

Hacia un control de legalidad eficiente de los actos administrativos de adjudicación en

Colombia

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la Gestión

Administrativa

Andrés Trujillo Arias

Gabriel Ballesteros Pinilla

Doctor en Derecho

Magíster en Derecho Administrativo

Abogado

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá

31/05/2020

Tabla de contenidos

Resumen	1
Objetivos.....	2
Introducción.....	3
Capítulo I: Marco teórico	5
1.1. Mapa conceptual.....	5
1.2. Desarrollo conceptual de la perspectiva teórica	6
Conclusiones.....	11
Capítulo II: El acto administrativo de adjudicación en el sistema jurídico colombiano y su referencia al control de legalidad.....	12
2.1. La configuración del acto de adjudicación del contrato y su control de legalidad....	12
2.2. Los problemas que genera el control de legalidad actual	22
2.2.1. El desconocimiento de la tutela judicial plena de los intereses legítimos de los licitadores	28
2.2.2. La posibilidad de que el Estado soporte cargas económicas derivadas del pago condenas indemnizatorias	32
2.2.3. La afectación de los principios de transparencia, selección objetiva y economía que rigen la etapa precontractual.....	34
Conclusiones.....	38
Capítulo III: Implementación de un sistema de recursos especializado, rápido y eficaz	39
3.1. Características esenciales que debe tener el control de legalidad de los actos de adjudicación.....	39

3.1.1. Propuesta de mantener el control de legalidad de carácter jurisdiccional actual con algunas modificaciones sustanciales	42
3.1.2. Propuesta de crear un recurso administrativo especial que sea resuelto por un órgano especializado e independiente.....	44
3.2. La alternativa adecuada acorde al sistema jurídico nacional.....	51
Conclusiones.....	72
Conclusiones generales del trabajo de grado.....	73
Referencias	75
Anexo I: Producto práctico.....	82

Resumen

El acto administrativo de adjudicación en Colombia es irrecurrible en vía administrativa, por lo que, una vez ejecutoriado, obliga a las partes a suscribir el contrato y las controversias que se susciten son debatidas únicamente en sede jurisdiccional. Esta situación, en los dilatados litigios contencioso-administrativos, implica un ineficiente control de legalidad del acto de adjudicación, lo que contraría los presupuestos de la tutela judicial efectiva, genera el pago de indemnizaciones innecesarias a cargo del Estado, y desconoce algunos principios de la contratación pública, entonces: ¿cómo fortalecer el régimen jurídico de garantías para controlar de manera eficiente los actos de adjudicación de contratos estatales? Este trabajo, que usará la metodología de derecho comparado, pretende responder a esta pregunta con un planteamiento inicial de dos propuestas excluyentes, con el fin de realizar un control especializado, rápido y eficaz del acto de adjudicación, con los que se suspenda la suscripción del contrato hasta que la controversia sea resuelta: *i)* la implementación de un recurso jurisdiccional con trámite preferente, o *ii)* la creación de un recurso administrativo especial que sea resuelto por un órgano especializado e independiente. Finalmente, se determinará cuál es la mejor opción de acuerdo con el sistema jurídico nacional.

Palabras clave: contratación pública, acto administrativo de adjudicación, control de legalidad, régimen de recursos, tutela judicial efectiva.

Objetivos

El objetivo general del presente trabajo es demostrar que el control de legalidad de los actos de adjudicación en Colombia es ineficiente y que, como consecuencia de ello, se hace necesario fortalecer el régimen jurídico de garantías sobre el cual está cimentado.

Como objetivos específicos se encuentran los siguientes: *i)* estudiar el esquema bajo el cual se configura el acto de adjudicación de los contratos estatales y determinar cómo es el control de legalidad de estos en la actualidad; *ii)* identificar y explicar los problemas que surgen debido al control de legalidad de los actos de adjudicación como está concebido, acompañado del fenómeno de la mora judicial; *iii)* mostrar la necesidad de implementar un sistema de recursos especializado, rápido y eficaz; *iv)* plantear dos (2) posibles alternativas de un nuevo control que cumpla con las características mencionadas, e *v)* identificar la opción más adecuada y que genera menos dificultades en su implementación, la cual será propuesta en el producto práctico, anexo a este trabajo.

Introducción

Tradicionalmente, la adjudicación de los contratos estatales ha sido entendida como el acto administrativo por medio del cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección. Este acto se encuentra regulado en los artículos 24.7; 25.8; 30.9, .10 y .12; y 77 de la *Ley 80 de 1993*, y el artículo 9 de la *Ley 1150 de 2007*, de acuerdo con los cuales se advierte que el acto de adjudicación: *i)* es de carácter definitivo y de alcance particular; *ii)* es irrecurrible en vía administrativa, y *iii)* genera para las partes la obligación de suscribir el contrato.

En el contexto advertido es muy común que quien tenga una inconformidad respecto del proceso de selección y no haya sido el vencedor, acuda a la jurisdicción contenciosa para solicitar la nulidad del acto de adjudicación. Pero, debido a la congestión judicial, la decisión de fondo se produce comúnmente cuando el contrato está en ejecución o ya culminó, por lo que no es posible el restablecimiento del derecho, consistente en la adjudicación del contrato al reclamante.

El esquema del control de legalidad del acto de adjudicación, así concebido, genera tres (3) problemas esenciales. En primer lugar, no se consigue la tutela judicial plena de los intereses legítimos de licitadores, ya que, por la dilación de los litigios contencioso-administrativos, únicamente puede conseguirse la indemnización de perjuicios —tutela restaurativa—, dejando de lado la posibilidad de restablecer las posiciones jurídico-subjetivas —tutela resarcitoria—. El segundo escollo que suscita consiste en la posible carga económica que debe asumir el Estado, pues si son estimadas las pretensiones resarcitorias derivadas de la nulidad del acto de adjudicación, para la satisfacción del servicio, se generará un costo adicional al pago por la ejecución del contrato, que probablemente lo será en condiciones menos favorables para el Estado de las que hubieran sido posibles en caso de haber sido adjudicada a la mejor propuesta.

Finalmente, afecta los principios de transparencia, selección objetiva y economía, debido a que, al no garantizársele a los licitadores el derecho de contradicción en vía administrativa, se abre la posibilidad de que la oferta escogida no sea la mas beneficiosa para la administración, situación que en ultimas, podría generar que los recursos públicos futuros sean desviados de su objetivo social.

Es pues necesaria la implementación de un sistema de recursos especializado, rápido y eficaz para garantizar la atención oportuna de los reparos jurídicos de los oferentes vencidos, conseguir que el control de la adjudicación tenga consecuencias restaurativas, y no únicamente indemnizatorias, y procurar la transparencia en la contratación, así como la optimización del manejo de recursos públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.

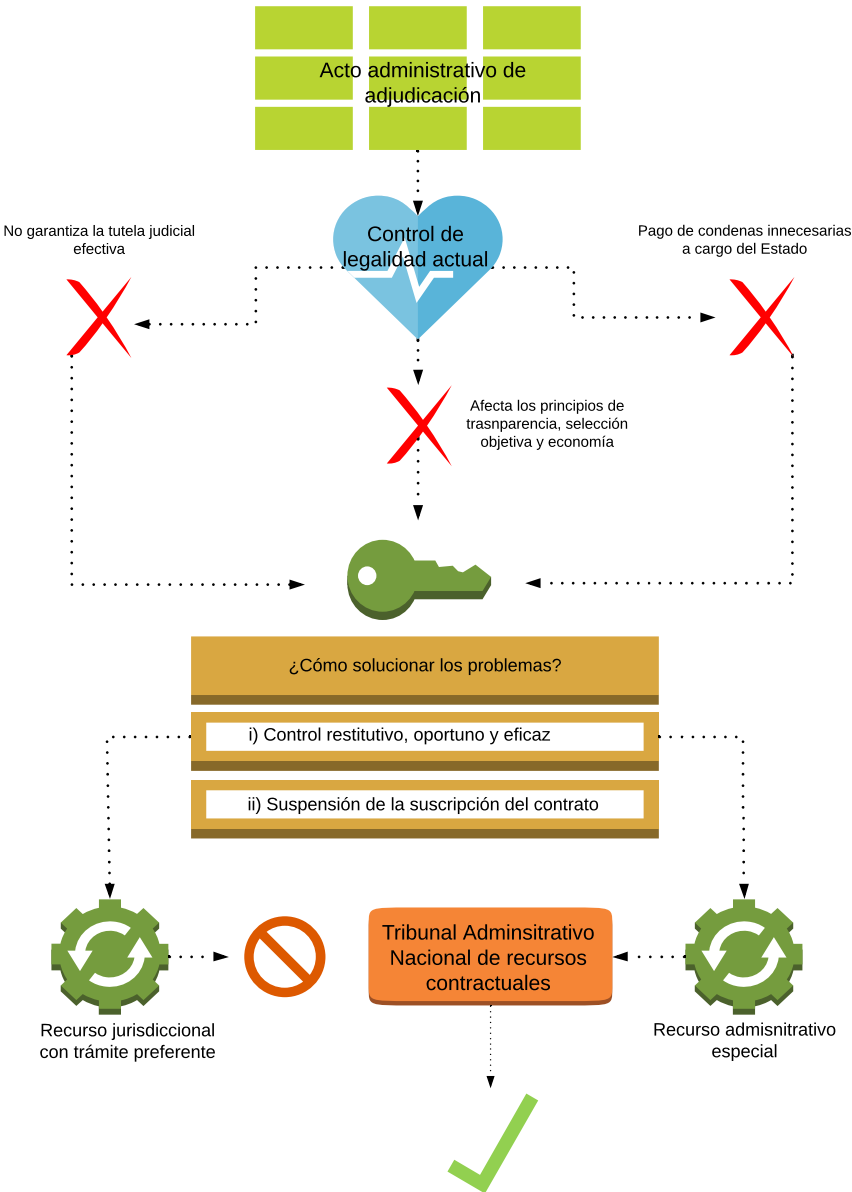
Como posibles propuestas de un sistema eficiente de control del acto de adjudicación, se estudiará: *i)* la implementación de un recurso jurisdiccional con trámite preferente, que permita la impugnación del acto de adjudicación de manera previa, preferente y jurisdiccional en única instancia, con la suspensión de la suscripción del contrato hasta tanto no se resuelva el conflicto, y *ii)* la creación de un recurso administrativo especial, propuesta que se fundamentará en el modelo español, que tiene sus bases en la creación de un control novedoso en sede administrativa de competencia de un órgano especializado e independiente, que de igual manera suspenda la suscripción del contrato hasta tanto no se desate el asunto.

Luego de presentar ambas propuestas, será evaluada su compatibilidad con el sistema jurídico nacional actual, para concluir con ello que el sistema de recursos administrativos especiales es la opción más adecuada y que genera mayores beneficios y menos dificultades en su implementación.

Capítulo I: Marco teórico

En este capítulo se desarrollará, en primer lugar, una gráfica que permita percibir de forma simple, didáctica y visual el desarrollo que se pretende realizar en el presente trabajo; en segundo lugar, se realizará el desarrollo conceptual de la perspectiva teórica en la que se fundamentarán las conclusiones a las que se pretende llegar.

1.1. Mapa conceptual



1.2. Desarrollo conceptual de la perspectiva teórica

En términos generales, el concepto de adjudicación hace referencia, como bien lo expone Güecha (2015), “a la decisión de la administración, por la cual determina a quien escoge como adjudicatario y así celebrar el contrato respectivo; siendo por tanto el acto definitivo típico precontractual, mediante el cual se culmina todo el procedimiento de selección” (p. 137).

En efecto, cuando la administración dentro de un proceso de selección acepta la propuesta presentada por algún oferente, siguiendo criterios objetivos de selección, está expresando su voluntad mediante un acto administrativo, que como ha expresado el Consejo de Estado (2017, agosto 15) posee tres características esenciales: *i*) es un acto de carácter definitivo y de alcance particular; *ii*) es irrevocable, por regla general, y *iii*) obliga a las partes a suscribir el documento que contenga las respectivas cláusulas referidas en la oferta presentada, siendo dicha suscripción el acto que perfecciona el contrato (p. 4-6).

Es así como el carácter especialísimo del acto de adjudicación en Colombia implica que una vez ejecutoriado, este debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes, quienes en el caso de tener reparos por la legalidad de dicha manifestación de voluntad no pueden presentar un recurso administrativo o solicitar la revocatoria directa del acto, a excepción de las causales generales prescritas en el artículo 93 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* –CPACA–, y los dos (2) casos contenidos en el artículo 9º de la *Ley 1150 de 2007* que permite a la autoridad competente revocarlo: *i*) cuando el adjudicatario incurre en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, o *ii*) cuando la adjudicación se obtuvo por medios ilegales. Adicionalmente, se tiene la revocatoria tácita, que ocurre cuando el proponente que ha sido favorecido con la adjudicación no comparece a firmar el contrato.

Lo anterior necesariamente evidencia que el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación en Colombia se realiza únicamente en sede judicial, mediante el medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según lo consagrado en el inciso 2° del artículo 141 del CPACA, situación que implica, además, la realización de un control indirecto del contrato estatal, por cuanto el artículo 44.4 de la *Ley 80 de 1993* establece que la nulidad del acto administrativo de adjudicación conlleva la nulidad del propio contrato.

Ahora bien, en la realidad este control judicial es poco efectivo debido a la conocida congestión judicial que soporta el sistema colombiano, en tal sentido, la decisión de fondo de un proceso en el que se discute la legalidad de un acto de adjudicación se produce comúnmente cuando el contrato está en ejecución o ya culminó, situación que conlleva necesariamente a que el restablecimiento del derecho no sea posible.

Con todo lo anterior, es necesario reafirmar que los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos son un elemento esencial de la contratación pública y su control debe ser eficiente, pues como bien lo afirma Carbonero (2010) “son considerados como garantes de la transparencia y objetividad de la administración a la hora de seleccionar a los contratistas, y por ende, invertir dinero público” (p. 669); sin embargo, el régimen jurídico de garantías de los actos de adjudicación, concebido como se ha explicado en los párrafos anteriores, incumple con dicho cometido, fundamentalmente porque genera tres (3) problemas básicos:

El primero tiene que ver con la imposibilidad de garantizar la tutela judicial plena de los intereses legítimos de los licitadores que, en palabras de Díez (2012), comprende:

La reposición de la situación alterada a su estado originario – que es lo mismo que el restablecimiento o restitución de la legalidad – y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionado con motivo de la infracción –que supone un resarcimiento económico de las

lesiones producidas a terceros— [...] conforme a ellas, una actuación que contraviene el ordenamiento jurídico tiene como primera consecuencia la obligación de restablecer el estado de cosas anterior a la comisión de la ilegalidad, pues de lo contrario no podría hablarse de un Estado Social de Derecho, asimismo, en el caso de que haya producido daños, hace surgir un deber de indemnizarlo, siempre que se den los presupuestos jurídicamente establecidos al efecto. (p. 71-72)

Esta imposibilidad se hace evidente en cuanto la jurisprudencia contencioso-administrativa ha sido uniforme y pacífica en reconocer, en los fallos en que se anula algún acto de adjudicación perjuicios de carácter indemnizatorios, pues la imposibilidad de restablecer las condiciones jurídico-subjetivas del reclamante —tutela restaurativa propiamente dicha—, por la dilación del proceso mismo y la continuidad del proceso contractual objeto de controversia, hace imposible adjudicarle el contrato sobre el cual, en condiciones normales, el reclamante hubiera sido su beneficiario.

El segundo problema que suscita el actual esquema de control de la adjudicación de los contratos estatales consiste en la posible carga económica que podría asumir el Estado, en los casos que son estimadas las pretensiones resarcitorias derivadas de la nulidad del acto de adjudicación, situación que podría ser menos adversa o hasta evitable si el control del acto de adjudicación fuera realizado de manera oportuna, garantizando así los fines de la contratación pública.

