

CAPÍTULO XIV

Un “tribunal administrativo” de recursos contractuales en Colombia. Una discusión aplazable, mas no evitable

Andrés Fernando Ospina Garzón

Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia

SUMARIO. Introducción. 1. Los instrumentos actuales de resolución del contencioso-administrativo contractual: un sistema esencialmente judicial.

1.1. La causa del litigio o de la controversia. 1.2. La jurisdicción competente. 1.3. El mecanismo para resolver las controversias contractuales. 1.4. El contencioso precontractual. 1.5. El contencioso del enriquecimiento sin causa. 1.6. El éxito del arbitraje como efecto y causa del desprestigio de los mecanismos ante el juez. **2. La naturaleza, garantías y competencia de un eventual “tribunal administrativo” de recursos contractuales.** 2.1. La pertinencia y la urgencia de la discusión. 2.2. La naturaleza del órgano, del recurso y de la función. 2.3. Las consecuencias de la naturaleza jurisdiccional o administrativa. 2.4. Las garantías de independencia e imparcialidad del órgano encargado de decidir el recurso. 2.5. Los asuntos que podrían someterse al recurso especial. **3. Bibliografía.**

Introducción

La influencia del derecho europeo en el derecho administrativo colombiano es innegable, antigua¹ e importante. Basta con decir que, hasta el comienzo de la vigencia del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo –CPACA– (Ley 1437 de 2011), los recursos contra los actos administrativos se denominaban “vía gubernativa”, con una clara influencia del derecho administrativo español². Sin mucha o poca discusión, la

1. Sobre el origen de la jurisdicción colombiana de lo contencioso-administrativo, puede consultarse Ospina Garzón (2009).

2. Cf. Gallego Anabitarte (2009).

expresión fue reemplazada por la de "recursos contra los actos administrativos" y, aparte de este retoque meramente nominal, ni la comisión que elaboró el actual Código CPACA, ni el Congreso de la República, que lo convirtió en ley, discutieron sobre los graves problemas que afectaban a la eficacia de este importante mecanismo ni, por lo tanto, acerca de los remedios que debían implementarse. En otras palabras, la inercia del derecho administrativo colombiano sugirió mantener intacto el mecanismo sin, ni siquiera, interrogarse en cuanto a la justificación, función o utilidad de los recursos contra los actos administrativos³. A pesar de que el ejercicio del recurso ante el superior (jerárquico o funcional) en el corto plazo de 10 días siguientes a la notificación del acto administrativo es, de manera general, un requisito para poder acceder a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en la mayoría de los casos dicha etapa no es más que una demora o un obstáculo para llegar al juez⁴, en lugar de ser un verdadero mecanismo administrativo de resolución de litigios. Las causas de la ineficacia de dichos instrumentos son muchas, y ya en algunas ocasiones anteriores hemos intentado identificarlas y proponer soluciones⁵; algunas de ellas son: (1) no existe obligación legal de instruir los recursos, ya que la práctica de pruebas es excepcional y, por el contrario, se dispone que los recursos deben ser decididos "de plano" (art. 79 CPACA). No se requiere reexaminar el expediente y no se reprocha la decisión en serie o a través de un formato o la confirmación sin examen previo; (2) no se prevén sanciones por no resolver administrativamente el litigio y, por consiguiente, permitir que se active, innecesariamente, la jurisdicción; (3) existe temor en los funcionarios a aceptar los vicios de los actos administrativos y resolver administrativamente el litigio, debido a la hipertrofia del control burocrático de que adolece la Administración pública colombiana, lo que se agrava con la penalización de los instrumentos administrativos, particularmente la responsabilidad disciplinaria⁶, y contrasta con la poca efectividad de dichos controles; (4) la resolución de los recursos es una carga laboral accesoria y no existen autoridades o dependencias cuya función principal sea la instrucción y decisión de los recursos; (5) salvo los recursos ante superiores funcionales⁷, quien elabora el acto administrativo recurrido

3. Al respecto, puede consultarse Benavides y Ospina (2012).

4. Cf. Mogollón Monterrosa (2019).

5. Ospina Garzón (2016).

6. Ospina Garzón (2018).

7. En derecho colombiano, la expresión "superior funcional" se inspiró en el funcionamiento jurisdiccional, para diferenciarlo del superior jerárquico, que dispone de poderes de nominación, dirección, instrucción y control. Se trata de eventos en los cuales el recurso de apelación contra el acto administrativo es decidido por quien no es el superior jerárquico —que no existe en esos casos—, sino una autoridad cuya función es justamente resolver la impugnación. De esta manera, quien resuelve es superior para la función de resolver el recurso, pero carece de las otras atribuciones propias del superior jerárquico. Los dos ejemplos más importantes son: (1) el

es, a la vez, quien proyecta la decisión sobre el recurso de apelación, por solicitud de su superior, quien, además, frecuentemente impartió las directrices en cuanto a la decisión que se debe tomar y, por supuesto, confirmar. Finalmente, (5) no existen políticas de resolución administrativa de los litigios que inciten a resolver el litigio sin necesidad de una condena judicial y, entre otros aspectos, conviertan las decisiones judiciales en reglas de decisión de los recursos administrativos.

En lugar de adoptar correctivos frente a las causas de la ineficacia y ante el desprestigio de los recursos administrativos, surgen voces que proponen, sin más, suprimirlos o, lo que conduce finalmente a lo mismo, convertirlos en mecanismos opcionales⁸, en pro de confirmar el pretendido e inalcanzable monopolio jurisdiccional sobre el contencioso. Por otra parte, no se descarta la creación de recursos administrativos de segunda generación, que se caracterizan por superar algunos de los defectos de los recursos clásicos y, en lógica postmoderna, dar la apariencia de novedad y cubrirse por una presunción de utilidad y de eficacia.

