénix, Roxana Azaña Pérez, Mery Chamorro Vilca, Lorena León Vásquez, Muriel Menchola Arana. *Renegociaciones de los contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. Lima: ESAN, 2013.

Tawil, Guido. “¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?”. *Revista Derecho & Sociedad*, n. 29, a. 18, 2007. También publicado AA. VV., *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009.

Tornos Más, Joaquín. “*Administrative Justice y Administrative Tribunals* en el Reino Unido, un modelo a tener en cuenta”. En Agudo Gonzalez, Jorge, dir. *Control administrativo y Justicia Administrativa*. Madrid, INAP, 2016.

--- “Medios de resolución de conflictos en la contratación administrativa: agencias independientes, arbitraje y acción por inactividad”. *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2004.

--- “Los tribunales independientes para la resolución de los recursos administrativos en materia de contratos del Sector Público”. En De la Cuétara Martínez, Juan, José Luis Martínez López-Muñiz y Francisco José Villar Rojas, coords. *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011, 805-826.

Torrealva Navas, Federico. “La pérdida de oportunidad o chance”. *Revista Judicial*, n. 98, 2010.

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Memorias de Actividades. Años 2015, 2014, 2013, 2012 y 2011.* <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Memoria.aspx>

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA). *Memoria TACPA. Enero 2017 - Diciembre 2017 - Final.* Incluye la memoria de la actividad del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de enero a diciembre de 2017, así como el balance global de la actividad y doctrina del Tribunal en su primera etapa, de marzo de 2011 a diciembre de 2017. Esta Memoria fue aprobada por el Tribunal en su sesión de 22 de diciembre de 2017. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/TribunalAdministrativo/contenido_anal_trb_home/Memoria_TACPA_Balance_2011_2017.pdf

Trigo Represas, Félix. *Pérdida de chance. Presupuestos, determinación y cuantificación.* Buenos Aires: Astrea, 2008.

Tristán Bosch, Jorge. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública? Origen y trayectoria del sistema argentino de contralor jurisdiccional de la Administración, Derecho comparado.* Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, Editor, 1951.

Ulloa, Alfie. *El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico.* Santiago de Chile: Cepal, 2006. Serie: Comercio Internacional, n. 69

Ulloa Triviño, Rafael, y Marco Elizalde Jalil. "Nociones generales sobre los recursos en la contratación pública ecuatoriana. En particular, el recurso frente a la adjudicación". *Anuario Iberoamericano de Contratación Administrativa*, n. 1, 2018.

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". *Las vías administrativas de recurso a debate:*

Actas del XI Congreso AEPDA. Zaragoza, INAP, 2016.
<https://www.inap.es/alfresco/alfresco?pathInfo=%2Fd%2Fd%2Fworkspace%2FspacesStore%2Fd23282f6-378d-4ca5-bc10-bd539daa95c6%2FPagInicia-Las-vias-administrativas.pdf>

--- “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”. En Estepa Montero, Manuel, coord., y José Soriano García, dir. *Por el Derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 2 Garantías del ciudadano en el régimen administrativo, 2014, 1901-1932.

--- “El nuevo sistema español de recursos en materia de contratos públicos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n. 1, 2011, 447-474.

--- “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración. Ponencia al XI Congreso AEPDA”. 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: INAP, 2016.

--- “El reconocimiento de legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a los licitadores excluidos”. *Contratación Administrativa Práctica*, n. 150, julio-agosto 2017.

Valcárcel Fernández, Patricia y Rafael Fernández Acevedo. “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”. En Sorace, D., dir. *Amministrazione Pubbliche dei contratti*. Nápoles: Ed. Scientifica, 2013, 309-375.

--- “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del Sector Público”. En Gimeno Feliu, José, dir. *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*. Madrid: Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 237-276.

Valdivia Olivares, José. "Actos administrativos ilegales y responsabilidad del Estado". En Ferrada Bórquez, Juan, Jorge Bermúdez Soto y Oswaldo Urrutia Silva, eds. *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*. Santiago de Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016.

--- "La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública". En Ferrada Bórquez, Juan, coord. *La nulidad de los actos administrativos en el Derecho chileno, IX Jornada de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Thompson Reuters, Universidad de Valparaíso, 2013, 437-483.

Vázquez, Adolfo Roberto. *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*. Buenos Aires: Abaco, 1992.

Vásquez Santander, Yuri, y Maximiliano Koch Chacón. *Institucionalidad, procedimiento y jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública (Análisis jurisprudencial desde su establecimiento hasta la actualidad)*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2014. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116402>

Vázquez Irizarry, William. "La era de los órganos autónomos". *SELA 2006, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional Política, Poder Ejecutivo*, n. 9. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/William_Vazquez_Irizarry.pdf

Vega-Orjuela, Luz. "Eliminación del incentivo económico de las acciones populares: constitucional pero inconveniente". *Iter Ad Veritatem*, n. 13, 2015, 199-227.

Vergara Blanco, Alejandro. "Autoridades independientes y ordenación de la contratación administrativa". En Montaña Plata, Alberto, y Jorge Iván Rincón Córdoba,

eds. *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

--- “El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot”. *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2014, 269-292.

--- “Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 46, primer semestre de 2016, 347-378.

Vergara Blanco, Alejandro, y Daniel Bartlett Burguera. “Propuestas para la regulación del Tribunal de Contratación Pública. Organización, competencia y procedimiento”. *Estudios Públicos*, n. 147, invierno 2017, 33-93.

Vicente Dávila, Fernando. *La dimensión colectiva del derecho a la buena administración contractual: ¿un estatus de acción pública en el sistema de control de la contratación pública?* Observatorio de la Contratación Pública, 09/04/2018. <http://www.obcp.es/opiniones/la-dimension-colectiva-del-derecho-una-buena-administracion-contractual-un-status-de>

--- “La legitimidad en el recurso especial en materia de la contratación pública: una apreciación casuística”. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 13, 2017, 105-143.

Villamizar Schiller, Eddy. “El derecho colectivo: moralidad administrativa en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del Derecho Administrativo”. *Estudios Socio Jurídicos*, n. 8, julio-diciembre 2006.

Villar Palasí, José. *Lecciones sobre contratación administrativa*. Madrid: Facultad de Derecho Universidad de Madrid, 1969.

Villoria Mendieta, Manuel, José Gimeno Feliu y Julio Tejedor Bielsa, dirs. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016.

Yong, Samuel, y Camilo Rodríguez Yong. "Pérdida de oportunidad". *Via Inveniendi et Iudicandi*, n. 2, vol. 6, 2011.