Finalmente, y en sintonía con los problemas anteriores, se tiene que el régimen jurídico de garantías de los actos de adjudicación afecta los principios de transparencia, selección objetiva y economía, pues no basta con que el proceder de la entidad contratante en la etapa precontractual se ciña al principio de legalidad, además es necesario garantizar a los proponentes participantes

en un proceso de selección su derecho de contradicción pleno —principio de transparencia—, que les permita tener certeza que la oferta elegida fue la mas beneficiosa para los fines del estado —principio de selección objetiva—, y propender para que en la medida de las posibilidades los recursos estatales futuros nos sean desviados de su objetivo social, como lo sería el pago de condenas indemnizatorias innecesarias —principio de economía—.

La problemática expuesta denota la necesidad de fortalecer las garantías de control de los actos de adjudicación en Colombia, mediante la implementación de un sistema de recursos especializado, rápido y eficaz. En tal virtud, este trabajo estudiará dos (2) posibles propuestas para fortalecer el régimen jurídico de garantías de los actos de adjudicación de contratos estatales, que procure por: *i)* establecer mecanismos de control preventivo para hacer frente a las irregularidades producidas en los procedimientos de contratación; *ii)* conseguir que el control del procedimiento de adjudicación tengan un efecto restaurativo, y no únicamente indemnizatorio, y *iii)* aportar a la transparencia en la contratación, a la selección de la mejor oferta, a la optimización del manejo de recursos públicos y, en general, al cumplimiento de los fines Estatales.

Con el propósito de cumplir con dicho cometido se utilizará la metodología de investigación de derecho comparado, que permite, en palabras de Villabella (2015):

Cotejar dos objetos jurídicos pertenecientes a un mismo dominio, tales como conceptos, instituciones, normas procedimientos, etcétera, lo cual posibilita destacar semejanzas y diferencias, establecer clasificaciones, descubrir tendencias y revelar modelos exitosos. La tendencia contemporánea es no sólo el empleo de la comparación como recurso, sino a su vez, sobre la base de ello, a la reingeniería de las normas de derecho y a la homologación de las instituciones. (p. 940)

En primer término se analizará la opción de implementar un nuevo control de legalidad que permita la impugnación del acto de adjudicación de manera previa, preferente y jurisdiccional en única instancia, propuesta realizada por Garzón (2018) siguiendo la legislación francesa en esta materia, dicho autor sostiene “que la solución no puede obtenerse dentro del vigente marco normativo de la actividad contractual estatal, por esa razón, se avanza en el sentido, de la necesidad de una modificación al derecho positivo vigente en esa materia” (p. 15). Sobre este punto, se realizará un análisis de lo que representa darle más competencias a la rama judicial del poder público, que se reitera, se encuentra en una etapa de congestión masiva, y si en realidad la solución propuesta es viable en virtud de la realidad social y judicial nacional actual.

En segundo término, se analizará la opción de un recurso administrativo especial, siguiendo el ejemplo español, que como lo refiere Gimeno (2014), consiste en la creación de un Tribunal administrativo independiente especializado encargado del control de los procesos de selección, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación. Este régimen de recursos según el *Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España* realizado por Gimeno para el Observatorio de Contratación Pública de España (2015) ha cumplido con su cometido y ha dado resultados positivos; de igual forma, se debe destacar que el modelo precitado ha sido implementado con gran éxito en el sistema jurídico peruano.

Finalmente, se estudiará la posibilidad de implementar este último control de legalidad en el sistema jurídico colombiano, ya sea dotando de competencias a una entidad existente, o creando un nuevo organismo. Cualquiera que sea el caso, lo indispensable es que tenga la capacidad necesaria para resolver los conflictos surgidos contra los actos de adjudicación, de una manera eficiente.

Conclusiones

Con la perspectiva teórica planteada en este acápite, se pretendió esclarecer los conceptos tanto doctrinales, legales y jurisprudenciales que serán desarrollados a profundidad en los siguientes capítulos de este documento, con el propósito de identificar plenamente algunos de los problemas que suscita el control de legalidad actual de los actos de adjudicación de la contratación pública en el panorama nacional, además que permite, *prima facie*, evidenciar posibles soluciones para combatir dichos problemas, a partir de la propuesta de implementar un sistema de recursos especializado, rápido y eficaz.

Capítulo II: El acto administrativo de adjudicación en el sistema jurídico colombiano y su referencia al control de legalidad

Este capítulo pretende mostrar, a grandes rasgos, cómo se configura el acto de adjudicación de los contratos estatales, bajo la normatividad nacional vigente, y cómo se realiza el control de legalidad de estos. Una vez superada esa etapa, se identificarán tres (3) problemas esenciales generados por las especificidades de dicho control de legalidad en la realidad contractual y la mora judicial que permea el sistema jurídico colombiano. Problemas que se traducen en: *i)* la imposibilidad de garantizar la tutela judicial plena de los intereses legítimos de los licitadores, *ii)* la posibilidad de que el Estado atienda una carga económica innecesaria al pagar condenas indemnizatorias y *iii)* la afectación a los principios de transparencia, selección objetiva y economía que rige la etapa precontractual.

2.1. La configuración del acto de adjudicación del contrato y su control de legalidad

En la actualidad, el procedimiento general que rige la contratación pública en Colombia se encuentra regulado, esencialmente, en la *Ley 80 de 1993*, la *Ley 1150 de 2007* y el *Decreto 1082 de 2015*, cuerpos normativos que, como bien lo expresan Ramos y Ramos (2018), permiten diferenciar (4) etapas particulares, a saber: *i)* etapa previa o de planeación, *ii)* etapa precontractual, *iii)* etapa contractual y *iv)* etapa postcontractual.

No obstante, atendiendo al objeto y finalidad del presente estudio, únicamente es necesario referirse a la fase precontractual, la cual, de manera inequívoca, inicia con la publicación del acto administrativo de carácter general que ordena la apertura del proceso de selección, ya sea por licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos y finaliza con el acto administrativo particular que adjudica el contrato al proponente que haya presentado la mejor oferta.

En este punto es preciso advertir que la contratación directa está excluida del trámite general de selección, por tratarse de un proceso simplificado que, como refiere la Corte Constitucional (2002, julio 3) es entendida como:

La facultad que tiene el jefe de una entidad del Estado para escoger a la persona que ha de celebrar el contrato con la entidad, prescindiendo del procedimiento de licitación pública o concurso, pero sujeto en todo caso al principio de transparencia y al ejercicio del control de esa forma o manera de contratar por parte de las autoridades competentes. (p. 13)

Ahora bien, en el proceso general de selección, una vez realizada la audiencia para la aclaración de los pliegos (L. 80/1993, art. 30.4) y fenecido el plazo para presentar propuestas, la entidad pública elaborará, en un término perentorio fijado en los pliegos de condición, los estudios técnicos, económicos y jurídicos de las propuestas entregadas (L. 80/1993, art. 30.7) que permanecerán en la Secretaría General de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles, con el fin de que los oferentes presenten las objeciones u observaciones que estimen pertinentes, sin que ello signifique que puedan completar, adicionar o modificar sus propuestas (L. 80/1993, art. 30.8).

Luego del vencimiento de dicho plazo, le corresponde a la entidad pública decidir si declara desierto el proceso o adjudica el contrato (L. 80/1993, art. 30.9); eventos que, como bien los describe Güecha (2015) surgen debido a que:

[En la decisión de declaratoria de desierta] ninguna de las propuestas presentadas es habilitada para ser evaluada, por no cumplir con los requisitos de admisibilidad o que, siendo admisible, ninguna se torna favorable para la entidad de acuerdo con los criterios de selección objetiva previstos en el pliego de condiciones; el segundo evento, es decir el

de la adjudicación, se muestra en la asignación de la licitación a la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo al informe de evaluación. (p. 136-137)

La adjudicación constituye así la decisión de la administración de aceptar una de las propuestas presentadas en un proceso de selección; manifestación de voluntad que obliga a las partes a suscribir el contrato proyectado y da por culminada la etapa precontractual (Ley 1150/2007, art. 9). Al generar esta obligación y excluir a los proponentes que no fueron seleccionados, dicha decisión configura un acto administrativo (Ley 80/1993, art.24.7), en el que deben reflejarse las razones de hecho y derecho que conllevaron a la escogencia objetiva del adjudicatario, acto que será notificado de manera personal al vencedor y comunicado a los demás participantes. En este sentido, se concluye que el acto de adjudicación es por esencia de carácter particular, reglado y definitivo.

Se debe recordar que el acto administrativo de adjudicación es revocable únicamente en los siguientes escenarios, a saber: *i)* cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o la Ley; *ii)* cuando no estén conformes con el interés público o social, o atente contra el; *iii)* cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona; *vi)* cuando entre la adjudicación y la celebración del contrato sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad, *v)* cuando se demuestre que la adjudicación se obtuvo por medios ilegales; y *vi)* cuando quien haya sido favorecido con la adjudicación no comparezca a firmar el contrato en el término previsto en el pliego de condiciones –revocatoria tácita–. Los cinco (5) primeros escenarios son de raigambre legal, pues el artículo 93 del CPACA y Ley 1150 de 2009 así lo prescriben. El último, por su parte, como bien lo advierte Güecha (2015), tiene sustento en la realidad contractual debido a la posibilidad que existe de que el contrato sea adjudicado a quien ocupó el segundo lugar en el proceso de selección, siempre que la propuesta fuera favorable para la entidad.

Sobre la revocatoria de los actos particulares y concretos –como lo son los actos de adjudicación–, el artículo 97 del CPACA establece que “cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular”. El inciso segundo del artículo bajo análisis también dispone que, en caso de que no exista consentimiento de la persona a la que se le creó una situación jurídica particular y concreta para adelantar la revocatoria del acto, la administración está en el deber de demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo –control de legalidad conocido doctrinalmente como acción de lesividad–.

Adicionalmente, es imperante recordar que el acto de adjudicación no tiene recursos administrativos, como lo establece el artículo 77 de la *Ley 80 de 1993*, en sintonía con el artículo 25.8 del mismo *Estatuto de Contratación*, el cual prescribe que “el acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto”.

Bajo estos lineamientos, se advierte que el control de legalidad del acto administrativo de adjudicación se realiza únicamente en sede judicial, es decir que, quien desee controvertir el acto por considerarlo no ajustado a derecho tiene la opción de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, en ejercicio del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, según el inciso 2º del artículo 141 del CPACA. Esto implica, además, un control indirecto del contrato estatal, por cuanto el artículo 44.4 de la *Ley 80 de 1993* establece que la nulidad del acto administrativo de adjudicación conlleva la nulidad del propio contrato.

El control judicial en sede de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho parte necesariamente de suponer que la decisión de la administración de adjudicar un contrato es

esencialmente un acto administrativo, susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que en ello tenga relevancia que el procedimiento precontractual se rija por la *Ley 80 de 1993* o por regímenes exceptuados gobernados por el derecho privado. Esta tesis ha sido sostenida desde hace unos años por la Sección Tercera del Consejo de Estado (2005, abril 20), en un proceso en el que se estudió la naturaleza de los actos jurídicos dictados por una universidad pública en la etapa precontractual, en este fallo se estableció lo siguiente:

No puede dejarse de lado el hecho de que, a pesar de tratarse de contratos estatales especiales sujetos a la normatividad del derecho privado, son celebrados por entidades estatales que al ejercer funciones administrativas se pronuncian y deciden a través de actos administrativos, cuyo juzgamiento es de exclusiva competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (p. 12)

Esta tesis fue aplicada pacíficamente por dicha Sección en fallos posteriores¹, sin que fuera objeto de debate. Es más, una decisión proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2016, octubre 24), en la que se procedió a analizar la naturaleza jurídica de

¹ Algunas providencias que se alinean con dicha tesis son: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de octubre de 2013, expediente No. 30763; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2014, expediente No. 28209; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente No. 38696; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente No. 30618; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 18 de enero de 2012, expediente No. 42109; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección c, sentencia del 7 de septiembre de 2015, expediente No. 36633.

los actos precontractuales dictados por una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, profundizó en el tema y planteó un estudio detallado para resolver la inquietud sobre “si los actos del trámite pre-contractual de las entidades excluidas son administrativos o tienen naturaleza civil o mercantil, con la incidencia que esto representa sobre el control judicial de los mismos” (p. 23) y si es la justicia ordinaria o especial la encargada de conocer las controversias surgidas por en la expedición de dichos actos. Como conclusión de dicho planteamiento, la Subsección reiteró el planteamiento de antaño y aseveró que, en efecto:

Se trata de actos administrativos, bien de trámite o bien definitivos, porque esta naturaleza no depende –se insiste– del régimen jurídico sustantivo que rija la cuestión que se decide en el acto, sino de otras variables, esencialmente de la presencia de una entidad estatal, en ejercicio de una función administrativa, que define una situación jurídica y produce efectos jurídicos. Si el acto cumple esta definición es administrativo y es controlable por la justicia administrativa, si concurren las condiciones del artículo 82 del CCA –hoy artículos 103 a 105 del CPACA–. (p. 24)

Un sector de la doctrina ha criticado la postura del alto Tribunal Contencioso para identificar qué actos son considerados administrativos, con base en unos criterios netamente subjetivos. El profesor Montaña (2005) ha insistido en “la improcedencia de una fundamentación subjetiva del acto administrativo, es decir, en la imposibilidad de conceptualizar este a partir de la verificación (administrativa) del sujeto que lo profiere” (p. 210). A su juicio, el acto administrativo es un acto de poder en ejercicio de función administrativa, entendida esta última como “el conjunto de actividades fundadas en el ordenamiento jurídico, dirigidas a satisfacer los intereses públicos” (p. 211). Sin embargo, estima que “el ejercicio de la función administrativa puede materializarse a través de actos administrativos, pero también de otro tipo de actos, es decir, de actos que

impliquen autoridad o poder y de actos que no” (p. 212). En otras palabras, para identificar la naturaleza de un acto administrativo no solo se debe observar el criterio subjetivo de este, sino también su contenido material, para evidenciar si se concreta una función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder.

Pese a los debates académicos, parecían existir unos lineamientos jurisprudenciales claros en la definición de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales en procesos regidos por el derecho privado, pues las diferentes subsecciones de la Sección Tercera del Alto Tribunal Contencioso se encontraban en sintonía respecto a que toda actuación realizada por una entidad estatal que contuviera una decisión que produjera efectos jurídicos, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira sea el derecho administrativo o privado, formaba parte de la actividad productora de actos administrativos y serían controlables bajo las acciones para ello habilitadas.

Sin embargo, una providencia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2018, junio 19), por medio de la que se estudió la naturaleza jurídica de ECOPETROL y el régimen aplicable a los actos jurídicos dictados por esta, rompió dicho paradigma, al considerar que:

Los actos administrativos expedidos ante la etapa precontractual respecto de las entidades que se rigen estrictamente por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, difieren de aquellos actos contractuales que se emiten en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado en ejercicio de facultades otorgadas por las mismas partes, pues la emisión de estos se funda en la autonomía dispositiva y no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común. [...] Así pues, en los procesos de selección que se rigen por las normas de derecho privado, y precisamente por esto, las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones

a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las decisiones o los actos que se dicten en virtud del trámite del respectivo proceso, en virtud de los principios de las buenas costumbres, de buena fe, para que no se pueda ejercer de manera abusiva un derecho que vaya en contravía de las garantías constitucionales. (p. 14-15)

Conforme lo transcrito, se observa que el Alto Tribunal Contencioso consideró, bajo un nuevo planteamiento conceptual, que la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato Estatal, que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en el *Estatuto General de la Contratación Pública*, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional, a diferencia de los que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón, se constituyen en actos administrativos².