Uno de dichos recursos que podría crearse en el derecho colombiano es el que, en el derecho europeo, se ejerce ante los denominados “tribunales administrativos de recursos contractuales”, expresión confusa en sí misma. Ahora bien, para la discusión acerca de la naturaleza que podría tener el recurso, el órgano encargado de decidirlo y la función en el derecho colombiano, su composición, las garantías que podrían rodear su independencia e imparcialidad y los asuntos que podrían ser sometidos a su decisión, pareciera que es imprescindible examinar los mecanismos con los que actualmente cuenta el ordenamiento jurídico nacional, con el fin de identificar allí la necesidad y la posibilidad de instaurar este mecanismo adicional, de inspiración europea.

recurso contra los actos administrativos expedidos por los curadores urbanos —particulares que, en ejercicio de función administrativa, expiden licencias de construcción—, que son decididos por la Administración del correspondiente municipio (este recurso fue creado por el artículo 39 del Decreto-ley 2150 de 1995 y se ha mantenido en las diferentes reglamentaciones de las licencias urbanísticas), y (2) el recurso contra los actos administrativos expedidos por las empresas de servicios públicos domiciliarios, sean estas públicas, privadas o de naturaleza mixta, que son resueltos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 154 de la Ley 142 de 1994). Cf. Perdomo Villamil (2022).

8. “Esta reminiscencia, que distorsiona el papel que debe estar llamado a cumplir el recurso administrativo, [...] tiene que dar paso al establecimiento de un sistema general de recursos administrativos facultativos, [...] al eliminarse esta barrera injustificada e injustificable [...]” (Rojas López, 2022: 61).

1. Los instrumentos actuales de resolución del contencioso-administrativo contractual: un sistema esencialmente judicial

1.1. La causa del litigio o de la controversia

En el contencioso-administrativo colombiano, para poder demandar, no es necesario transformar los hechos y las omisiones administrativas en acto administrativo. Es decir, la prerrogativa⁹ de la decisión administrativa previa no es general y, por el contrario, en muchos casos es posible demandar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo sin haber dado la oportunidad a la Administración de proferir un acto administrativo. Por eso, las controversias contractuales pueden tener por causa incumplimientos, actuaciones materiales o, incluso, fenómenos externos al contrato, pero que inciden en su economía y determinan imprevisión o, en general, el rompimiento del equilibrio económico de las prestaciones recíprocas¹⁰. Así, el contencioso contractual únicamente se materializa en el cuestionamiento de la validez de un acto administrativo cuando la Administración contratante ha ejercido alguna de sus facultades propias, como la de multar al contratista, modificar el contrato, interpretarlo o, incluso, caducarlo. A pesar de que el ejercicio de recursos administrativos contra el acto administrativo sea, por regla general, un requisito para acceder al juez, este no es el caso de los asuntos derivados de la contratación administrativa. En el Estatuto de Contratación Estatal no se prevén recursos de apelación y los actos administrativos proferidos dentro de la relación contractual únicamente son susceptibles de recurso de reposición (art. 77 Ley 80/93). Por lo tanto, la procedibilidad de la demanda ante el juez no se condiciona por el ejercicio de este único recurso que existe en la materia.

1.2. La jurisdicción competente

El contencioso-administrativo que genera la actividad contractual del Estado no siempre estuvo asignado a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. La Ley 130 de 1913 —que creó la jurisdicción colombiana de lo contencioso-administrativo— preveía únicamente que esta conocería de la validez de actos administrativos, y excluyó expresamente las controversias acerca de contratos (art. 18.i). La Ley 167 de 1941 —que derogó la Ley 130 de 1913— reiteró, expresamente, la exclusión del contencioso derivado de los contratos (art.

9. Mal llamada "privilegio de la decisión previa".

10. "Por regla general, en estas acciones no se da el agotamiento de la vía administrativa, ya que ordinariamente serán de reclamación directa" (Betancur Jaramillo, 2014: 90).

73.1). Por lo tanto, dichos asuntos los conocía la jurisdicción ordinaria. Fue solamente a partir del Decreto 528 de 1964 (arts. 30.1.a, 31.1.a y 32.1.a y b) cuando las controversias originadas en “contratos administrativos”¹¹ celebrados por entidades públicas fueron atribuidas a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. La exclusión de los contratos con régimen de derecho privado fue confirmada por la Ley 19 de 1982, al disponer que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo únicamente conocería de controversias que surgieran respecto de los “contratos administrativos o de derecho privado en los que se haya pactado cláusula de caducidad” (art. 4), y se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de la contratación. En desarrollo de dichas facultades se expidió el Decreto-ley 222 de 1983, estatuto de contratación que, de nuevo, previó los dos tipos de contratos y reiteró que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo únicamente conocería de las controversias derivadas de los contratos administrativos y los de derecho privado con cláusula de caducidad (art. 17). Esta situación se mantuvo con la reforma del artículo 83 del Código Contencioso-Administrativo realizada en 1989. El Decreto-ley 222 de 1983 fue derogado por el actual Estatuto¹² de Contratación estatal, Ley 80 de 1993, que creó una categoría unitaria, independiente del régimen jurídico aplicable y de la existencia o no de prerrogativas de la Administración contratista: el “contrato estatal” (art. 32); y, por ello, la Ley 446 de 1998 amplió la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para conocer de todas las controversias que generen los “contratos estatales” (arts. 30 y 32, que modificaron los arts. 82 y 87 del CCA).

De acuerdo con el código vigente (CPACA), la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conoce de tres tipos de controversias contractuales: (1) las derivadas de los contratos celebrados por cualquier entidad pública¹³, independientemente del régimen jurídico del contrato —criterio orgánico—; (2) las derivadas de contratos celebrados por particulares en ejercicio de funciones públicas —criterio funcional—; y (3) las derivadas de contratos cele-

11. “[...] noción que carecía de contenido en el ordenamiento jurídico nacional, pero que la jurisprudencia, inspirada en el derecho administrativo francés, con la utilización de diversos criterios, en especial el de las cláusulas excepcionales, resultó asimilando a los contratos celebrados por la AP sometidos al derecho administrativo, excluyendo así de la noción a los llamados contratos de derecho privado de la Administración” (Santos Rodríguez, 2022: 859).

12. La expresión “estatuto” no significa, en este caso, que se trate de un tipo especial de ley. En realidad, se trata de una ley ordinaria, expedida en desarrollo de la atribución del último inciso del artículo 150 de la Constitución: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”.