Lo que subyace a la aplicación de esta teoría es determinante para el control judicial que se pueda ejercer a dichos actos, pues al no considerarse actos administrativos, no gozarían de presunción de legalidad, por lo que los medios de control de anulabilidad clásicos no encuadrarían

² Este criterio fue inicialmente expuesto en el siguiente fallo, sin embargo, se refería a los actos contractuales propiamente dicho y no a los actos precontractuales. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2017,

enteramente y dichos actos jurídicos tendrían que ser pasibles, en principio, de un control diferente.

Aun así, e independiente de dicha diferenciación, acto administrativo o acto jurídico, la misma Corporación ha sido uniforme en establecer que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 104 del CPACA, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en actos o contratos “sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas” e igualmente le corresponde conocer de los asuntos relativos a contratos “cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”. En este sentido, prevalece el criterio subjetivo de las personas involucradas en la relación contractual para determinar la competencia de esta jurisdicción en los litigios emanados de los contratos que no están sujetos al *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.

En síntesis, y de acuerdo con el derrotero expuesto, el control de los actos de adjudicación se surte únicamente por vía judicial y la autoridad competente para conocer dichos procesos es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, control que en la actualidad se realiza de la siguiente manera: *i)* cuando se trata de actos de adjudicación en proceso de contratación regidos por *Ley 80 de 1993*, a través del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho; *ii)* cuando se trata de actos de adjudicación en procesos contractuales regidos por el derecho privado de manera preponderante, en los que el juzgador estime que la adjudicación se produce mediante acto administrativo, se atacaran a través del mismo medio de control, o *iii)* cuando se trata por regímenes especiales, en los que el juez del contrato considere que la adjudicación se da con un acto jurídico, el medio de control a aplicar no es tan claro y ha sido

ampliamente discutido, pero aun así el Alto Tribunal se sigue decantando por los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre este último punto, y sin perjuicio de la realidad judicial, cabe destacar la posibilidad teórica que dispone el CPACA para atacar los actos mencionados mediante los medios de control, tanto de carácter anulativos como de responsabilidad, pues el artículo 141 de dicha normatividad, atinente a las controversias contractuales, señala indistintamente que los actos —ya sean administrativos o jurídicos—, “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”. Por su parte, el artículo 140 de la misma codificación, referente a la reparación directa, estima que el Estado responderá por cualquier causa imputable a una entidad pública, causa que puede tener su origen en un acto de adjudicación.

Finalmente, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que si bien la acción popular no tiene como finalidad controvertir la legalidad de los actos administrativos, ya que para asegurar el cumplimiento de dicho propósito se han previsto en el ordenamiento jurídico las acciones contencioso administrativas; lo cierto es que a través de una visión garantista de los derechos constitucionales se admite que, si dichos actos o contratos son la causa de afectación o amenaza de un derecho colectivo, el juez constitucional puede anularlos, suspenderlos o inaplicar sus efectos de oficio³. Así las cosas, se deduce que en el ordenamiento

³ Algunas providencias que sostiene dicha tesis son: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2001, expediente AP-166; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 18 de diciembre de 2001, expediente AP-275; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2002, expediente AP- 10401.

jurídico se prevé excepcionalmente a la acción popular, como una herramienta constitucional con la capacidad e idoneidad necesaria para obtener la declaratoria de nulidad o suspender los efectos de los actos administrativos precontractuales o el mismo contrato estatal, siempre que vulneren o amenacen derechos colectivos.

2.2. Los problemas que genera el control de legalidad actual

Habiendo desarrollado a grandes rasgos el esquema general del control de legalidad del acto de adjudicación en Colombia, se concluye que: *i)* la decisión de adjudicar un contrato es un acto definitivo que no es recurrible por vía administrativa, *ii)* la posibilidad de revocar el acto es posible solo en circunstancias excepcionales y reviste la obligación de que el titular del derecho otorgue su consentimiento expreso para ello, *iii)* la única vía para atacar las inconformidades respecto dicho acto es la vía judicial, en cualquiera de las modalidades explicadas.

La última cuestión comporta un problema fundamental en el sistema jurídico nacional, principalmente por la conocida congestión judicial que ataca al país, fenómeno que como sostienen La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny (2014) va en aumento, pues “cerca de la mitad de las necesidades jurídicas de la población colombiana que son llevadas al sistema de justicia se encuentran pendientes de decisión” (p. 165-169).

Gracias a esa congestión, en los procesos judiciales en los que se discute la legalidad de un acto de adjudicación, la decisión de fondo puede producirse, con un alto nivel probabilidad, cuando su ejecución haya terminado, lo que implica que el restablecimiento del derecho, que en este caso sería la adjudicación del contrato al proponente merecedor por haber presentado una mejor oferta, no sea posible. Como muestra de ello fueron estudiados los fallos de segunda instancia proferidos por las distintas Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado,

en el periodo comprendido entre 2018 y 2019, en los que se estudió de fondo la legalidad de los actos de adjudicación surgidos en contratos estatales:

<i>Tabla 1</i>				
Fallos de segunda instancia proferidos por las distintas Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado 2018-2019				
No. radicado (fecha de fallo definitivo)	Partes	Fecha de presentación de la demanda (acción)	Pretensiones	Decisión
37485 (14/02/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. contra Departament o de Caldas	16/07/2003 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 03/06/2003 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Accede parcialmente (Declara la nulidad del acto de adjudicación, declara la nulidad absoluta del contrato, y niega la solicitud indemnizatoria)
41198 (26/02/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	OICA S.A contra Nación - INVIAS	05/03/2001 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 01/03/2001 ; ii) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega
38711 (01/03/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Fundación Educacional Nuevo Retiro contra Departament o de Cundinamar ca	19/12/2005 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 23/12/2003 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega
36947 (01/03/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	De Sargo S.A contra la Empresa de Licores de Cundinamar ca	12/09/2003 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 13/03/2003 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega
54632 (19/04/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Consorcio Alyar S.A contra Unidad Especial de Rehabilitaci ón Vial	26/06/2013 (Nulidad y restablecimien to del derecho CPACA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 16/01/2013 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Accede parcialmente (Declara la nulidad del acto de adjudicación, declara la nulidad absoluta del contrato, y condena a pagar por la utilidad dejada de percibir \$636.327.399)

59530 (05/06/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Unión Temporal INGSA Ltda. Contra Acueductos de Antioquia E.S.P.	14/10/1997 (Nulidad y restablecimiento del derecho CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 12/06/1997; ii) indemnización por la utilidad que dejó de percibir al ser el proponente de mejor derecho.	Niega
53506 (02/08/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Unión Temporal Help Desk Co. contra DIAN	13/06/2013 (Nulidad y restablecimiento del derecho CPACA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 27/12/2012 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega
38339 (16/08/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Consorcio Transmilenio o ACC contra IDU	20/05/2003 (Nulidad y Restablecimiento del derecho CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 03/04/2003 ; ii) indemnización por la utilidad que dejó de percibir al ser el proponente de mejor derecho.	Accede parcialmente (Declara la nulidad del acto de adjudicación y condena a pagar por la pérdida de oportunidad \$298.556.369)
56665 (16/08/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Consultoría Colombiana S.A. contra INVIAS	12/04/2012 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 27/12/2011 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega
56857 (30/08/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Sociedad Digital Ware S.A. contra SENA	02/07/2013 (Nulidad y restablecimiento del derecho CPACA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 20/12/2012 ; ii) indemnización por la utilidad que dejó de percibir al ser el proponente de mejor derecho.	Niega
57597 (29/10/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Transporte Nuevo Rumbo LTDA. Contra Departamento de Cundinamarca	06/04/2015 (Nulidad y restablecimiento del derecho CPACA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 28/10/2014 ; ii) indemnización por la utilidad que dejó de percibir al ser el proponente de mejor derecho.	Accede parcialmente (Declara la nulidad del acto de adjudicación y condena a pagar por la utilidad dejada de percibir \$246.595.108)
57936 (29/11/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	JAHV Macgregor S.A. contra ANTV	13/01/2015 (Nulidad y restablecimiento del derecho CPACA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 11/07/2014 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una	Niega

			indemnización integral de perjuicios.	
40416 (03/12/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Consortio Mora Mora & Cía. Ltda. Y Oica S.A. contra INVIAS	14/08/1998 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 21/04/1998 ; ii) sea reconocido como real adjudicatario; iii) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Accede parcialmente (Declara la nulidad del acto de adjudicación)
39066 (10/12/2018) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Consortio Ramirez – Hormaza contra Metrocali S.A.	04/07/2001 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 21/05/2001 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Accede parcialmente (Declara la nulidad del acto de adjudicación, declara la nulidad absoluta del contrato; condena a pagar por la utilidad dejada de percibir \$239.681.753)
42470 (19/08/2019) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Inversiones Guerfor S.A. contra Departament o del Caquetá	06/08/2007 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 25/07/2006 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Accede parcialmente (Declara la nulidad del acto de adjudicación, declara la nulidad absoluta del contrato, y declara la caducidad de la acción respecto del restablecimiento)
59432 (19/09/2019) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Consortio Audit Salud 2015 contra Ejercito Nacional	11/11/2015 (Nulidad y restablecimiento del derecho CPACA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 13/05/2015 ; ii) indemnización por la utilidad que dejo de percibir al ser el proponente de mejor derecho.	Niega
43333 (03/10/2019) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Mauricio Albeiro Hernández contra Departament o de Cundinamarca	18/10/1996 (Nulidad y restablecimiento del derecho CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 18/07/1996; ii) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega
46075 (07/10/2019) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	sociedades Cosan y cía. LTDA. Contra Aeronáutica Civil	24/02/2000 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 16/12/1999 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega (Declara probada la caducidad de la acción respecto de las pretensiones de restablecimiento de los derechos y niega las demás pretensiones)
37862 (25/10/2019) El plazo contemplado en el Contrato	Consortio Distribuidor	25/05/2004 (Controversias	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 05/08/2002 ; ii) Nulidad	Niega (Declara probada la caducidad de la acción frente a las

originario para ejecutar el contrato había culminado	a Cristal contra Comercializadora e Introdutora de Licores de Risaralda	contractuales CCA)	absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	pretensiones de restablecimiento y niega las demás pretensiones)
39945 (25/10/2019) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Consorcio R.S contra Ministerio de Protección Social	30/11/2007 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 22/11/2005 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Accede parcialmente (Declara la nulidad del acto de adjudicación, declara la nulidad absoluta del contrato, y niega la solicitud indemnizatoria)
42050 (25/10/2019) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	ABC Laboratorios S.A. contra Departamento del Huila	14/08/2006 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 18/11/2005 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega (Declara probada la caducidad de la acción frente a las pretensiones resarcitorias y niega las demás pretensiones)
41202 (15/11/2019) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	Consorcio Coninsa contra Agencia Logística de las Fuerzas Militares	11/05/2006 (Controversias contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 24/03/2006 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) a modo de restablecimiento una indemnización integral de perjuicios.	Niega
41889 (12/12/2019) El plazo contemplado en el Contrato originario para ejecutar el contrato había culminado	China North Industries Corp. Contra Agencia Logística de las Fuerzas Militares	15/06/2006 (Controversia contractuales CCA)	i) Nulidad de la resolución de adjudicación con fecha de 26/10/2005 ; ii) Nulidad absoluta del contrato; iii) sea reconocido como real adjudicatario; iv) indemnización integral de perjuicios.	Niega

Cabe pues afirmar, de conformidad con lo anterior, que la resolución de los casos en que se discute la legalidad de un acto de adjudicación, en la actualidad, tarda doce (12) años en promedio. Sobre este problema había advertido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, 2016) en el documento titulado *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, en el que se estudió el funcionamiento del

proceso de selección de la contratación pública en Colombia y de los recursos existentes para atacar las posibles irregularidades que puedan surgir en tal proceso, se afirmó que:

Varios Stakeholders reportaron a la OECD que los licitadores, en efecto, utilizan los recursos judiciales disponibles y confían en las decisiones de la jurisdicción. Sin embargo, existen retos en la revisión del sistema colombiano que puede resentir su eficiencia. Esto incluye la significativa carga de trabajo que tienen las cortes, que conlleva a la falta de un tratamiento eficaz de los asuntos, que las decisiones no sean falladas oportunamente, y que se aumenten los costos legales asociados. (p. 95-96. Traducción propia).

Los resultados de dicha investigación fueron poco satisfactorios, pues determinaron que, por la realidad jurídica, social y económica de Colombia, los mecanismos existentes para prevenir las irregularidades surgidas en los procesos de selección, que se traducen esencialmente en los recursos judiciales, son ineficientes, situación que genera una baja competitividad en los procesos contractuales y un déficit de legitimidad del proceso de selección, por no poderse atacar de manera oportuna las decisiones que los licitadores consideren contrarias a derecho.

En este sentido, entendiendo el esquema de control de legalidad del acto de adjudicación como esta concebido y sopesándolo con la mora judicial que acecha al país, es evidente que dicho control es ineficiente, esencialmente porque de él se derivan los siguientes problemas: *i)* no se garantiza la tutela judicial plena de los intereses legítimos de los licitadores, *ii)* deviene la posibilidad de que el Estado atienda una carga económica innecesaria al pagar condenas indemnizatorias y *iii)* afecta los principio de transparencia y economía que rige la etapa precontractual. Estos puntos serán analizados individualmente, a continuación.

2.2.1. El desconocimiento de la tutela judicial plena de los intereses legítimos de los licitadores

El derecho es eficaz cuando tenga la virtualidad de diseñar fórmulas efectivas de protección a los intereses jurídicos de los administrados y garantice medios oportunos para su cabal cumplimiento; así, el sistema de protección de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos representa la concreción de la idea de tutela en un Estado Social de Derecho.

En el ámbito del derecho administrativo, la tutela jurisdiccional se canaliza tradicionalmente a través de dos instituciones jurídicas, el resarcimiento y la restitución, figuras transversales que tienen formas autónomas de aplicación y persiguen objetivos diferentes. Con la tutela resarcitoria se busca garantizar la reparación, compensación o indemnización económica de un daño antijurídico que, como se ha entendido tradicionalmente en la jurisprudencia nacional, es el que un particular no está en la obligación de soportar. Así las cosas, este tipo de tutela implica un estudio de la responsabilidad: *i)* existencia de un daño, *ii)* relación de causalidad, *iii)* título de imputación. Por el contrario, la tutela restitutoria tiene lugar cuando de una actuación contraria al ordenamiento jurídico surge una exigencia básica de restablecimiento, situación que debe ser analizada de conformidad con la posición jurídico-subjetiva del afectado, para ello, como lo expresa Díez (2012), “hay que realizar un juicio presente, actual, sobre aquello a lo que tiene derecho el particular conforme el ordenamiento jurídico y obligar a restablecer esa posición jurídica a quien este en condiciones de hacerlo, aunque no sea el causante de la infracción legal” (p. 73).

Los mecanismos establecidos para brindar este tipo de tutela en el derecho público son los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, que tienen la capacidad de poner fin a la situación de ilegalidad y producir los efectos restitutorios, pero que como bien lo

manifiesta Diez (2012) no se configuran como mecanismos de castigo directo al responsable de una infracción, pues “se trata de una medida esencial de justicia: devolver a alguien lo que es suyo. Además, hay que tener en cuenta que la eficiencia de estas acciones está fuertemente condicionada por la rapidez de su interposición y resolución” (p. 74).

La tutela restitutoria únicamente será viable cuando se puedan adoptar medidas que impidan la consolidación de una situación jurídica en particular. Frente a las actuaciones de la administración, dicha tutela ha sido tradicionalmente ligada a la validez del acto administrativo, presupuesto que va íntimamente ligado a su legalidad y que, como bien lo explica Diez (2012):

Si una norma o un acto no es conforme a Derecho es inválido y, generalmente, la consecuencia es que debe anularse. Para determinar la validez o invalidez se realiza un juicio estático de ajuste al ordenamiento jurídico [...]. La consecuencia directa de ese juicio es la declaración de nulidad del acto que contraviene la legalidad establecida, que conlleva a la desaparición de los efectos jurídicos producidos por la norma o acto nulo con carácter *ex tunc*, *ab initio* y *erga omnes*. De este modo se busca restablecer la legalidad, en caso, reconstruir los efectos eliminados por el acto ilegal. (p. 75)

La distinción realizada entre la tutela resarcitoria y restitutoria permiten evidenciar el campo de aplicación de cada una de ellas, pues mientras la primera se centra en la concurrencia de una serie de requisitos estructurados en torno la existencia de un daño; la segunda se apoya en la vulneración de una posición jurídica derivada de las normas aplicables a un caso en concreto. Así, en atención a un caso específico, es posible que una tutela excluya a la otra o que ambas concurren, por ejemplo, cuando al deber de restablecer la ilegalidad sea necesario indemnizar un daño. En definitiva, se debe concluir que cada una de las tutelas es considerada un sistema autónomo de protección.

Los criterios acá analizados permiten suponer que, en principio, sería únicamente la tutela restitutoria la encargada de proteger los intereses de los licitadores en la contratación pública; sin embargo, esta conceptualización es un poco más compleja de lo que parece, de acuerdo con los puntos que se pasan a analizar.

En primer lugar, con relación a la posición jurídico-subjetiva es necesario hacer una diferenciación respecto de los oferentes que participaron en el proceso de selección, pues a un proceso judicial pueden concurrir aquellos que tenían una posición de mera expectativa o aquellos que hubieran sido los adjudicatarios si el acto de adjudicación no fuera invalidado. De esta simple diferenciación dependerán, en mayor medida, los efectos de la restitución, que podría ser la retrotracción de las actuaciones hasta el momento anterior a la causación de la ilegalidad para que se actúe de nuevo, o dictar una decisión determinada a favor de un oferente que, por la posición subjetiva en la que estaba, le permitía garantizar un resultado en concreto.

En segundo lugar, se hace necesario analizar las vías de tutela, que deberían estar configuradas para ofrecer una respuesta rápida y eficaz. La construcción teórica acá planteada no conllevaría ningún problema *prima facie*. Pero la realidad judicial, como se vio en la Tabla 1, es otra, pues es muy probable que, al momento de la resolución del conflicto, el contrato ya haya sido celebrado y ejecutado, afectándose así la eficiencia de la tutela restitutoria. Siendo ello así, la declaración de nulidad del acto de adjudicación no produciría los efectos jurídicos esperados, pues sería imposible realizar nuevamente el proceso de selección o adjudicar el contrato a la persona merecedora según los criterios objetivos de selección.

Siguiendo cada uno de los lineamientos mencionados, sería evidente que cuando no sea posible la restitución de las posiciones jurídicas al estado anterior se cierra la puerta a la tutela restitutoria y se abre el camino a la tutela resarcitoria únicamente. Sin embargo, en tal caso, el

monto de la posible indemnización no sería el de la obligación incumplida, sino el del perjuicio efectivamente causado, conforme al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual.

El criterio expuesto implicaría la independencia de cada una de las tutelas, en atención a presupuestos diferenciados. No obstante, la jurisprudencia nacional ha interpretado de manera diferente la correlación existente entre ellas y parece entender que la tutela restitutoria puede brindarse transformando la posición jurídica en valor económico, es decir, que aunque no sea posible devolver a su estado inicial la situación jurídica, la obligación perdura, así que debe cumplirse en la única forma posible que consiste en convertirla en valor económico⁴.

La tesis sostenida por el poder contencioso supone una categoría intermedia entre ambos tipos de tutela cuyo régimen jurídico ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal y como se puede verificar en la parte motiva de las sentencias condenatorias referidas en la Tabla 1, tratamiento que ha sido aplicado sin ninguna restricción.

Lo hasta aquí expuesto permite evidenciar que a los licitadores públicos que participan en los diferentes procesos de selección en Colombia no se les garantiza una tutela restitutoria plena, entendida como la retrotracción de las posiciones jurídicas subjetivas al estado inicial, tipo de protección que debe ser el fundamento primordial de cualquier reparación en un Estado Social de

⁴ Algunas providencias que demuestran este punto a lo largo de los años son: Consejo de Estado, sentencia del 9 de diciembre de 1988, expedientes acumulados No. 3528, 3529 y 3544; Consejo de Estado, Sección Tercera, , sentencia del 12 de abril de 1999, expediente No. 11344; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente No. 10963; Consejo de Estado, Sección Tercera, , sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente No. 13792; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, expediente No. 14169.

Derecho, pues ofrece una protección más completa que el resarcimiento económico. Y como lo establece Diez (2012), “a mejor tutela restitutoria, menor tutela resarcitoria” (p. 81).

2.2.2. La posibilidad de que el Estado soporte cargas económicas derivadas del pago condenas indemnizatorias

Desde la década pasada, la jurisprudencia del Consejo de Estado (2002, noviembre 27) ha sido pacífica en establecer que se le causa un daño antijurídico a quien se le prive, ilegal e injustamente, del derecho de ser adjudicatario de un contrato estatal, lo que comporta un perjuicio material, que corresponde a la pérdida de utilidad esperada con la ejecución del contrato, entendida como un lucro cesante, por tratarse de un perjuicio futuro cierto. Dada la naturaleza del perjuicio, el *quantum* de la indemnización es determinable mediante la valoración de la propuesta que contiene “los costos directos e indirectos en que incurriría el ofertante de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso y de los demás medios de prueba que demuestren cual sería el monto probable de la utilidad esperada” (p. 36). Aseveró el Consejo de Estado, además, que:

Si un proponente superó todas las pruebas y evaluaciones propias del proceso de selección del contratista, obtuvo mejor puntaje y se hizo merecedor a la adjudicación del contrato, no hay razón para deducir que no habría de celebrar o ejecutar el contrato en las condiciones previstas en el pliego y en la licitación. (p. 36)

En una sentencia posterior, el alto tribunal administrativo (2014, noviembre 12) consideró que cuando no existan elementos probatorios que permitan establecer con certeza el porcentaje que habría de corresponder a la utilidad esperada, se debe recurrir a las reglas de la experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización. Siguiendo los lineamientos trazados por la Corporación en pronunciamientos anteriores, consideró que sobre el valor de la propuesta se debe calcular el 5% por concepto de utilidad esperada, por ser el porcentaje que normalmente se

espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados en la etapa precontractual. Al respecto estableció que:

Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad. Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales. Es de anotar que los gastos de la administración e imprevistos no pueden ser reconocidos, porque al no ejecutarse el contrato no se incurre en ellos (p. 34).

En este orden de ideas, cabe afirmar que, aun cuando los fallos en los que se condena al Estado por dicho concepto son escasos —como se muestra en la Tabla 1— lo cierto es que la posibilidad de condena es cierta, lo que genera un costo adicional al Estado, pues no solo debe desembolsar la suma acordada por la ejecución del contrato, sino que también debe soportar el pago de la indemnización derivada del daño causado al particular que debió ser el adjudicatario de un contrato en específico y activó la vía judicial.

Es por ello, que se hace necesario establecer mecanismos de control preventivo eficaces para hacer frente a las irregularidades producidas en los procedimientos de contratación. No solo como fuentes de corrupción sino sobretodo por el grave perjuicio que pueden representar para el erario público. Frente a ello, las garantías del procedimiento de contratación van dirigidas a obtener la oferta económicamente más ventajosa y no aquella lograda mediante la distorsión del

procedimiento de contratación en favor del beneficio de una empresa frente a otras, lo que determina, en definitiva, que los contratos tengan un sobrecoste para la Administración.

2.2.3. La afectación de los principios de transparencia, selección objetiva y economía que rigen la etapa precontractual

En el ordenamiento colombiano, la etapa precontractual se rige, entre otros, por los principios de transparencia, selección objetiva y economía, que, como a continuación se muestra, resultan afectados por la manera en que se desarrolla el control de legalidad sobre los actos de adjudicación.

El principio de transparencia está contemplado en el artículo 24 de la *Ley 80 de 1993*. Hace referencia a la necesidad de que todo el proceso de selección del contratista se haga de manera pública, y que cualquier persona interesada pueda obtener información sobre el desarrollo de cada una de las etapas de dicho proceso (L. 80/1993, art. 24.3). Además, prescribe la obligación de que cualquier decisión que sea adoptada en el proceso, incluido el acto de adjudicación, esté debidamente motivada, para que cualquier persona tenga la posibilidad de verificarla o cuestionarla (L. 80/1993, art. 24.7). En síntesis, propende por garantizar claridad plena sobre los fundamentos que tiene la administración en su actuación, desde que decide comprometer recursos para un determinado proyecto, hasta que recibe los bienes o servicios contratados.

En palabras del Consejo de Estado (2007, agosto 29), la aplicación del principio de transparencia:

Tiene cabida en el área propia de la selección de los contratistas, en la cual se ubican los procedimientos administrativos que, en todos los casos, deben edificarse sobre las bases de: i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la Administración; v) la

motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; v) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración. (p. 23)

Agrega el alto Tribunal Contencioso (2007, agosto 29) que este principio guarda íntima e inescindible “relación con otros principios como el de igualdad, el de imparcialidad, el de selección objetiva, el de publicidad, todos los cuales son de la esencia misma de la función administrativa y obviamente están inmersos en la actividad contractual que hace parte de ella” (p. 23).

Sobre el principio de selección objetiva, el Consejo de Estado (2012, febrero 14) ha precisado además que:

Uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos. De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad. [...] Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. (p. 44)

Bajo esta óptica principalista, la actividad precontractual se debe cumplir de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la selección objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa tanto por parte de la administración como de los particulares proponentes.

Es por ello por lo que, en el supuesto en el que, por una actuación irregular, no se hubiere adjudicado el contrato al mejor proponente, con la subsecuente suscripción y ejecución del contrato por el proponente que no era el más idóneo para la prestación del servicio, se estaría vulnerando el principio de transparencia y el de selección objetiva. La garantía de estos principios se muestra, además, débil por la inexistencia misma de un control administrativo de la legalidad de los actos de adjudicación tal y como esta concebida (L. 80/1993, art. 24.2).

Por otra parte, el artículo 25 de la *Ley 80 de 1993* consagra el principio de economía, el cual tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la administración en la actividad contractual, para lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los costos más bajos para el presupuesto estatal. La actividad contractual utiliza recursos públicos que, conforme a este principio, deben ser utilizados de la mejor forma posible, evitándose su despilfarro.

El Consejo de Estado (2007, agosto 29) ha indicado que el principio de economía comprende unas subreglas que apuntan a asegurar:

- i) la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal o puramente adjetivo; ii) la verdadera y real planificación de las actividades de la Administración; iii) la eliminación de trámites innecesarios, demorados y engorrosos; iv) la optimización del tiempo y de los recursos de que dispone la Administración en todas a etapas del contrato; v) la atención real y oportuna de las peticiones que formulen los contratistas; vi) la solución de las diferencias suscitadas

en razón del contrato en la instancia administrativa, para evitar difíciles y costosos procesos judiciales. (p. 26)

El principio de economía, así entendido, propugna por imprimir celeridad y eficiencia a los procesos de selección contractual, que lleven a la optimización no solo de tiempo sino también de recursos públicos, sin embargo, es contradictorio que este propósito se busque en desmedro de la garantía de contradicción de los actos de adjudicación de manera oportuna, como podría ser la vía administrativa. Lo anterior en virtud que, al limitar el control de legalidad de los actos de adjudicación a la vía judicial, y partiendo de la realidad que supone la mora judicial en los procesos contenciosos-administrativos, es imposible restablecer las condiciones jurídico-subjetivas del reclamante, pues el fallo estimatorio cobra ejecutoria cuando el contrato ya se ejecutó, quedando como única salida la indemnización de perjuicios. En este sentido, la administración no solo estaría en la obligación de pagar el valor del contrato contratado, sino también la indemnización de los perjuicios causados al proponente que debió ser el vencedor del proceso licitatorio, situación que aumenta el gasto de los recursos públicos que se pretendieron ahorrar, bajo la égida del principio de economía.

En suma, el contrato habría sido ejecutado por un proponente que no ofrecía las mejores condiciones para realizar tal labor, lo que a su vez afectaría los fines esenciales de la contratación pública, expresamente contemplado en el artículo 3º de la *Ley 80 de 1993*, del cual se desprende que en la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación conforme al principio de legalidad, pues además se debe evitar que los recursos estatales sean malgastados o desviados de su objetivo social.

Conclusiones

El control de legalidad del acto de adjudicación en Colombia es ineficiente, toda vez que su accionar, tal y como está concebido actualmente en el ordenamiento jurídico nacional, contraría los presupuestos de la tutela judicial efectiva, genera la posibilidad de que el Estado deba sufragar el pago de indemnizaciones innecesarias y afecta sobremanera tres (3) de los principios básicos de la contratación pública, a saber, el de transparencia, muy ligado a la selección objetiva, y el de economía. En tal sentido, es necesario repensar dicho instrumento, con el propósito de garantizar un control especializado, rápido eficaz que remedie los problemas expuestos.

Capítulo III: Implementación de un sistema de recursos especializado, rápido y eficaz

Ante las carencias que posee el control de legalidad actual, este capítulo mostrará la posibilidad de dotar el sistema de recursos contra los actos de adjudicación de un carácter eficiente, para ello, se analizarán dos (2) alternativas, que son excluyentes entre sí: *i)* la implementación de un recurso jurisdiccional con trámite preferente y *ii)* la creación de un recurso administrativo especial que sea resuelto por un órgano independiente. Finalmente se expondrán las razones por las cuales una es la alternativa más adecuada de acuerdo con el sistema jurídico nacional, y cómo se implementaría.

3.1. Características esenciales que debe tener el control de legalidad de los actos de adjudicación

Como se dejó visto en el capítulo anterior, el control de legalidad del acto de adjudicación tal y como está configurado resulta ineficiente, de acuerdo con la realidad judicial que trastoca al país, por ello se hace imperante repensar su articulación, mediante la implementación de un sistema de recursos especializado, rápido y eficaz. Características que serán analizadas brevemente en los siguientes párrafos:

La especialidad radica en la importancia de que la autoridad que resuelva el recurso esté integrada por personas con un conocimiento amplio no solo en cuestiones legales y contractuales, sino también en sectores específicos que son transversales a la contratación, como ingeniería, gestión de proyectos o servicios públicos, entre otros. Lo anterior permitiría, sin lugar a duda, dotar de un alto grado de legitimidad a las decisiones tomadas, pues serían construidas por personal idóneo y con el nivel de detalle y especialización requerido.

La rapidez en la toma de decisión es un tema fundamental para el debido funcionamiento de los recursos en general, esta característica se traduce en la necesidad que la autoridad decisoria realice un pronunciamiento definitivo de manera oportuna, en procura que la decisión surta los

efectos jurídicos esperados. En concreto, se tiene que el interesado en reprochar algún acto de adjudicación, por considerar que presentó la mejor oferta, espera conseguir que el contrato le sea adjudicado y no simplemente recibir una indemnización por los daños causados, en otras palabras, la finalidad de esta característica reside en la necesidad que el control del procedimiento de adjudicación procure cumplir con los cometidos establecidos, es decir, garantizarle a los licitadores en un proceso de selección la tutela judicial plena de sus derechos.

La eficacia, por su parte, se entiende como la necesidad de modernizar las herramientas de la contratación pública a fin de hacerlas más adecuadas para responder a la evolución del contexto político, social y económico, buscando una reducción del gasto público, que implica mejorar los resultados de la contratación –la máxima rentabilidad de las inversiones–, y generar la competencia más fuerte posible por los contratos públicos que se adjudican (Comisión Europea, 2011, p. 3-6).