13. El parágrafo del artículo 104 del CPACA define las entidades públicas —a los solos efectos de determinar el juez competente— como aquellas que, independientemente de su denominación, cuenten con capital público igual o superior al 50 %.

brados por una empresa de servicios públicos domiciliarios, sin importar la naturaleza de su capital, en que se incluyeron o debieron incluirse cláusulas exorbitantes.

1.3. El mecanismo para resolver las controversias contractuales

Después de que, en 1964, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo asumiera el conocimiento de las controversias contractuales, no se previó un mecanismo especial para resolver estos asuntos y, por lo tanto, "todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraba—n propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa"¹⁴. Con el Decreto-ley 222 de 1983 se consolidó, en el derecho colombiano, el nacimiento del contrato administrativo como una categoría jurídica autónoma diferente del acto administrativo¹⁵ e, incluso, se abandonó la teoría del contrato como un acto administrativo bilateral que, ante la ausencia de un mecanismo propio para juzgar los contratos, había acogido la jurisprudencia¹⁶. El Código Contencioso-Administrativo derogado (Decreto-ley 01 de 1984) previó, dentro del capítulo denominado "medios de control", un mecanismo autónomo para tramitar el contencioso que este instrumento generara y di-

14. Santofimio Gamboa (2004: 229).

15. El artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983 diferenciaba entre los contratos administrativos, regidos por el derecho público, taxativos, y los contratos de derecho privado de la Administración.

16. Aunque la jurisprudencia había hecho esfuerzos por diferenciar el acto administrativo del contrato: "Y como un contrato es substancialmente lo contrario de un acto administrativo, desde luego que este, aun siendo complejo, es la expresión de una voluntad, y que aquél es la expresión de, por lo menos, dos voluntades que han llegado a producirla, no por medio de la imposición sino del acuerdo, y no para surtir efectos erga omnes o contra terceros, sino entre partes, lo que se dice de los actos en relación con el sujeto que puede controvertirlos, no puede decirse de los contratos nuestra legislación otorga acción a los particulares para controvertir la legalidad de las decisiones ejecutorias" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 14 de marzo de 1974, exp. 1515, actor César Castro Perdomo). No obstante, se sostuvo que el contrato era un acto administrativo bilateral: "El acto que adjudica un contrato de la administración no es, en su esencia, unilateral. Es algo más. Puede afirmarse que él es el convenio mismo o el ajuste de voluntades producido entre la administración contratante y el contratista que presentó la mejor propuesta. En otros términos, ese acto de adjudicación es la culminación de la operación administrativa de selección del contratista y crea una serie de derechos y obligaciones entre la administración y el favorecido, hasta el punto que la etapa subsiguiente no es más que la de instrumentación de ese convenio con sujeción estricta a las bases que se tomaron en cuenta para la adjudicación. Y el carácter bilateral que muestra el acto mencionado impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o plena jurisdicción reguladas en el código administrativo" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 16 de agosto de 1982, exp. CE-SEC3-EXP1982-N3602, reiterada en Sentencia de la Secc. 3 de 20 de junio de 1983, exp. CE-SEC3-EXP1983-N3355).

ferente de las vías para demandar la nulidad de los actos administrativos: las “acciones relativas a contratos”¹⁷ —conocidas por la jurisprudencia y la doctrina como la “acción contractual”—, con una lista cerrada de pretensiones que podrían decidirse a través de este mecanismo (art. 87). Con la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989, el mecanismo judicial pasó a llamarse “acción de controversias contractuales”, y, desde entonces, se dispuso que se trataba de una vía para realizar todas las declaraciones y condenas derivadas de la relación contractual. Es decir, en la actualidad se trata de un instrumento residual y multipropósito en el que se puede ventilar cualquier controversia surgida del contrato y, por lo tanto, su procedencia exige que exista un negocio perfeccionado. A manera de ejemplo, es posible solicitar la declaratoria de existencia del contrato¹⁸, de su incumplimiento, la revisión del acuerdo por imprevisión, el restablecimiento del equilibrio económico, la reparación de perjuicios derivados del incumplimiento, la nulidad de actos administrativos proferidos en la ejecución del contrato y la nulidad del acuerdo. Estas características fueron confirmadas por las sucesivas modificaciones del mecanismo (arts. 32 Ley 446 y 141 CPACA)¹⁹.

1.4. El contencioso precontractual

La jurisprudencia administrativa colombiana adoptó la teoría de los “actos administrativos separables del contrato” y, por lo tanto, susceptibles de ser deman-

17. “Artículo 87. Acciones relativas a contratos. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.

La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato. [...]”.

18. Los contratos regidos por el Estatuto de Contratación Estatal requieren de un escrito, como requisito de existencia. Por lo tanto, respecto de ellos, no es posible obtener la declaratoria judicial de existencia por medios alternos, ya que la sentencia judicial estaría perfeccionando contratos que, en realidad, eran inexistentes. Por el contrario, hay normas especiales que no exigen dicha forma escrita, como, por ejemplo, el artículo 66 de la Ley 1523 de 2012, que previó que los contratos, en caso de declaratoria de calamidad pública, “se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares”. Ello permitió al Consejo de Estado declarar la existencia de un contrato verbal (Consejo de Estado, Secc. 3, Subsecc. B, Sentencia de 18 de noviembre de 2021, exp. 47001-23-33-000-2017-00084-01 [64399]), luego de concluir que “se configuró un contrato con la oferta presentada por el demandante y con la respectiva aceptación de la entidad demandada. Negocio jurídico que, por demás, no se trató de un contrato verbal, sino de un contrato conformado por la oferta, contentiva de los elementos esenciales de un negocio jurídico, que fue comunicada a la administración destinataria, y su respectiva aceptación por parte de la entidad territorial, en cabeza de su representante legal. La Sala recuerda que las partes del contrato firmaron, también, la autorización de inicio de obra”.

19. Cf. Expósito Vélez (2011: 38).

dados de manera autónoma, sin necesidad de cuestionar el contrato mismo (el cual, en muchos casos, no existe aún). Se trató de una influencia directa del derecho francés²⁰ que, aunque inicialmente solo tenía reconocimiento por vía jurisprudencial²¹, fue posteriormente introducida en normas legales.

En efecto, la Ley 19 de 1982, que habilitó al Presidente para expedir un estatuto de contratación mediante un decreto con fuerza de ley, previó que en la formación y adjudicación de los contratos de derecho privado de la Administración —de conocimiento de la jurisdicción ordinaria— podían expedirse actos administrativos, demandables ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (art. 3 de la Ley 19 de 1982). En desarrollo de tal habilitación se expidió el Decreto-ley 222 de 1983, que expresamente confirmó la posibilidad de que los actos previos al contrato de derecho privado de la Administración fueran demandables ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo²², pero no indicó cuál sería el mecanismo para ello. La precisión fue hecha por el artículo 87 del CCA, que dispuso en su tercer inciso, tras regular la acción contractual: "Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código". Las "otras acciones" consistían, entonces, en las que permiten cuestionar actos

20. "Hasta los primeros años del siglo XX las decisiones que precedían, determinaban o, llegado el caso, seguían la realización de una operación que sólo podía dar lugar a un contencioso de plena jurisdicción fueron consideradas como un 'todo indivisible' con esta operación". Sin embargo, la jurisprudencia reconoció "que algunas de estas decisiones, inicialmente incorporadas en las operaciones electorales, fiscales o contractuales e incluidas en el todo indivisible, podían ser consideradas, por sí solas, y no únicamente en su relación con la operación de la que se derivan: es decir que es posible separarlas de esta operación. El interés práctico de su separabilidad consiste autorizar a los interesados a presentar, contra tales decisiones, un recurso por exceso del poder, independientemente de la impugnación de la operación central o final que se realiza a través de un recurso de pleno contencioso, sin que allí se excluya la posibilidad de controvertir la operación final, con fundamento en la ilegalidad de las decisiones separables" (Chapus, 2008: 702, 704). En cuanto a los actos separables del contrato, la primera decisión que lo aceptó fue proferida por el Consejo de Estado francés el 11 de diciembre de 1903, en el caso *Commune de Gorre*, confirmada en la Sentencia de 4 de agosto de 1905, en el caso *Martin*, publicada en *Sirey*, 1906, 3, 49, con nota de Maurice Hauriou.

21. "En providencia de abril 6 de 1972 el Consejo de Estado, precisó que 'la acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el artículo 66, a *toda persona*, no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativas', precisándose que de igual manera que en el Derecho Francés se excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos 'que sólo son susceptibles de la plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquélla proceda, como también sucede en el régimen colombiano contra los actos separables de los mismos'. Sección 1ª, exp. 1714. Anales del Consejo de Estado, Año XLVII, Tomo LXXXII. Primer semestre 1972, Pág. 449" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 12 de abril de 1978, exp. CE-SEC3-EXP1978-N1492 [1942], actor: Sociedad Cía. Colombiana de Construcciones Urbanas, Ltda.).

22. "[...] en los contratos de derecho privado de la administración en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativo" (parágrafo del artículo 17 del Decreto-ley 222 de 1983).

administrativos: acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, de manera asombrosa, dicha impugnación solo era posible una vez terminado o liquidado el contrato (art. 136, penúltimo inciso). Esta limitación temporal fue suprimida por los arts. 17 y 23 del Decreto 2304 de 1989, que modificaron los arts. 87 y 136 del CCA y, por lo tanto, permitieron la impugnación inmediata de los actos administrativos previos al contrato, desde su notificación o publicación.

Aunque la posibilidad de demandar los actos precontractuales no fue expresamente prohibida, el Estatuto de Contratación Estatal —Ley 80 de 1993— no la mencionó y, por el contrario, dispuso que los actos proferidos con motivo u ocasión de la actividad contractual “sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo” (art. 73). Debido a esto, la jurisprudencia concluyó que la posibilidad de demandar los actos precontractuales había sido suprimida²³. Pero tal interpretación no fue uniforme, y existieron sentencias que continuaron aceptando la demanda de los actos precontractuales²⁴. Ante la incertidumbre, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 modificó el artículo 87 del CCA: restableció expresamente la posibilidad de demandar los actos precontractuales y previó un plazo especial de caducidad de 30 días tanto para la acción de nulidad simple como para la de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos previos al contrato, aunque advirtió: “La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato”. La mora judicial, mezclada con los efectos no suspensivos de la demanda, hizo que, en la mayoría de los

23. “[...] el Decreto-Ley 01 de 1984 acogió la anotada distinción de raigambre doctrinal y jurisprudencial, al asignarle al control judicial de los actos denominados previos o ‘separables’ del contrato, el cauce procesal de las acciones procedentes contra cualesquiera otros actos administrativos en general nulidad y nulidad y restablecimiento de derecho, mientras que se estableció la contractual como la acción pertinente para encauzar pretensiones en contra de actos contractuales propiamente dichos. Esta situación se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, en la cual se dejó de lado la aludida concepción dicotómica que distinguía entre actos previos o ‘separables’ y actos contractuales, para englobar las dos categorías anteriores en una sola, a saber: la de ‘los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual’”. Sin embargo, “[e]sa situación evidenció un nuevo cambio con la entrada en vigor de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 32 modificó el artículo 87 del C.C.A., y restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato y con ocasión de la actividad previa a dicho momento, por una parte y por la otra, las decisiones unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual” (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 18 de marzo de 2010, exp. 25000-23-26-000-1994-00071-01 [14390]). Esta tesis fue expuesta en el Auto de 10 de marzo de 1994, exp. 9118, donde se concluyó que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, el único mecanismo era la acción contractual.

24. Consejo de Estado, Secc. 3, sentencias de 22 de abril de 2009, exp. 14.667, y de 18 de septiembre de 1997, exp. 9118.

casos, la sentencia se profiriera cuando el contrato ya se había ejecutado y liquidado. Por otra parte, la jurisprudencia precisó que la demanda con plazo especial de 30 días no se predicaba del acto de adjudicación, que únicamente era susceptible de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el plazo de 4 meses, y no de nulidad simple²⁵.