En este estado de cosas, conseguir la inclusión de estas tres (3) características en el sistema actual de recursos de los actos de adjudicación supondría, como bien lo ha sugerido la OECD (2016): *i*) establecer mecanismos de control preventivo para hacer frente a las irregularidades producidas en los procedimientos de contratación; *ii*) conseguir que el control del procedimiento de adjudicación tengan un efecto restaurativo, y no únicamente indemnizatorio, y *iii*) aportar a la transparencia en la contratación, a la optimización del manejo de recursos públicos y al cumplimiento de los fines Estatales.

Las sugerencias realizadas por la OECD, y que este trabajo pretende recoger, encuentran su fundamento en la implementación práctica que tuvieron las Directrices 89/665/CEE y la 2007/66/CE expedidas por el Consejo de las Comunidades Europeas en los países miembros. La primera sugirió a los Estados sujetos a su jurisdicción tomar las medidas necesarias para

“garantizar procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción surgida en el proceso de adjudicación” (p. 1). El segundo documento, por su parte, propuso la implementación de un plazo entre la decisión de adjudicar un contrato y la suscripción de este, con el fin de utilizar dicho término como oportunidad para interponer un recurso, cuya resolución se diera antes del perfeccionamiento del contrato objeto de inconformidad.

En este sentido, cada país miembro de la comunidad europeas ideó el plan que más se ajustara a su sistema legal y constitucional para atender las directrices expuestas por el Consejo. Destaca la opción legislativa francesa, que mantuvo su tradición, en la que se otorga a sus órganos jurisdiccionales la competencia para decidir los conflictos que surgen del proceso de adjudicación, por medio del recurso de exceso de poder (Vedel, 1980, p. 470), y la opción española que creó un Tribunal administrativo independiente especializado encargado del “control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación” (Gimeno, 2014, p. 40).

En virtud de lo señalado, se procederá a estudiar dos (2) posibles propuestas con las que se pretende remediar la problemática expuesta y se incluyan las características aquí señaladas. El primer escenario contempla la adopción de un recurso jurisdiccional en única instancia con trámite preferente, propuesta realizada por el Juez Colombiano Juan Carlos Garzón (2018), en su obra *Contratación pública: control de legalidad del acto administrativo de adjudicación*. En contraste; el segundo escenario consiste en la implementación de un recurso administrativo especial que sea resuelto por un órgano independiente y especializado, propuesta cuyo origen se encuentra en el derecho español.

3.1.1. Propuesta de mantener el control de legalidad de carácter jurisdiccional actual con algunas modificaciones sustanciales

Como se adelantó, la propuesta presentada por Garzón (2018) está fundamentada en mantener el recurso de carácter jurisdiccional, que existe actualmente contra los actos de adjudicación, el cual tiene origen en la tradición legislativa francesa, pero con algunas modificaciones normativas, “que respeten la coherencia que debe existir con la naturaleza sustancial del acto de adjudicación” (p. 14). En ese sentido, sostiene que la propuesta presentada no tiene como finalidad:

i) instar un cambio jurisprudencial relacionado con precisar la configuración de la responsabilidad precontractual en la jurisdicción contenciosa administrativa; ii) tampoco pretende modular los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con los perjuicios que se causan en esta etapa de la actividad contractual; iii) por cuanto toda la problemática se genera, no por inadecuadas interpretaciones, sino por el contrario, por el marco normativo que consagra nuestro actual control de legalidad del acto administrativo de adjudicación. (p. 246)

Para tal efecto, el citado autor estimó la necesidad de implementar los siguientes cambios normativos:

a) Consagrar un procedimiento de naturaleza especial y preferente, que permita definir antes de la celebración del contrato la presuntas irregularidades o ilegalidades del acto administrativo de adjudicación que lo fundamenta, con el propósito de rescatar la tutela judicial restitutoria.

b) Garantizar un control previo de legalidad, que suspenda la celebración del contrato hasta que se profiera decisión judicial definitiva, para evitar que el contrato se celebre y se ejecute

por quien no presentó la mejor oferta, proteger el presupuesto público y delimitar el campo de acción de la etapa precontractual y la etapa contractual.

c) Garantizar que la nulidad del contrato no tenga como causa aspectos relacionados con la etapa precontractual, asimismo, que el acto de adjudicación no pueda ser objeto de enjuiciamiento durante la ejecución del contrato estatal, circunstancias que se encuentra en armonía con el principio de confianza legítima y seguridad jurídica.

d) Mantener las causales excepcionales de revocatoria contenidas en la *Ley 1150 de 2007*, debido a que la finalidad del control judicial propuesto radica en proteger la tutela judicial restitutoria. Por consiguiente, si se demuestra en sede administrativa que el acto de adjudicación se fundamentó en medios ilegales, bien puede la administración ejercer competencias especiales en esa materia.

e) Implementar un cambio normativo, en el sentido, que solamente sean demandables directamente los actos definitivos expedidos durante el procedimiento precontractual, los cuales son en estricto sentido: el acto de adjudicación, el acto que termina anormalmente el procedimiento; y el acto con el que se declara desierto el procedimiento. La ilegalidad de los actos previos puede ser reprochada como fundamento de la nulidad de los actos definitivos.

En síntesis, la propuesta del nuevo control de legalidad acá estudiada supone un recurso jurisdiccional previo y preferente, que sea resuelto por lo Tribunal Administrativos en única instancia, y que en el término de resolución se suspenda la celebración del contrato hasta tanto sea resuelta la impugnación.

3.1.2. Propuesta de crear un recurso administrativo especial que sea resuelto por un órgano especializado e independiente

En la búsqueda por cumplir con las directrices comunitarias europeas mencionadas en el acápite 3.1., estas son las Directrices 89/665/CEE y la 2007/66/CE, así como las directivas 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, el legislador español expidió la *Ley 30 de 2007*, de contratos del Sector público (LCSP). En ella se incorporó un sistema especial de reclamaciones en los procedimientos de adjudicación, que fuera resuelto en un plazo breve, con el objeto de impedir el perfeccionamiento del contrato hasta tanto no fuera resuelta la controversia. Sin embargo, como se puede ver por lo prescrito en los artículos 37 y 38 de la LCSP, este control: *i)* no configuró un plazo suspensivo mínimo entre la decisión de adjudicación y la celebración del contrato; *ii)* no se aplicó a todos los contratos celebrado en el sector público, sino que se limitó a los contratos sujetos a regulación armonizada, y *iii)* la resolución de las controversias le fue otorgada al mismo órgano adjudicador.

En atención a las falencias advertidas, y con el propósito de reforzar los efectos del recurso especial y cumplir a cabalidad con las directrices de la Comisión Europea, se dictó la *Ley 34 de 2010*, por la cual se modificó la LCSP. Con esta reforma, como se plasmó en la exposición de motivos, se intentó:

Reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz.

Con tal fin, se optó por la creación de un Tribunal independiente y especializado: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuyo propósito esencial se traduce en la resolución de las controversias surgidas en los procedimientos de adjudicación (L. 34/2010, art. 311.1). Además, estableció que la ejecución de los actos de adjudicación impugnados quedaría suspendida hasta que el órgano competente los resolviera (L. 34/2010, art. 311.2). No obstante, se mantuvo limitado este mecanismo a los contratos sujetos a regulación armonizada.

Con posterioridad, y debido a la cantidad de leyes que regularon, armonizaron y aclararon la LCSP⁵, el legislador español procedió a integrarlas en un solo cuerpo, para lo cual expidió el *Real Decreto Legislativo 3 de 2011*, por medio del que se aprobó el texto refundido de la *Ley de contratos del Sector Público* (TRLCSP). El objeto y finalidad de este Decreto era regular la contratación del sector público y ajustarla, entre otros:

A los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades

⁵ Entre ellas destacan: el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo; la Ley 14/2010, de 5 de julio; la Ley 15/2010, de 5 de julio; la Ley 34/2010, de 5 de agosto; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre; la Ley 2/2011, de 4 de marzo; el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril; la Ley 24/2011, de 1 de agosto; y la Ley 26/2011, de 1 de agosto.

a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. (TRLCSJP, art. 1)

Con posterioridad, y atendiendo a tres nuevas Directivas comunitarias, como son la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, el órgano legislativo ibérico expidió la *Ley 9 de 2017*, de 8 de noviembre, también conocida como *la nueva ley de contratos del sector público* (LCSP2017), que derogó en su totalidad la TRLCSJP, y cuyo objetivo es principalmente lograr una mayor transparencia en la contratación pública y conseguir una mejor relación calidad-precio.

En cumplimiento del primer objetivo, que es el que interesa a este trabajo, la mencionada ley se encargó de consolidar, en el capítulo V del título I, lo referente al “recurso especial”, en el que se dotó, a grandes rasgos, de las siguientes características:

a) Es de carácter potestativo y gratuito para los recurrentes, en tal sentido, este tiene la posibilidad de atacar la legalidad del acto de adjudicación: *i*) en sede administrativa mediante el recurso especial (no es susceptible de recursos administrativos ordinarios), o *ii*) directamente ante la jurisdicción contenciosa (LCSP2017, art. 44).

b) Independencia del órgano decisor, el conocimiento y resolución del recurso especial está encomendado, en el sector público estatal, al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano especializado que actúa con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, dicho órgano está adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y estará compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales, que serán designados por el Gobierno a propuesta conjunta del Ministro de Hacienda y Función Pública y del Ministro de Justicia, para un periodo de ejercicio de seis (6) años, además formará parte del tribunal un

Secretario General, con voz pero sin voto, y el servicio administrativo preciso para su funcionamiento (LCSP2017, art. 45).

c) Legitimación amplia, el recurso especial lo puede interponer cualquier persona cuyos intereses se hayan visto perjudicados (LCSP2017, art. 48).

d) Comprende la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de interponer el recurso especial, 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. (LCSP2017, art. 49).

e) Paraliza el procedimiento de selección, una vez interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación quedará en suspenso la tramitación del procedimiento de selección (LCSP2017, art. 53).

f) Proceso preceptivo con tramitación rápida, se realiza antes de la celebración del contrato y con unos plazos de resolución muy breves, que en función de los trámites que se precisen oscilan entre quince (15) y veinte (20) días (LCSP2017, art. 56).

g) Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo (LCSP2017, art. 59). Cabe advertir además, que en los recursos contra las decisiones adoptadas por los Organos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o administraciones favorecidas por el acto objeto de recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (LJCA).

Así las cosas, el recurso administrativo especial se presenta como un mecanismo novedoso para resolver los problemas surgidos en la etapa de selección de los contratistas del Estado, mas específicamente de los actos de adjudicación, recurso de carácter potestativo, y cuyo conocimiento esta en cabeza de un órgano independiente y especializado que resuelve el conflicto de manera previa a la celebración del contrato, perfeccionamiento que queda suspendido hasta tanto sea resuelta la impugnación. Decisión contemplada en un acto administrativo, que podrá ser demandable ante la jurisdicción contenciosa.

Ahora bien, con el propósito de mostrar como se ha estructurado e implementado jurídica y legalmente el modelo de control de legalidad especial –referido en los párrafos anteriores– en ordenamientos jurídicos mas próximos al nacional, se encuentra pertinente hacer una breve mención al caso peruano, quienes siguiendo los lineamientos del modelo español promovieron un recurso administrativo especial propio en materia de Contratación Pública.

Al respecto, se observa que en la actualidad dicho control se encuentra regulado y reglamentado en el Texto Único Ordenado de la Ley 30225, *Ley de Contrataciones del Estado* y el Decreto Supremo 344-2018, *reglamento de la Ley 30225*. De esta normativa se puede destacar la creación del Tribunal de Contratación del Estado como un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) –entidad adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas– y que cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, entre las que destaca, para los fines de este trabajo: “resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el procedimiento de selección” (TUO. L. 30225, art. 59).

En cumplimiento del objetivo referido, el *reglamento de la Ley 30225* se encargó de consolidar, en el Título VI, lo referente a las “soluciones de controversias durante el procedimiento de selección”, dentro del cual se estableció que:

a) La competencia del Tribunal de Contratación del Estado para conocer y resolver las controversias surgidas por el otorgamiento de la buena pro (adjudicación del contrato), se limita a las que surjan cuando el valor del contrato exceda cincuenta (50) unidades impositivas tributarias (UIT). (Reglamento de la Ley 30335, art 117.1).

b) Los plazos para la interposición del recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro, se debe realizar 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, comparación de precios y subasta inversa, cuyo valor estimado no corresponda al de una licitación pública o concurso, la apelación deberá presentarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento. (Reglamento de la Ley 30335, art 119.2)

c) Se genera una suspensión automática del procedimiento de selección desde la presentación de la apelación hasta tanto no se resuelva la controversia surgida. (Reglamento de la Ley 30335, art 120.1)

d) Los requisitos de admisibilidad del recurso son: *i)* ser presentado ante la Mesa de Partes del Tribunal; *ii)* identificación plena del impugnante; *iii)* identificar la nomenclatura del procedimiento de selección del cual devine el recurso; *iv)* el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta del cual deriva el recurso; *v)* las pruebas instrumentales pertinentes; y *vi)* la garantía por interposición del recurso. (Reglamento de la Ley 30335, art 121)

e) El Tribunal debe verificar si se cumplen con los requisitos referidos en el numeral anterior. (Reglamento de la Ley 30335, art 122)

f) La improcedencia del recurso opera cuando: *i)* el Tribunal carezca de competencia para resolverlo; *ii)* sea interpuesto contra alguno de los actos no impugnables; *iii)* el que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante; *iv)* el impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles; *v)* sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro; y *vi)* no existe conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo. (Reglamento de la Ley 30335, art 123)

g) Se debe otorgar por el recurrente una garantía por la interposición del recurso a favor de la OSCE por una suma equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del procedimiento de selección impugnado. (Reglamento de la Ley 30335, art 124)

h) El Tribunal no puede exceder, para la resolución de la apelación, los veinte (20) días hábiles. (Reglamento de la Ley 30335, art 126)

i) El alcance de la resolución puede ser inadmisoria, desestimatoria o estimatoria, y surte los efectos jurídicos correspondientes. (Reglamento de la Ley 30335, art 128).

j) Las decisiones realizadas por el Tribunal están revestidas de obligatoriedad y ejecutoriedad tanto para los participantes de los procesos de selección que se vieron afectados por las resolución como para las entidades contratantes. (Reglamento de la Ley 30335, art 129).

k) En caso de que el recurso sea declarado infundado se procederá a ejecutar el integro de la garantía, en caso contrario, se procederá a su devolución. (Reglamento de la Ley 30335, art 132).

l) Vencido el plazo para que el Tribunal resuelva y notifique la resolución que se pronuncia sobre el recurso de apelación, el impugnante asume que el mismo fue desestimado,

operando la denegatoria ficta, a efectos de la interposición de la demanda contencioso-administrativa. (Reglamento de la Ley 30335, art 133).

m) La resolución del Tribunal que resuelve el recurso de apelación o 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. (Reglamento de la Ley 30335, art 134).

n) La interposición de la acción contencioso-administrativa cabe únicamente contra la resolución o denegatoria ficta que agotan la vía administrativa, y no suspende lo resuelto por el Tribunal. Dicha acción se interpone dentro del plazo de la ley de la materia. (Reglamento de la Ley 30335, art 134).

Bajo los postulados anteriores, se evidencia que el modelo de recurso contra actos de adjudicación que promovió el ordenamiento jurídico peruano tiene grandes similitudes con el modelo español, con la diferencia evidente de la naturaleza jurídica del organismo que los conoce y resuelve, además de la onerosidad para su interposición del primero mencionado y la gratuidad del segundo.

3.2. La alternativa adecuada acorde al sistema jurídico nacional

Antes de analizar la forma en que los dos esquemas de control de la legalidad del acto de adjudicación —explicados en los acápites precedentes— se ajustan al ordenamiento jurídico nacional actual, y cuales serían las medidas de rango legal o reglamentario que permitieran su implementación, resulta pertinente recordar que antes de que se profiriera la *Ley 80 de 1993*, en el ordenamiento jurídico interno existía, como requisito para la celebración de algunos contratos suscritos por la administración nacional o territorial, una revisión previa (D. 222/1983, art. 25 y 50, 51) por Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (D. 01/1984, art. 98.1) o de los Tribunales Administrativos (D. 01/1984, art. 263 y 264), según fuera el caso.