Durante la vigencia del actual CPACA se introdujeron tres modificaciones fundamentales al contencioso precontractual: en primer lugar, se amplió el plazo de caducidad de las acciones de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, de 30 días a 4 meses, y, de esta manera, se zanjó la discusión acerca de si determinado acto administrativo, como el de adjudicación, se demandaba en el plazo general de 4 meses o en el especial de 30 días. En segundo lugar, se suprimió la regla según la cual la posibilidad de demandar los actos precontractuales cesaba cuando el contrato ya estuviera perfeccionado, caso en el cual los vicios de estos únicamente podían invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato²⁶. Es por ello que, estando vigente el CPACA, la jurisprudencia concluyó que sí es posible demandar los actos administrativos precontractuales, incluso después de celebrado el contrato, a condición del respeto del plazo de caducidad de la acción²⁷. Finalmente, aunque la demanda de actos precontractuales sigue sin tener un efecto suspensivo automático, la introducción de un nuevo sistema de medidas cautelares permite evidenciar que, actualmente, sí es posible demandar los actos previos y solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional (1) de dicho acto administrativo, (2) del procedimien-

25. "Tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción sigue a aquél, son susceptibles de ser enjuiciados sólo por quien tiene un interés directo en uno y otro, generalmente, por el proponente vencido, sin perjuicio de la titularidad de la acción relativa a controversias contractuales que el legislador ha reconocido al Ministerio Público, para solicitar la nulidad absoluta del contrato" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 54001-23-31-000-1998-01333-01 [19936]).

26. "[...] transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales" (Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 8 de mayo de 2013, exp. 25000-23-26-000-1999-00747-01 [24218]). La imposibilidad de demandar los actos precontractuales una vez perfeccionado el contrato fue acogida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-712/05.

27. "[...] es posible concluir que para efectos de su control judicial los actos precontractuales hoy en día son separables del negocio jurídico principal incluso luego de que se haya suscrito el contrato, ya que no se introdujo la disposición que indicaba que una vez celebrado el contrato únicamente podía solicitarse la ilegalidad de los actos previos como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, previsión que si se encontraba en la anterior normativa" (Consejo de Estado, Secc. 3, Subsecc. B, Auto de 10 de julio de 2017, exp. 68001-23-33-000-2013-00766-01 [49856]), tesis confirmada en Secc. 3, Subsecc. B, Sentencia de 31 de enero de 2019, exp. 25000-23-36-000-2014-01265-01 (57741).

to administrativo de selección del contratista o, incluso, (3) del contrato mismo²⁸, y tal solicitud puede realizarse en cualquier estado del proceso (art. 230 del CPACA)²⁹. De esta manera, el contencioso precontractual adquirió instrumentos para ser un mecanismo de tutela judicial verdaderamente efectiva.

1.5. El contencioso del enriquecimiento sin causa

Puede llamar la atención que, dentro del contencioso administrativo jurisdiccional de la actividad contractual del Estado, se incluya lo relativo al enriquecimiento sin causa, ya que si hay contrato hay causa. Lamentablemente en Colombia suele ocurrir que se ejecuten obras o se presten servicios sin el cumplimiento de las normas relativas a la selección del contratista y al perfeccionamiento de los contratos³⁰, fruto, en muchos casos, de órdenes informales, motivadas o no por la corrupción. Esta situación se conoce coloquialmente como “hechos cumplidos”, frente a los cuales el derecho debe dar una respuesta. Tal respuesta no puede ser el amparo de la situación, pero tampoco el reproche, considerando que nuestro ordenamiento jurídico se construye a partir de la “causa” y, dependiendo de ella —lícita o ilícita—, se determinan las consecuencias. Así, la prohibición de enriquecimiento sin causa es transversal a todas las ramas del derecho y subyace en normas de distinta índole; se trata de un principio general del derecho. El enrique-

28. Aunque expresamente el artículo 230 del CPACA no mencione la suspensión provisional de contratos, como sí lo hace respecto de los actos administrativos y de los procedimientos administrativos, incluso contractuales, no hay que olvidar que no se trata de una lista cerrada o taxativa, y que, por ello, el numeral 5 del mismo artículo prevé que el juez podrá, a título de medida cautelar: “Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”. ¿Acaso la suspensión del contrato no es, en sí misma, la obligación de no ejecutarlo? Los argumentos expuestos en contra de esta teoría son bastante discutibles, pues se fundan en que los contratos son para cumplirlos, no para ser suspendidos; ¿ni siquiera cuando son lesivos del patrimonio público, de la moralidad administrativa o del orden jurídico?

29. “Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. [...] el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

[...].

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

[...].

30. “[...] el acto de adjudicación de un contrato estatal no perfecciona el contrato per se, pues, como se ha reiterado, se requiere del escrito que es el que tiene el carácter constitutivo del vínculo jurídico contractual” (Exposición Vélez, 2022: 818).

cimiento sin causa no se sanciona, ni se repara. Por consiguiente, frente al enriquecimiento sin causa la solución no es otra que retrotraerlo.

El mecanismo para lograr la reversión de la operación que generó el enriquecimiento sin causa de la entidad estatal, en detrimento de un particular, que se empobreció, es la clásica *actio in rem verso*, que, aunque no está formalmente prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, se tramita como si fuera una acción de reparación directa (art. 140 del CPACA), en los términos y con las consecuencias procesales de dicho mecanismo.

Los requisitos para que prospere la pretensión de reversión del enriquecimiento sin causa son, además de los clásicos de que una de las partes se empobrezca, la otra se enriquezca, ausencia de causa, buena fe e inexistencia de otro mecanismo para corregir la situación, los adicionados en 2012 por la jurisprudencia administrativa para endurecer las condiciones para la prosperidad del mecanismo y evitar así que la *actio in rem verso* se convirtiera en un mecanismo alternativo o paralelo a la contratación administrativa. Con este fin, se exigió que el demandante probara que actuó prevalido de buena fe cualificada, exenta de culpa, y que, con el enriquecimiento sin causa, no se desconocieran normas de orden público³¹. Como la ejecución de prestaciones sin soporte contractual es, por sí sola, un desconocimiento del Estatuto de Contratación Estatal, la propia jurisprudencia debió reconocer excepciones a este requisito, que parecieran ser simples ejemplos de una ponderación caso a caso: (1) cuando se ejecute por fuerza, orden o coacción de una autoridad pública; (2) cuando se pretenda amparar un derecho fundamental, para evitar su afectación irremediable, particularmente respecto del derecho a la salud, a la vida y a la educación³², y (3) cuando la ejecución de la obra o del servicio ocurra en circunstancias de excepcional urgencia, que ni siquiera permiten la declaratoria de la "urgencia manifiesta"³³. Como ha criticado con razón la doctrina, dichas excepciones no son realmente fuente de enriquecimiento sin causa, porque sí que la hay: son daños antijurídicos causados por fallas del servicio (la coacción y la omisión de las condiciones necesarias para prestar adecuadamente el servicio público de

31. Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, exp. 24897 (Ibagón Ibagón, 2013).

32. La excepción relativa al derecho a la educación fue agregada por Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia de 6 de febrero de 2020, exp. 46361.

33. La declaratoria de la "urgencia manifiesta" es una causa de contratación administrativa directa, es decir, sin necesidad de acudir a un procedimiento de selección de contratista abierto a etapas de presentación de distintas ofertas. De declararse formalmente la urgencia manifiesta, se autoriza a que el contrato no conste por escrito, y en todo caso, de declararse la urgencia manifiesta, las controversias que de allí surjan sí serán contractuales y no de la *actio in rem verso*.

salud y de educación) o por rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas —daño especial— (el caso de la urgencia cualificada)³⁴.

1.6. El éxito del arbitraje como efecto y causa del desprestigio de los mecanismos ante el juez

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo padece de congestión, que genera mora y lucha contra ambas. Se trata de un fenómeno antiguo frente al cual se han implementado muchas estrategias: creación de instancias adicionales³⁵, acompañada de constantes reasignaciones o distribución de las competencias entre ellas³⁶, ampliación de las plantas de personal³⁷, no solo permanentes, sino también de equipos transitorios de descongestión, subdivisión de las salas para optimizar la decisión de los asuntos, con la participación de menos magistrados³⁸, previsión de requisitos adicionales para poder demandar, especialmente la conciliación prejudicial y múltiples retoques procesales concebidos para aligerar y acelerar la decisión de los expedientes³⁹.

Sin embargo, en la actualidad los asuntos donde hay mayor congestión no son los relativos a la contratación administrativa, sino, en especial, los de

34. Cf. Hernández Silva (2017).

35. Los jueces administrativos de primera instancia fueron previstos por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996, pero el Consejo Superior de la Judicatura solo los implementó efectivamente diez años después; mediante el Acuerdo n.º 3333, de 3 de marzo de 2006, el Consejo Superior de la Judicatura dispuso la creación de 257 juzgados administrativos en todo el país.

36. La reciente Ley 2080 de 2021 transfirió muchas competencias del Consejo de Estado a los tribunales administrativos.

37. “[...] la única medida eficaz para el aumento de oferta de justicia y la única medida eficaz para disminuir la congestión, que no tiene impacto sobre los derechos de los administrados, es aumentar el número de funcionarios judiciales que atienden los procesos, al menos hasta que la jurisdicción alcance los denominados puntos de ‘capacidad máxima’ por funcionario” (Barreto Cifuentes, 2022: 1003).

38. Las secciones más congestionadas del Consejo de Estado, la segunda y la tercera, fueron subdivididas en subsecciones conformadas por tres magistrados por la Ley Estatutaria 1285 de 2009.

39. Por ejemplo, el CPACA dispuso que, con la contestación de la demanda, la entidad pública demandada debe, obligatoriamente, aportar copia íntegra del expediente administrativo, y, en caso de demandas de responsabilidad médica, copia transcrita de la historia clínica, todo esto sin necesidad de requerimiento del juez. Igualmente, la Ley 2080 de 2021 previó una serie de eventos en los que el juez puede proferir sentencia anticipada, sin necesidad de agotar todas las etapas del proceso, incluidas las diferentes audiencias. Lamentablemente, recientemente el Consejo de Estado concluyó que, si la segunda instancia decide que no se había configurado la causa de la sentencia anticipada (caducidad, por ejemplo), se revive la primera instancia, por orden del superior funcional, para que se desarrolle completamente la primera instancia y la sentencia pueda ser nuevamente apelada. Irónicamente, un mecanismo concebido para simplificar el proceso terminó siendo una causa.

responsabilidad extracontractual del Estado y los de litigios laborales y de seguridad social. Llama la atención que, en la sección del Consejo de Estado competente para resolver las controversias contractuales, transcurren menos de dos años para decidir la apelación en estos asuntos, mientras que los asuntos pueden tardar alrededor de diez años en primera instancia, en los tribunales administrativos⁴⁰, lo que, aunque no es óptimo, sí contrasta con los nueve años que puede tardarse para decidir una acción de responsabilidad extracontractual, en segunda instancia, en la misma sección del Consejo de Estado⁴¹. Una hipótesis respecto de la causa de tal diferencia entre las controversias contractuales y las extracontractuales podría encontrarse en que las controversias contractuales sí son susceptibles de ser sometidas a tribunales arbitrales⁴², mientras que, en la actualidad, no se ha aceptado la posibilidad de someter a arbitraje las controversias de responsabilidad extracontractual del Estado⁴³, ni, mucho menos, las relativas a los litigios laborales de los servidores públicos.

En el derecho colombiano, el "arbitramento" de problemas jurídicos⁴⁴ es un mecanismo de resolución de litigios o controversias mediante el cual uno o varios particulares⁴⁵, denominados árbitros, ejercen la función pública jurisdiccional⁴⁶, gracias a una habilitación concreta de las partes en el contencioso, fruto

40. Por ejemplo, una demanda presentada el 15 de noviembre de 2011 fue resuelta por el Tribunal Administrativo de Antioquia nueve años después, el 7 de octubre de 2020, y la apelación se resolvió el 23 de noviembre de 2022, mediante la Sentencia de la Secc. 3, Subsecc. B., en el exp. 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700).