Se establecía, además, que las entidades públicas no podían ejecutar el contrato hasta tanto no se surtiera tal revisión (D. 01/1984, art. 255), y su perfeccionamiento se condicionaba a la ejecutoria de la providencia que los declarara ajustados a la Ley (D. 222/1983, art. 51). El objeto de esta revisión consistía en “examinar la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebre; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en el intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal” (D. 01/1984, art. 256).

El término que tenían las autoridades decisorias para resolver la revisión era de treinta (30) días improrrogables, que se contaban a partir del día siguiente al de recibo del contrato y sus anexos (D. 01/1984, art. 257). Si del examen que se hiciera no resultaba ninguna observación, el contrato se declararía ajustado a la ley, pero si, por el contrario, se encontraba algún defecto, se formularían las observaciones correspondientes (D. 01/1984, art. 258). Esta última decisión era recurrible únicamente en vía de reposición (D. 01/1984, art. 260) y, si no prosperaba, la entidad contratante debía reformar el contrato de acuerdo con las observaciones y enviarlo nuevamente a la jurisdicción contencioso-administrativa para que se surtiera una nueva revisión (D. 01/1984, art. 259). Finalmente, la decisión que autorizaba a la entidad estatal contratante para celebrar el contrato no era susceptible de controversia jurisdiccional (D. 01/1984, art. 262).

Sobre la naturaleza de las decisiones relativas a la legalidad del contrato revisado, el Consejo de Estado (1987, mayo 22) precisó que:

Tanto el dictamen de esta Corporación (que le compete a su Sala de consulta, art. 98, numeral 1 *ibídem*) como el que emite el Tribunal al cumplir idéntico cometido, conforman un acto administrativo, cualquiera sea su conclusión. Y es un acto administrativo el que declara el contrato ajustado a la ley, no sólo porque culmina una actuación administrativa

(la de su perfeccionamiento) en aquellos contratos que por la ley requieren esa revisión, sino porque la Sala de consulta de esta Corporación y el Tribunal, en su caso, al proferir su dictamen no actúan en ejercicio de su competencia jurisdiccional propia, sino que cumplen una actividad netamente administrativa, asignada por la ley. El hecho de que este acto no sea susceptible de control jurisdiccional, no le cambia su naturaleza. Así mismo es un acto administrativo el que lo declara no ajustado a la ley de autorizaciones, porque en este evento se le pone fin a la actuación administrativa haciendo imposible la continuación de la operación contractual. Y su control jurisdiccional posterior no está prohibido en parte alguna. (p. 7-8)

En suma, la revisión de los contratos celebrados por entidades publicas que por varios años existió en Colombia, no implicaba un estricto control sustancial sobre los actos de adjudicación. Mas bien se constituía como un análisis somero, de carácter obligatorio, sobre el cumplimiento de los requisitos subjetivos del documento contractual, cuyo propósito principal era subsanar los vicios formales que este pudiera tener, decisión que se materializaba en un acto administrativo, no susceptible de control jurisdiccional si encontraba el contrato ajustado a la Ley, pero recurrible judicialmente si los declaraba no ajustado a la Ley, pues en este ultimo evento se culminaba el proceso contractual.

En este orden de ideas, es claro que el nuevo control de legalidad que busca este trabajo dista de la revisión de los contratos administrativo que se había concebido años atrás el sistema jurídico nacional, pues lo que se pretende con esta propuesta es la creación de un control oportuno y eficaz, antes de la celebración del contrato, que garantice la tutela restaurativa de los licitadores que participan en los procesos de selección, reduciendo de paso, el gasto de dinero estatal en el pago de condenas indemnizatorias, y promoviendo la transparencia en la contratación pública.

Los parámetros referidos, son los puntos determinantes para establecer si, es la creación de un nuevo recurso jurisdiccional con trámite preferente o la implementación de un recurso administrativo especial que sea resuelto por un órgano especializado e independiente, la opción mas adecuada para dotar de eficiencia el control de legalidad de los actos de adjudicación.

Así, el primer modelo de legalidad, el jurisdiccional —explicado a grandes rasgos en el acápite 3.1.1— implica, como asegura Garzón (2018):

i) modificar el control paralelo existente y, por el contrario, consagrar un control previo a la celebración del respectivo contrato; ii) otorgar el respectivo control, solamente al acto administrativo de naturaleza definitiva que cierra el procedimiento administrativo: la adjudicación; iii) analizar la responsabilidad precontractual, bajo los supuestos del acto administrativo impugnado, y no bajo la regla general de los principios de la responsabilidad extracontractual. (p. 14)

Para lograr el propósito cometido, el autor propone la expedición de una nueva Ley que modifique el marco normativo del control de legalidad del acto de adjudicación actual, además de introducir nuevas normas procesales que permitan fortalecer el régimen jurídico de garantías y controlar dichos actos de una manera eficiente, con la suspensión de la celebración del contrato estatal hasta que se profiera la decisión judicial correspondiente.

Para ello, considera necesario derogar el numeral 4º del artículo 44 de la *Ley 80 de 1993*, que establece que los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”. Resulta así indispensable también la derogación de la referencia al “numeral 4” que contempla el artículo 45 de la mencionada Ley, que trata de la nulidad absoluta, por cuanto hace referencia a que “en los casos previstos en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo anterior, el jefe representante legal de la entidad respectiva deberá dar por

terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado que se encuentre”. Se busca, con ello, evitar que la nulidad del contrato tenga como causa aspectos relacionados con la etapa precontractual.

Asimismo, pretende modificar el inciso 2° del artículo 141 de la *Ley 1437 de 2011* que 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”, y que quedaría de la siguiente manera:

No serán susceptibles de control de legalidad de manera independiente, los actos de apertura de licitación, pliego de condiciones y demás actos previos que no tengan la naturaleza de actos definitivos; su impugnación se realizará como causal de control de legalidad de los actos definitivos, que culminan el procedimiento administrativo precontractual, en los términos del literal c) del numeral 2) del artículo 164 de la presente reforma. (p. 255)

Para completar el esquema planteado, estima la necesidad de modificar el literal c) del numeral 2) del artículo 164 de la *Ley 1437 de 2011*, el cual dispone que la demanda deberá ser presentada, so pena de que opera la caducidad “cuando se pretenda la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso”, que en su lugar quedará así:

Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, de naturaleza definitiva, como son: el acto administrativo de adjudicación, el acto administrativo de declaratoria desierta de la licitación y acto administrativo que termine anormalmente el procedimiento

administrativo; el término será de diez (10) días contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso. (p. 256)

El propósito de las modificaciones referidas es garantizar que en un plazo breve sean resueltas las inconformidades presentadas contra el acto de adjudicación, con lo que se evita que sea objeto de enjuiciamiento durante la ejecución del contrato estatal y se garantiza la tutela judicial restitutiva de los licitadores.

En lo atinente a las nuevas normas procesales que permitan fortalecer el régimen jurídico de garantías para controlar de manera eficiente los actos de adjudicación, Garzón (2018) defiende la implementación de nuevas reglas de competencia y tramitación al proceso contencioso de nulidad y, de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de adjudicación y demás actos separables y definitivos en el procedimiento administrativo precontractual.

Esta nueva reglamentación, presupone que los actos definitivos del proceso contractual, que se reitera son los de adjudicación, los que declaren desierta la licitación y los que terminan anormalmente el procedimiento administrativo, serían objeto de los medios de control de anulabilidad, dentro de los diez (10) días siguientes a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, y su legalidad sería decidida en un proceso especial y preferente de única instancia.

En cuanto a la competencia, se propone adicionar el numeral 15 del artículo 151 de la *Ley 1437 de 2011*, en el sentido de darle el conocimiento de dichos procesos a los Tribunales Administrativos, independientemente del valor del contrato por celebrar y de la naturaleza del objeto contratado. En lo atinente al trámite procedimental, cree imprescindible dotarlo de carácter especial con trámite preferente, salvo respecto de los de tutela; además que no procedería la reforma de la demanda, la demanda de reconvención, el litisconsorcio necesario, la acumulación

de procesos, el interrogatorio de parte, el informe bajo la gravedad de juramente, la inspección judicial y el juramento estimatorio. Finalmente, ve con buenos ojos adicionar el inciso final del numeral 1º del artículo 161 de la *Ley 1437 de 2011*, precisando que cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo de adjudicación, no sería necesario el procedimiento previo de conciliación.

En definitiva, aduce Garzón (2018) la imperante necesidad de acelerar el trámite del proceso en los Tribunales administrativos. Para ello, propone que la demanda deba ser admitida, dentro de los dos (2) días siguientes a su presentación y notificarse de manera inmediata, y agrega que la celebración del contrato estatal quedaría suspendida durante el término de caducidad, pero una vez notificado el auto admisorio de la demanda, la celebración del contrato estatal se suspendería hasta que se profiera la decisión judicial correspondiente en única instancia. De la demanda se correría traslado a la entidad pública contratante por el término de tres (3) días, con el fin de que ejerciera su derecho de contradicción, a través escrito con el cual deberá allegar los antecedentes administrativos relacionados a la adjudicación. Una vez vencido el término de traslado de la demanda y antes de cumplirse el decimo día computado desde la presentación de la demanda, el juez realizaría audiencia inicial, en la que se produciría: el control de legalidad, la decisión de excepciones previas y mixtas, la fijación del litigio, el decreto de pruebas, y la sentencia, cuando se trate de asuntos de pleno derecho. En los eventos en los que se requiera la práctica de pruebas, se suspendería la audiencia y se fijaría fecha para su continuación, a efectos de escuchar los alegatos y proferir la sentencia oral, respetando los términos establecidos para este procedimiento especial.

Finalmente, considera necesario que, con el fin de compatibilizar este nuevo control jurisdiccional con las normativas procesales vigentes, en los aspectos no contemplados por el

proyecto de Ley propuesto se seguirá el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, y subsidiariamente, las disposiciones del Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza del proceso.

Sobre este control jurisdiccional de legalidad surgen algunos cuestionamientos relativos a su implementación práctica. El primero tiene que ver con la congestión judicial que acarreará para los Tribunales Administrativos —como se pasara a analizar mas adelante—, lo que sería contraproducente, puesto que, al darles mayor carga de trabajo conduciría inevitablemente a la ineficiencia de resultados. El segundo problema tiene que ver con la ausencia de una doble instancia, pues teniendo el nuevo control de legalidad como fin esencial la protección de las garantías de los licitadores públicos y siendo la adjudicación un acto únicamente recurrible vía jurisdiccional, es posible que las garantías a los licitadores se vean limitadas, al establecer que su único medio de impugnación no es pasible de revisión por el superior jerárquico.

En cuanto al primer escollo, se muestra en el informe de gestión realizado por el Consejo superior de la Judicatura (2019) sobre el balance de las actuaciones surtidas por el poder judicial en el periodo comprendido entre el 2018 y el 2019, que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo presentó una demanda de justicia —incluidos procesos ordinarios y tutelas— de 258.367 procesos, los cuales se distribuyeron así: 59% a los juzgados administrativos, 32% a los Tribunales, y 9% al Consejo de Estado. En particular, para el tema que interesa, los Tribunales administrativos tuvieron ingresos efectivos de 82.285 procesos, de los cuales fueron resueltos 67.381, quedando como inventario final —sumando el retraso de años atrás— un total de 81.586 procesos por resolver.

Estas cifras revelan la limitación actual de los Tribunales Administrativos para resolver la totalidad de los procesos a ellos asignados. No sería, por lo tanto, viable *prima facie* otorgarles

nuevas competencias, como lo sería el conocimiento los procesos de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación, máxime cuando se les estaría exigiendo la resolución de los casos en un tiempo limitado. Por consiguiente, resultaría comprometido el cumplimiento de los términos para pronunciarse y, con ello, la eficiencia del control de legalidad contra los actos de adjudicación, además de generar un mayor atraso en los demás procesos contenciosos a su cargo, incrementando la congestión judicial y alargando la duración de los procesos ordinarios.

En lo referido a la garantía de la doble instancia en los procesos judiciales, se hace necesario recordar que la Corte Constitucional (2012, septiembre 18) ha indicado que esta garantía tiene múltiples finalidades, como “permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y más alta jerarquía, ampliar la deliberación del tema y evitar errores judiciales” (p. 19). En relación con los límites que la Constitución impone a la libertad de configuración del legislador frente al alcance de la doble instancia, la Corte ha afirmado que se hace imperante que “al momento de establecer alguna excepción al principio de la doble instancia exista algún elemento que justifique dicha limitación. Ello, porque otra interpretación conduciría a convertir la regla (doble instancia) en excepción (única instancia)” (p. 20). En la misma línea estimó que:

El hecho de que la doble instancia sólo haga parte del contenido esencial del debido proceso en las acciones de tutela y en materia penal, no significa que la ley pueda establecer excepciones a esa regla en cualquier otro proceso sin ningún tipo de limitante (p. 22).

Atendiendo, entonces, los presupuestos de libertad de configuración del legislador frente a la doble instancia, se hace necesario identificar cual sería la justificación para limitar a una única instancia un proceso judicial de este calibre. Para ello es indispensable comprender el fin

perseguido, que como se expuso en líneas anteriores, no es otro que, promover el acceso a la justicia sin dilaciones, sin demora, de tal suerte que se logre realizar el propósito de una pronta y cumplida justicia, garantizando la tutela judicial efectiva de los licitadores públicos, y evitando los gastos que deben sufragar las entidades contratantes al tener que pagar una condena indemnizatoria.

Teniendo en cuenta la carga que soporta la jurisdicción contencioso-administrativa y que, con esta opción de control, no procedería recurso administrativo ordinario contra el acto de adjudicación, resulta previsible que un control de tales actos en una única instancia ante los Tribunales Administrativos supondría que los asuntos puestos a su conocimiento no sean resueltos en los términos previstos, y de manera segura, que a los licitadores se les prive del derecho fundamental al debido proceso y a la contradicción plena, conduciendo inevitablemente a que la situación que se pretendía corregir se agrave. Por lo tanto, no parece prudente limitar la garantía de la doble instancia en este tipo de procesos.

Advertidas así las deficiencias que resultarían de mantener y concebir el recurso jurisdiccional contra los actos de adjudicación con las modificaciones expresadas en los párrafos anteriores se pasará a analizar, ahora, la posibilidad de implementar, un recurso administrativo especial en materia de contratación pública, que, como lo define Ferrero (2013), son:

Aquellos previstos en una norma jurídica especial, distinta de la que regula el procedimiento administrativo común, y que, por tanto, dan lugar a un procedimiento impugnatorio particular. Son recursos reservados para determinados ámbitos o materias y que son excluyentes, desplazando a los recursos ordinarios en su respectivo ámbito de aplicación (p. 203).