41. Por ejemplo, una demanda presentada el 10 de septiembre de 2008 fue decidida el 24 de mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y su apelación fue fallada por el Consejo de Estado el 23 de noviembre de 2022, mediante la Sentencia de la Secc. 3, Subsecc. B., en el exp. 05001-23-31-000-2008-01198-02 (50.294).

42. Los artículos 70 a 72 del Estatuto de Contratación Estatal autorizaron someter las controversias contractuales a arbitraje, y allí se previó, por ejemplo, que el laudo debía fundarse en derecho, así como lo relativo a la cláusula compromisoria y al pacto arbitral. El asunto se encuentra desarrollado en los artículos 1 a 3 del Estatuto de Arbitraje. Ley 1563 de 2012.

43. La profesora Aída Patricia Hernández Silva presenta buenos argumentos para defender la posibilidad de someter a arbitraje la responsabilidad extracontractual del Estado (Hernández Silva, 2022). Asimismo, se tramita actualmente un proyecto de ley para crear el proceso ejecutivo arbitral. Cf. Lozano Villegas (2022).

44. El art. 74 de la Ley 80 de 1993 daba base al arbitraje técnico para que expertos resolvieran problemas no jurídicos. "Sin embargo, en la práctica las partes contractuales han perdido interés en acudir a este mecanismo de forma que no es tan usual encontrarlo pactado" (Covilla Martínez, 2022: 172). Actualmente, el art. 14.a de la Ley 1682 de 2013 limitó en extremo esta posibilidad, al disponer que la única decisión que no se exige en derecho es la de la amigable composición.

45. En Colombia no se prevé el arbitraje institucional del artículo 14 de la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

46. El artículo 116 de la Constitución autorizó, de manera expresa, que los particulares administren justicia en calidad de conciliadores o de árbitros, y se reiteró en el inc. 3 del artículo 8 de la Ley 270 de 1996.

de la autonomía de su voluntad, manifestada en una cláusula del contrato que genera la controversia —“cláusula compromisoria”—, o de un negocio jurídico posterior, cuyo único objeto es el de someter el asunto a arbitraje —“pacto arbitral”—. Los árbitros deciden⁴⁷ a través de un laudo, providencia que hace tránsito a cosa juzgada y únicamente es susceptible de los recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales⁴⁸ y de revisión⁴⁹, ambos de competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, si una de las partes en el contencioso decidido por los árbitros es una entidad pública. Igualmente, también es posible ejercer una excepcional acción de tutela contra el laudo⁵⁰, cuya procedencia y prosperidad son aún más exigentes que respecto de las sentencias de los jueces, considerando el mayor margen de apreciación que el acto de voluntad de las partes otorga a los árbitros. También es posible demandar ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la condena en responsabilidad del Estado, en cabeza de la rama judicial, por los daños resultantes de los errores arbitrales que no pudieron corregirse mediante los recursos antes mencionados⁵¹.

El recurso a la justicia privada que ofrece el arbitraje es cada día más frecuente, como un atajo a una justicia institucional, confiable, pero que car-

47. Existían, en Colombia, límites materiales a los asuntos que eran susceptibles de ser sometidos a arbitraje, en especial, al exigir que se tratara de asuntos que pudieran ser transigibles. Asuntos susceptibles de transacción, “lo cual excluye, en consecuencia, materias como la legalidad del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, o de los actos administrativos que se presenten en desarrollo de la actividad contractual” (Santofimio Gamboa, 2004: 300). En dicho contexto, la Corte Constitucional concluyó que “no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos” (Sentencia C-1436/00). Esta limitación es congruente con el derecho español, en donde existen “una serie de prevenciones y exigencias que individualizan la institución del arbitraje administrativo, que, en lo fundamental, en España, son la existencia de base legal, la imposibilidad de que verse sobre el ejercicio de potestades de la Administración, su sometimiento a exigencias procedimentales especiales y la necesidad de que subsista un ámbito mínimo de control judicial” (Galán Galán, 2022: 67).

48. Artículos 40-44 del Estatuto de Arbitraje, Ley 1563 de 2012. Cf. Canal Silva (2022) e Ibagón Ibagón (2022).

49. Artículos 45 y 46 del Estatuto de Arbitraje, Ley 1563 de 2012.

50. Cf. Corte Constitucional, Sentencia SU-6565/17.

51. Consejo de Estado, Secc. 3, Subsecc. B, Sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 13001-23-31-000-2005-01670-01 (39.798). Con fundamento, entre otras normas, en los artículos 71 y 74 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996, allí se concluyó: “La Rama Judicial sí está legitimada formal y materialmente para responder por los daños antijurídicos originados con ocasión de errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales, con independencia de que los árbitros sean particulares en ejercicio de función jurisdiccional ya que la Ley 270 de 1996 los equiparó a los agentes judiciales para efectos de la responsabilidad patrimonial”, aunque “[...] el estándar de error que compromete la responsabilidad del Estado debe ser aún mayor cuando quien lo comete no son los jueces de la República sino los árbitros y, por consiguiente, se excluye el error si la interpretación es medianamente razonable, se apoya en el material probatorio y existe motivación en el laudo”.

ga consigo la mancha de la lentitud⁵². La rapidez también puede explicarse no solo por el alto costo de los servicios de los árbitros, sino, adicionalmente, porque con el arbitraje se renuncia a la doble instancia de la que se dispondría ante los jueces. En muchos contratos se exige, como cláusula de estilo, la resolución arbitral de las competencias, como una manera adicional de generar confianza entre las partes, frente a una jurisdicción que es percibida por algunos como excesivamente protectora de los intereses de las entidades públicas. Así, el éxito del arbitraje en asuntos de lo contencioso-administrativo trae, de contragolpe, la confirmación implícita de la idea de que los jueces son excesivamente lentos y poco fiables, aunque el espejismo se diluye cuando se advierte que las impugnaciones de laudos son recurrentes, a partir de la idea contradictoria de desconfiar en los jueces, pero acudir finalmente a ellos.