Bajo esos presupuestos, el legislador español con el propósito de cumplir con las directivas comunitarias de la Unión Europea, respecto de los procesos de adjudicación de contratos estatales, ideó un recurso administrativo especial —como ya se vio en el acápite 3.1.2— y que en palabras de Candela (2019) consiste en un:

Instrumento que es resuelto por los distintos tribunales de contratos cuya función arroja un porcentaje de resoluciones dictadas con rapidez, por órganos cualificados e independientes, haciendo efectiva la seguridad jurídica y la confianza de los licitadores y de manera directa a este efecto, la reducción de la litigiosidad en sede de la jurisdicción contenciosos-administrativa sobre este sector contractual [...] Además, se contribuye a una mayor transparencia gracias a que esas resoluciones y esas memorias son publicadas como mecanismo contra las prácticas corruptas, evidenciando por la tendencia a su utilización por los licitadores a este recurso especial, que, aunque con defectos, cada vez es mas rápido y eficaz, y que permite que pasemos de la desconfianza en los recursos administrativos a la confianza en el recurso especial en materia de contratación pública. (p. 26)

Al ser un recurso novedoso y en plena evolución, preocupa su eficiencia. Sin embargo, los resultados de la puesta en funcionamiento de este recurso han sido positivos, como se observa en el *Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España* realizado por Gimeno (2015), en el que se concluye lo siguiente:

El cumplimiento estricto de los plazos, la publicidad de los acuerdos y resoluciones -y su fundamentación-, así como la importe “tasa de éxito”, han dotado de credibilidad el sistema al cumplirse con las notas de rapidez, eficacia e independencia que se pretendía con este nuevo recurso. El sistema de recurso especial ha permitido modular la presunción de acierto administrativo en los contratos públicos y analizar —antes de la formalización del

contrato— si esa decisión es conforme o no con la normativa vigente. El cambio sobre como controlar a la Administración es evidente. (p. 153)

En concreto, se pueden evidenciar del informe de gestión del año 2018 suscrito por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (2019), que:

En el año 2018, se presentaron 1.396 recursos, un 5% más que en 2017. // al finalizar el ejercicio se habían dictado 1220 resoluciones correspondientes a 1.347 recursos. El numero de recursos resueltos se ha incrementado en 1,74% respecto del año anterior, si bien el numero de resoluciones ha disminuido en un 1,6%, por resolverse mediante acumulación más recursos. Debido a la gran afluencia de recursos en el segundo semestre del año, especialmente acentuada en el último trimestre, quedaron pendientes de resolución 220 recursos a finales de 2018, de los cuales restan 23 pendientes de resolver a fecha de cierre de esta memoria. // el TACRC tiene constancia de que se han recurrido ante la jurisdicción contencioso- administrativa 73 de un total de las 1220 resoluciones dictadas en 2018 (en todas ellas habría finalizado el plazo de interposición), por tanto, tan solo un 5,9%, por debajo del 7% de las recurridas el año anterior. Desde la creación del Tribunal en octubre de 2010, se han recurrido 589 resoluciones, menos del 9% del total. Es decir, que más del 90% han sido asumidas por las partes, sin acudir a la vía jurisdiccional. De los 417 recursos contenciosos finalizados hasta el momento, 151 han caducado o se ha desistido del recurso, en 187 se ha confirmado la resolución del TACRC y sólo en 79 se han estimado total o parcialmente las pretensiones del recurrente. (p. 12-19)

Entendido así el recurso especial en sede administrativa, y teniendo en cuenta los buenos resultados que derivaron de su implementación en el sistema jurídico español, se procederá a analizar si es posible armonizar este mecanismo con el ordenamiento jurídico colombiano, además

de las reformas legales o reglamentarias que tendrían que introducirse para llegar a tal fin, para luego determinar si esta opción permite solucionar los problemas que actualmente tiene el control de legalidad de los actos de adjudicación en Colombia.

Lo primero que se observa es que inevitablemente habría que hacer una reforma al sistema jurídico nacional, debido a que el párrafo 1º del artículo 77 de *Ley 80 de 1993* prescribe que “el acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa” y que solo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. En concordancia con esa disposición, el artículo 25.8 del mismo *Estatuto de Contratación* consagra que “el acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto”.

De cualquier modo, es prudente advertir que el recurso administrativo especial no conlleva necesariamente a la abolición del recurso jurisdiccional contemplado en el párrafo 2º del artículo 138 del CPACA, pues lo que se busca es dejar al oferente afectado con la decisión de adjudicación la facultad de escoger la vía que mas se adecue a sus intereses, advirtiendo, además, que la interposición de una excluye inmediatamente a la otra. Este, más que provocar una incoherencia entre los recursos contra los actos de adjudicación, permite mitigar el tránsito abrupto al nuevo control de legalidad y medir la eficacia del recurso administrativo especial, sin dejar desprotegidas las garantías de los licitadores, quienes en caso de no ver en la vía administrativa una opción eficiente y transparente podrían acudir directamente al reclamo vía judicial.

Además de esto, la implementación de este control administrativo con eficiencia y probidad está condicionada a dos presupuestos esenciales: *i)* la suspensión de la celebración del contrato hasta tanto no se resuelva la controversia y *ii)* que el trámite del recurso sea rápido, eficaz

y especializado. Para cumplir con dichos cometidos, es necesario introducir en el sistema jurídico nacional normas procesales que permitan su cumplimiento efectivo.

Las normas que reglamentan el proceso de contratación pública en Colombia no comprenden un plazo legal entre la adjudicación del contrato y la celebración y perfeccionamiento del mismo, pues el artículo 30.9 de *la Ley 80 de 1993* establece que “los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalará en los pliegos de condiciones teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía”, mientras, el artículo 41 de la misma normatividad prescribe que “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito”.

La ausencia de reglamentación sobre este aspecto de la contratación puede llevar a que los oferentes escogidos en los procesos de selección busquen firmar el contrato lo mas rápido posible, evitando así la posibilidad de que los oferentes vencidos, quienes consideraron tener una mejor posición para ser los adjudicatarios del contrato, demanden por nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho el acto de adjudicación del contrato y soliciten una medida cautelar que detenga su perfeccionamiento. Aun así, es evidente que la carga de trabajo que pesa sobre los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa podría impedir que estos puedan tomar decisiones sobre la suspensión en un plazo de tiempo lo suficientemente breve como para que no incida de manera prejudicial en la tramitación de la adjudicación de los contratos.

Así las cosas, ante la falta de un plazo legal entre la adjudicación del contrato y su celebración, y la probable ineficacia del mecanismo de suspensión provisional para frenar decisiones contrarias a derecho, se hace imperante imponer un término de suspensión automática entre estas dos actuaciones, evitando así que el acto de adjudicación quede en firme, y permitiendo

a los oferentes que consideraron sus intereses jurídicos vulnerados promover un recurso que cumpla con los fines por ellos requeridos.

Este término de suspensión provisional debería ser breve, con el propósito de no paralizar la contratación pública del país. Como propuesta inicial se sugeriría un plazo de diez (10) días hábiles para que los interesados interpongan el recurso, término que empezaría a correr desde el momento de la comunicación del acto de adjudicación, empero, una vez cumplido dicho plazo, sin que haya habido reproches en contra del acto, se procederá al perfeccionamiento del contrato, en cambio, si se presentó recurso, la firmeza del acto de adjudicación seguiría suspendida hasta tanto no se resuelva la controversia.

La premura no debe ser únicamente exigida al recurrente, sino que también es necesario propender porque el órgano al cual se le otorgue la competencia para conocer estas controversias lo resuelva de manera rápida y eficaz, características que se manifiestan, según la Comisión Europea (2011), “como la necesidad de que los procedimientos sean realizados en el menor tiempo posible, con el mínimo de costos o pérdidas, con el propósito de obtener el resultado esperado” (p. 3-6). Es decir, que el fin último se traduce en que la decisión definitiva se genere de manera oportuna y con ello se garantice la seguridad jurídica y la confianza en la administración.

En este sentido, la rapidez y eficacia en los procesos analizados se logra al dotar de celeridad las actuaciones administrativas, y su mínimo de costos o pérdidas esta representado en una decisión que surta los efectos esperados, pues las decisiones tomadas en esta vía tienen la virtualidad de prevenir a la continuación de un proceso contractual con deficiencias en la selección del contratista, que posteriormente puede traerle consecuencias adversas y mayores costos derivados de posibles indemnizaciones. Además, trae la posibilidad de que el contrato sea adjudicado al participante que presentó la mejor oferta, garantizándole así la tutela restitutoria.

En cuanto a los plazos para resolver los recursos administrativos especiales, convendría tomar los términos contemplados en el artículo 14 del CPACA para resolver los derechos de petición, es decir, quince (15) días, que correrían a partir de la presentación del recurso. Además, se hace necesario dotar de fuerza vinculante la resolución proferida, y advertir que contra ella no proceda ningún recurso administrativo, pues su impugnación únicamente será posible vía judicial por conducto de los medios de control de nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, siguiendo los parámetros de los artículos 137 y 138 del CPACA, caso en el cual, la parte demandada no será la entidad contratante, sino el órgano que conoció del recurso especial en materia de contratación y profirió la decisión.

Respecto a la composición y designación de este nuevo órgano administrativo, que se plantea como uno de los aspectos relevantes para su independencia y el proferimiento de resultados eficientes, es pertinente recordar que, en España, según las memorias realizada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (2019), es la siguiente:

Está compuesto por un presidente y dos vocales, todos ellos nombrados por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y de Hacienda. // El TACRC, a pesar de su denominación de tribunal, no es un órgano jurisdiccional. Goza de independencia funcional en el ejercicio de sus competencias; el presidente y los Vocales son inamovibles, salvo por las causas tasadas en la Ley, y la duración de su nombramiento es de seis años, sin posibilidad de prórroga. // El Tribunal cuenta con una Secretaria General, a quien corresponde la dirección y coordinación de la oficina del Tribunal y el impulso de oficio de los procedimientos. También prestan servicios en el Tribunal un consejero técnico (nivel 28), tres jefas de servicio y nueve funcionarios de apoyo administrativo. Mediante el acuerdo de la Subsecretaria de Hacienda y la Abogacía

General del Estado, los abogados integrados en el Servicio Jurídico del Estado colaboran con el TACRC para estudiar, preparar y elaborar las ponencias de las resoluciones que se dictan. La colaboración con la Abogacía General del Estado ha permitido hacer frente al continuo incremento de actividad del Tribunal sin aumentar los miembros de este y sin un aumento significativo de los plazos de resolución. La práctica totalidad de las resoluciones acordadas en 2018 se han preparado previamente a través de ponencias por los Abogados del Estado (p. 10).

Bajo estos criterios de derecho comparado, y con el propósito de trasponer este control de legalidad al sistema jurídico nacional, se debe expresar que de manera inicial sería prudente utilizar la misma composición orgánica del sistema español, y que la designación del presidente y los dos vocales este a cargo del Gobierno nacional a propuesta conjunta del Departamento Administrativo de Función Pública, el Ministro de Hacienda y el Ministro de Justicia y Derecho; además que el secretario general y el servicio de apoyo administrativo sea nombrado bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción. Ahora bien, en cuanto a la colaboración armónica con la Abogacía General del Estado para la proyección de las ponencias, se considera que no es la opción mas eficiente en el caso colombiano, por el contrario, y siguiendo las sugerencias de la OCDE (2016), se sugeriría que aun cuando se hace necesario por conducencia y pertinencia que quienes presidan el nuevo organismo sean abogados, cuya área del conocimiento sea la contratación estatal, el servicio administrativo deberá estar compuesto, también por profesionales con altas nociones en distintas áreas transversales a la contratación, como lo son, la ingeniería, tecnologías de la información, servicios públicos domiciliarios, transporte, entre otras. Esta profesionalización permitiría atender los problemas particulares y específicos de cada contrato de una manera idónea y profunda.

En suma, se debe aclarar que el criterio de especialidad no va ligado únicamente a la necesidad de contratar profesionales con ese perfil, sino también a la posibilidad de ir reforzando el conocimiento y las capacidades del personal adscrito al órgano decisor, a través de un entrenamiento regular, opciones de desarrollo profesional o talleres en sectores específicos. Lo anterior, permitiría dotar de un alto grado de legitimidad las decisiones tomadas.

Para finalizar, y siguiendo los lineamientos del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Español, se propone que este nuevo organismo tenga personería jurídica, y que en el caso colombiano esté adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, debido a que esta entidad tienen entre sus funciones principales la de hacer seguimiento y evaluar el ejercicio de los servidores públicos, promover la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa. (L. 489 /1998, art. 2.1).

De conformidad con lo expuesto en estos últimos párrafos y el desarrollo que se ha realizado a lo largo del trabajo, la opción de implementar el recurso administrativo especial contra los actos administrativos de adjudicación se presenta como la alternativa mas adecuada para llevar a cabo los fines propuestos, pues al ser un recurso administrativo y no jurisdiccional no sufriría los efectos negativos que conlleva la mora judicial, además que cumpliría con los postulados de un control de legalidad especializado, rápido y eficaz.

En este orden de ideas, resulta indispensable dotar de las funciones necesarias para resolver el recurso administrativo especial planteado a algún órgano del estado, para ello se contemplan dos posibilidades: *i)* otorgar nuevas competencias a un organismo ya existente, o *ii)* crear un nuevo organismo cuyas competencias se limiten a la resolución de los conflictos surgidos de los actos de adjudicación de los contratos estatales.

En el sistema jurídico nacional se contemplan las unidades administrativas especiales que, como bien lo explica Garrido (2017), son aquellas entidades públicas que están investida de “un procurado carácter técnico para cumplir sus funciones en el sector al que pertenecen, conocimiento especializado, perfil profesional y visión de la gerencia pública moderna” (p. 254). La estructura del Estado Colombiano a nivel central cuenta con la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública —*Colombia Compra Eficiente*—, como una “entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación” (D. 4170/2011, art. 1º), y que:

desempeña las funciones de ente rector de la contratación pública en Colombia y cuyo objetivo principal es desarrollar herramientas orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado (D. 4170/2011, art. 2º).

Ahora bien, debido a que esta entidad fue creada a través de Decreto Ley y que la nueva competencia que se le pretende otorga es de carácter especial y no le fue asignada desde sus orígenes, la modificación de funciones debería hacerse mediante Ley Ordinaria expedida directamente por el Congreso de la República (C.P. art, 150.7) o a través de este autorizando al Gobierno Nacional para realizar tal modificación (C.P. art, 150.10). Este procedimiento legislativo sería el mismo que el de creación de una nueva Unidad Administrativa Especial —como se pasará a exponer en párrafos posteriores—.

Sin embargo, es una realidad innegable que el objetivo primordial de *Colombia Compra Eficiente* es la implementación, el manejo y la operatividad del sistema de contratación y compras

públicas en Colombia. Por lo tanto, podría ser contraproducente dotarla de nuevas funciones, llevando a la ineficiencia no solo de las competencias que ya tiene a su cargo, sino también de la tramitación del recurso administrativo especial contra los actos de adjudicación. En consecuencia, la alternativa de crear un nuevo organismo cuyas competencias se limiten a la resolución de los conflictos surgidos de los actos de adjudicación de los contratos estatales, que tendría el mismo procedimiento de creación que darle nuevas competencias a un órgano ya existente, podría llegar a ser mas eficiente.

Siguiendo este criterio, se recuerda que el conocimiento y resolución del recurso administrativo especial en España fue encomendado a una entidad creada particularmente para ese fin, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, En este sentido, en atención a los buenos resultados que ha brindado el ejemplo español en la contratación pública, se considera que, en efecto, la creación de un nuevo organismo que se encargue únicamente de resolver los recursos administrativos que se presenten contra los actos de adjudicación es la opción mas adecuada y por la que se decanta este trabajo.

Lo anterior, sin perjuicio de dejar planteada la opción de dotar a *Colombia Compra Eficiente* de esta nueva competencia, configuración que se asemejaría al modelo utilizado en el sistema jurídico peruano para implementar el recurso plurimencionado —explicado en el acápite 3.1.2— pues se recuerda que el órgano competente para conocer de las apelaciones sobre la materia en dicho país, es el Tribunal de Contratación del Estado, que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), entidad adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas.

Ahora bien, se debe destacar que la competencia para “crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras

entidades del orden nacional” esta en cabeza del Congreso de la Republica (C.P. art, 150.7), por lo que, la creación de esta unidad administrativa especial se debe realizar mediante Ley Ordinaria. En tal sentido, se debe advertir que, si bien corresponde al Congreso hacer las leyes y a través de estas regular diferentes situaciones del tráfico jurídico, normalmente las normas jurídicas así expedidas no alcanzan el grado de desarrollo o detalle requerido, y su tramitación puede llegar a limitar el objetivo propuesto, por lo tanto, es posible, atendiendo a las manifestaciones constitucionales de la colaboración armónica de las distintas Ramas del Poder Público, que el Congreso se encargue de crear el nuevo organismo, pero la determinación de los objetivos y la estructura orgánica de la nueva Unidad Administrativa sea asignada al Gobierno Nacional, revistiéndolo de facultades extraordinarias (C.P. art, 150.10), que sean cumplidas en consonancia con lo dispuesto en el artículo el artículo 50 de la *Ley 489 de 1998*, que prevé lo siguiente:

La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos: 1. La denominación. 2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico. 3. La sede. 4. La integración de su patrimonio. 5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y 6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.

Por consiguiente, lo que se busca con la creación de este nuevo organismo es que su actuación este precedida de eficiencia, y resuelva el recurso administrativo especial contra los actos de adjudicación en Colombia de manera especializada, rápida y eficaz. Objetivos que consecuentemente conllevan a aumentar las garantías de lo licitadores, un mayor grado de participación y competitividad de estos en los diferentes procesos de selección, la selección de la

mejor oferta, el cumplimiento de los principios de transparencia, selección objetiva y económica y el cumplimiento cabal de los fines estatales.

Conclusiones

Este capítulo finaliza la conceptualización propuesta desde el inicio del trabajo, y en el, se mostraron los antecedentes históricos sobre la revisión de los actos de adjudicación, para establecer que el nuevo control de legalidad que se pretende implementar es diferente al que fue exigido en el pasado; se pusieron de presente las dos (2) opciones, una judicial y una administrativa especial, con sus elementos básicos, para posteriormente elegir según la realidad país la mejor opción de acuerdo a su forma de acoplamiento con el sistema jurídico interno, y la efectividad de los remedios que introducirían a los problemas planteados en los capítulos anteriores, con ello se concluyó, entonces, que es el recurso administrativo especial el mecanismo mas adecuado y eficiente. Finalmente se vio, que para la puesta en funcionamiento de este nuevo control administrativo especial es necesario la creación de una nueva unidad administrativa especial que actué como Tribunal Administrativo Nacional de recursos contractuales.

Conclusiones generales del trabajo de grado

La adjudicación de contratos estatales, con la que culmina la etapa precontractual y surge la obligación de suscribir el contrato, debe producirse conforme a los principios de transparencia y de objetividad. Sin embargo, el régimen para controlar los actos de adjudicación como está concebido en el sistema jurídico colombiano —en el que únicamente son pasibles de recursos judiciales— es ineficiente, tanto por su configuración legal como por la congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

A raíz de lo anterior, no se garantiza la tutela judicial restaurativa a los licitadores vencidos en los procesos de selección, se incrementa el pago con fondos públicos de indemnizaciones que hubieran podido evitarse, mientras los contratos son ejecutados por quienes no presentaron la mejor propuesta. Esto no se compagina con los principios de transparencia, selección objetiva y economía, que rigen la etapa precontractual de la contratación pública.

Para combatir esos problemas, resulta conveniente la implementación de un sistema de recursos contra los actos de adjudicación conforme a los criterios de especialidad, rapidez y eficacia, dentro de los que sobresalen dos (2) alternativas de control de legalidad: i) la creación de un recurso jurisdiccional con trámite preferente o ii) la implementación de un recurso administrativo especial que sea resuelto por un órgano independiente.

El recurso jurisdiccional de competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia, con trámite especial y preferente no es la opción más adecuada, debido a que su implementación incrementaría la congestión judicial de los órganos judiciales administrativos y limitaría de manera excesiva la garantía de la doble instancia, máxime cuando el acto de adjudicación no es pasible de recursos administrativos.

La segunda alternativa, el recurso administrativo especial, es la opción idónea para combatir las falencias que el control de legalidad de los actos de adjudicación tiene actualmente, pues, como se ha visto en donde se ha implementado, cumple con las características de especialidad, rapidez y eficacia que se buscan.

Para la implementación de este nuevo sistema de recurso resulta necesaria la modificación normas de nivel legal y reglamentario, que posibiliten el ejercicio de recursos administrativos contra los actos de adjudicación, además de la constitución y configuración de un nuevo organismo estatal, en forma de unidad administrativa especial, que sea la encargada de conocer, tramitar y resolver los recursos administrativos especiales contra los actos de adjudicación de los contratos estatales proferidos por las entidades públicas de carácter nacional o territorial.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente, República de Colombia. (1991, julio 20). *Constitución Política* (2^{da} ed.). Gaceta Constitucional No. 116. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Candela, J. E. (2019). *El recurso especial en materia de contratación: instrumentos de protección al licitador y mecanismo de vigilancia a la administración en la contratación pública* [Disertación doctoral]. Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca.
- Carbonero, J. M. (2010). *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual* [Disertación doctoral]. Universidad de Granada: Granada.
- Comisión Europea. (2011). *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*. Bruselas. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>
- Congreso de la República de Colombia. (1993, octubre 28). Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial n.º 41 094*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (1998, diciembre 29). Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial n.º 43 464*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Congreso de la República de Colombia. (2007, julio 16). Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. *Diario Oficial* n.º 46 691. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de la República de Colombia. (2011, enero 18). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* n.º 47 956. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Corte Constitucional, República de Colombia. (2002, julio 3). Sentencia C-718. J.I. Pretelt Chaljub (M.P.).

Corte Constitucional, República de Colombia. (2012, septiembre 18). Sentencia C-508. A. Beltrán Sierra (M.P.).

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, República de Colombia. (2017, agosto 15). *Concepto N° 2346*. A. Namén Vargas (M.P.).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, República de Colombia. (2012, febrero 14). *Sentencia N° 38924*. J. O. Santofimio Gamboa (M.P.).

Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (1987, mayo 22). *Sentencia N° 4043*. C. Betancur Jaramillo (M.P.).

Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (2002, noviembre 27). *Sentencia N° 13792*. M.E. Giraldo Gómez (M.P.).

Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (2005, abril 20). *Sentencia N° 14519*. R. Saavedra Becerra (M.P.).

- Consejo de Estado, Sección Tercera, República de Colombia. (2007, agosto 29). *Sentencia N° 15324*. M. Fajardo Gómez (M.P.).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, República de Colombia. (2014, noviembre 12). *Sentencia N° 29855*. C. A. Zambrano Barrera (M.P.).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, República de Colombia. (2016, octubre 24). *Sentencia N° 45607*. M. N. Velásquez Rico (M.P.).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, República de Colombia. (2018, junio 19). *Auto N° 61132*. J. O. Santofimio Gamboa (M.P.).
- Consejo de las Comunidades Europeas. (1989, diciembre 21). Directiva 89/655/CEE. 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 obras. Diario Oficial L 395/33. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0665&from=es>
- Consejo Superior de la Judicatura (2019). *Informe de gestión al Congreso de la República 2018-2019*. Bogotá: Imprenta Nacional Colombiana
- Díez, S. (2012). *La Tutela de los Licitadores en la Adjudicación de Contratos Públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrero, A. (2013). Recursos administrativos especiales en materia de contratación pública. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, 4(1), 197-220. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1PDno-knS5iwZwVaOLyfdsP7SxPQimLh/view>

- Garrido, M. C. (2017). Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia I. *Revista Digital de Derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia*, 18(1), 243-290. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n17.13>
- Garzón, J. C. (2018). *Contratación pública: control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, tutela resarcitoria - tutela restitutoria una reforma necesaria*. Bogotá: Ibáñez.
- Gimeno, J. M. (2014). Los tribunales administrativos especiales de contratación pública y su principal doctrina. ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos? En R. F. Acevedo y P. Valcárcel (Eds.), *La contratación pública a debate: presente y futuro* (pp. 25-138). Pamplona: Civitas.
- Gimeno, J. M (2015). *Informe especial. 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)*. Zaragoza: Observatorio de Contratación Pública de España. Recuperado de http://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_INFORME_ESPECIAL_OBPC_RECURSO_ESPECIAL_Y_DOCTRINA_2015_0f8f25d8.pdf
- Gobierno de España (2007, octubre 31). Ley 30 de 2007. De contratos del sector público. *Boletín del Estado n.º 261*. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/10/30/30>
- Gobierno de España (2010, agosto 9). Ley 34 de 2010. De modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, 31/2007, de 30 de octubre, y 29/1998, de 13 de julio. *Boletín del Estado n.º 192*. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2010/08/05/34>

- Gobierno de España (2011, noviembre 16). Real Decreto Legislativo 3 de 2011. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. *Boletín del Estado n.º 276*. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2011/11/14/3>
- Gobierno de España (2017, noviembre 9). Ley 9 de 2017. Por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24UE, de 26 de febrero de 2014. *Boletín del Estado n.º 272*. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>
- Güecha, C. N. (2015). *Contratos Administrativos: control de la legalidad en el procedimiento administrativo de contratación* (3.ª ed.). Bogotá: Ibáñez.
- La Rota, M. E., Lalinde, S., Santa, S., y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Montaña, A. (2005). *El concepto de servicios públicos en el derecho administrativo*. (2.ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ramos, J., y Ramos, A. (2018). *Contratación Estatal Teoría General y Especial* (5.ª ed.). Bogotá: Ibáñez.
- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (2007, diciembre 11). Directiva 2007/66/CE. 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. Diario Oficial L 335/31. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0066&from=ES>
- Presidente de la República de Colombia. (1983, febrero 2). Decreto 222 de 1983. Por el cual expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan

oras disposiciones. *Diario Oficial n.º 36 189*. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>

Presidente de la República de Colombia. (1984, enero 10). Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. *Diario Oficial n.º 36 439*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo.html

Presidente de la República de Colombia. (2011, noviembre 3). Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente-, se determina sus objetivos y estructura. *Diario Oficial n.º 48 242*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4170_2011.html

Presidente de la República de Perú. (2018, diciembre 31). Decreto Supremo n.º 344-2018-EF. Por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 30335. *Modificado por el Decreto Supremo n.º 377-2019-EF*. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/DS%20344-2018-EF%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N%2030225.pdf

Presidente de la República de Perú. (2019, marzo 13). Texto Único Ordenado de la Ley 30335, Ley de Contrataciones del Estado. *Aprobado mediante Decreto Supremo n.º 082-2019-EF*. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/TUO_ley-30225-DS-082-2019-EF.pdf

The Organization for Economic Cooperation and Development-OECD. (2016). *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*. París: OECD Public Governance Reviews. [dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en](https://doi.org/10.1787/9789264252103-en)

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (2019). *Memoria de actividades*. Año 2018 Madrid.

Vedele, G. (1980). *Derecho Administrativo* (traducción 6.^a ed.). Madrid: Aguilar.

Villabella, C. M. (2015). Los métodos de investigación jurídica. Algunas precisiones. En J. H. García y W. A. Godínez (Eds.), *Metodologías: enseñanza e investigación jurídica: 40 años de vida académica homenaje a Jorge Witker* (pp. 921-953). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Posgrado Derecho, Tecnológico de Monterrey.

Anexo I: Producto práctico

Proyecto de Ley

“Por la cual se crea el Tribunal Administrativo Nacional de Recursos Contractuales, se otorgan precisas facultades extraordinarias al presidente de la república para establecer los objetivos y la estructura de la Unidad Administrativa Especial creada, se reglamenta el recurso especial en materia de contratación y se dictan otras disposiciones”.

Artículo 1º. Créase el Tribunal Administrativo Nacional de Recursos Contractuales como una Unidad Administrativa Especial, que, como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio propio adscrita al Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual tiene como objetivo conocer, tramitar y resolver los recursos especiales contra los actos de adjudicación de los contratos estatales proferidos por las entidades públicas de carácter nacional o territorial.

Artículo 2º. *Facultades Extraordinarias.* De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para:

a) Determinar los objetivos, las funciones específicas, la estructura orgánica y la composición de la Unidad Administrativa Especial creada por disposición de la presente ley.

b) Realizar las modificaciones presupuestales necesarias para financiar los gastos de funcionamiento e inversión necesarios para el cumplimiento de las funciones que se asignen a la entidad creada por la presente ley.

Parágrafo 1º. Las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República en el presente artículo serán ejercidas con el propósito de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público, y hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública, con el fin de lograr la mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos.

Parágrafo 2º. El presidente de la República determinará la planta de personal necesaria para el funcionamiento de unidad administrativa especial, creada por la presente ley.

Artículo 3º. Confórmese una Comisión de Seguimiento integrada por nueve (9) Senadores y nueve (9) Representantes, designados por el presidente de cada una de las Cámaras, para hacer seguimiento permanente a las facultades conferidas en este proyecto, recibir los informes del Gobierno y presentarlos al Congreso.

Artículo 4º. *Recurso especial en materia de contratación: acto recurrible.* Serán susceptibles de recursos especial en materia de contratación únicamente los actos administrativos de adjudicación que profieran la entidades nacionales o territoriales. Contra los actos administrativos de adjudicación no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios. La interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo.

Artículo 5°. *Órgano competente para la resolución del recurso administrativo especial.* El conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado al Tribunal Administrativo Nacional de Recursos Contractuales, órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

Dicho órgano estará compuesto por un presidente y un mínimo de dos vocales. Mediante Acuerdo del Departamento Administrativo de Función Pública, el Ministro de Hacienda y del Ministro de Justicia, podrá incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje.

La designación del presidente y los vocales de este Tribunal se realizará por el Gobierno a propuesta conjunta del Departamento Administrativo de Función Pública, el Ministro de Hacienda y el Ministro de Justicia. La duración del nombramiento efectuado de conformidad con este apartado será de seis años y no podrá prorrogarse.

Formará parte del Tribunal, el Secretario General del mismo. El Tribunal contará con los servicios administrativos precisos para su funcionamiento. El nombramiento del Secretario General y del personal integrante de los servicios administrativos se hará por consenso del presidente y los vocales mediante la modalidad de contratación de libre nombramiento y remoción.

Artículo 6°. *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.

Artículo 7º. *Iniciación del procedimiento y plazo.* El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación o comunicación del acto de adjudicación que se pretende recurrir.

Artículo 8º. *Forma y lugar de interposición del recurso especial.* En el escrito de interposición se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente, y el documento que acredite la legitimación del actor.

Artículo 9º. *Efectos derivados de la interposición del recurso.* Una vez interpuesto el recurso, la ejecutoria del acto de adjudicación quedará en suspenso hasta que se resuelva.

Artículo 10º. *Inadmisión.* El Tribunal Administrativo Nacional de Recursos Contractuales, podrá declarar la inadmisión del recurso cuando constatare que, de forma manifiesta, se presenta cualquiera de los siguientes supuestos:

a) La falta de legitimación del recurrente.

b) Haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley.

b) La interposición del recurso, luego de haber expirado el plazo establecido para su interposición.

Artículo 11º. *Tramitación del procedimiento.* Interpuesto el recurso, el Tribunal Administrativo Nacional de Recursos Contractuales lo notificará, en el mismo día, al órgano de contratación, con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos (2) días hábiles siguientes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado de este a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco (5) días hábiles para formular alegaciones.

c) Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Artículo 12º. *Resolución del recurso especial.* Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados.

El recurso será resuelto con acto motivado en el que se acojan o denieguen las solicitudes formuladas por el impugnante. La resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, el Tribunal se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas

durante el procedimiento de adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

La resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión de la ejecutoria del acto de adjudicación, para con ello continuar con el trámite contractual.

En caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá poner en conocimiento del Tribunal Administrativo Nacional de Recursos Contractuales las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la decisión.

Transcurridos dos meses contados desde el día siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo.

Artículo 13º. *Efectos de la resolución del recurso especial.* Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.

Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales de hecho, o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso.

Artículo 14°. *Aspecto no regulados.* En los aspectos no contemplados en esta normatividad se seguirá el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 15°. *Derogatorias.* A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se entienden derogadas las disposiciones que le sean contrarias, especialmente el numeral 8° del artículo 25, y el párrafo 1° del artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

Artículo 16°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.