El panorama descrito puede dibujarse, en síntesis, de la siguiente manera: en el derecho colombiano existen suficientes y sofisticados instrumentos judiciales para la resolución de los diferentes litigios y controversias que giran alrededor de los contratos administrativos, pero la tendencia, en las grandes contrataciones al menos, consiste en preferir la justicia de los particulares, en calidad de árbitros. Entre estos extremos, y ante la ausencia de un sistema propio de recursos administrativos en la materia o, al menos, de aplicación de los recursos generales, no sería ilógico pensar en la creación de otra vía, a través de un recurso administrativo especial. Ante esto, vale la pena preguntarse: ¿cuál podría ser la naturaleza, cuáles las garantías y respecto de qué asuntos podría conocer un eventual "tribunal administrativo" de recursos contractuales en el derecho colombiano?

2. La naturaleza, garantías y competencia de un eventual "tribunal administrativo" de recursos contractuales

2.1. La pertinencia y la urgencia de la discusión

La previsión de mecanismos administrativos de resolución de litigios y controversias contractuales es un asunto del que poco se discute en el derecho administrativo colombiano, a pesar de que una parte importante del éxito del instrumento contractual radica en la pronta y adecuada resolución de las controversias que surgen alrededor de la selección del contratista y de la ejecución del acuerdo. Lo anterior contrasta con el hecho de que es jus-

52. Se acude al arbitraje "con el ánimo de garantizar a los asociados la resolución pronta de los conflictos derivados de las relaciones negociales del Estado" (Santofimio Gamboa, 2017: 885).

tamente la contratación administrativa uno de los temas que, de la mejor manera, serían aptos para ser resueltos por vía administrativa: se trata de un asunto técnico, debidamente reglamentado (lamentablemente sobre-reglamentado), en el que la jurisprudencia administrativa podría dar lugar a la elaboración de manuales de decisión de los asuntos y en el que se acepta, en principio, que la Administración pública disponga de unos poderes distintos y superiores que los reconocidos al particular contratista⁵³. Dichos poderes exorbitantes son ya, actualmente, mecanismos que, *de facto*, resuelven controversias contractuales. Por ejemplo, la Administración contratante dispone de facultades para restablecer el equilibrio económico del contrato, frente a las reclamaciones de ajuste hechas por parte del contratista; puede declarar el incumplimiento del contrato e, incluso, la liquidación del negocio, mediante acto administrativo. Es, en sí misma, una oportunidad para resolver reclamos hechos por el contratista. Sin embargo, estas facultades de la Administración contratante no han sido aún abordadas desde este ángulo, y fácilmente se caería en el error de considerar que allí la Administración previene litigios, pero no los resuelve.

¿Por qué, entonces, la discusión acerca de la previsión de “tribunales” administrativos de recursos “contractuales”?; ¿por qué es una discusión aplazable, pero no evitable? Se trata de una discusión que carece de urgencia en el derecho colombiano, porque ninguna norma interna, ni comunitaria —directiva—, que imponga transposición o implementación, impone la creación de este instrumento en el derecho nacional. La discusión es aplazable porque, a pesar de los problemas y las críticas evidenciadas, el sistema funciona, y porque la política pública no se ha concentrado en esta problemática. Pero es inevitable que, tarde o temprano, el arbitramento entre en crisis: por sus costos, por la falta de uniformidad de sus decisiones, porque sus laudos terminan en recursos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y en acciones de tutela. Adicionalmente, porque la globalización de los mercados, incluido el de los contratos públicos, conducirá a que los financiadores multilaterales, los inversionistas y los contratistas del Estado exijan la implementación de este tipo de instrumentos de resolución administrativa de los litigios y las controversias, y, finalmente, por la irremediable xenofilia jurídica del derecho colombiano, sobre todo cuando la doctrina evidencie los méritos del sistema de TARC para la eficiencia y la eficacia administrativas. Es por ello que, a continuación, se formularán algunos de los elementos

53. La expresión “en principio” quiere dejar constancia de la tendencia a mutilar las facultades excepcionales de la Administración contratante, en pro de generar confianza en el contratista, para hacer atractiva la contratación administrativa y, por otra parte, para no desnaturalizar la relación asociativa, no unilateral, más que colaborativa, de los contratos de asociación público-privada. Cf. Carbajales (2021).

a partir de los cuales se podría emprender la discusión acerca de la implementación de este instrumento.

2.2. La naturaleza del órgano, del recurso y de la función

El nombre dado al instrumento es un indicio bastante débil de la naturaleza jurídica a determinar. Por ejemplo, muchos de los actos administrativos del derecho administrativo colombiano se denominan "fallos", y los procedimientos administrativos para adoptarlos se llaman "juicios"⁵⁴, e incluso a algunos funcionarios administrativos se les dio el nombre de "magistrados"⁵⁵. En este sentido, en cuanto a la expresión "tribunales administrativos", aunque a primera vista indicaría que se trata de órganos jurisdiccionales, la experiencia anglosajona respecto de los "*administrative tribunals*" demostró, de nuevo, que es engañosa, y en realidad, aunque sonora y rimbombante, es inconveniente, por las confusiones que genera.

En el derecho público colombiano la naturaleza del órgano no necesariamente coincide con la función que ejerce. Como una manifestación del ejercicio multiorgánico del poder público⁵⁶, el artículo 116 de la Constitución autorizó, de manera expresa, que la función jurisdiccional sea ejercida, de manera excepcional, por fuera de la rama judicial, por parte de las autoridades administrativas, a través de las denominadas "funciones jurisdiccionales de la Administración". Se trata de una forma de colaboración armónica entre ramas del poder público (art. 113 de la Constitución colombiana⁵⁷) que se materializa en un traslado puntual, determinado y delimitado de una función previamente ejercida por los jueces a una autoridad administrativa, que cuenta con las condiciones y las habilidades necesarias para decidir adecuadamente el asunto, a través de un proceso y de una sentencia⁵⁸. Así, la

54. El fallo de responsabilidad disciplinaria y el de responsabilidad fiscal, este último adoptado como fruto de un juicio de responsabilidad fiscal.

55. Los miembros del Consejo Nacional Electoral, autoridad administrativa.

56. Cf. Ospina Garzón (2020).

57. "Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

58. A primera vista, la autorización constitucional colombiana para que la función jurisdiccional sea ejercida externamente al poder judicial contrasta con el artículo 117 de la Constitución española, que dispone que la potestad jurisdiccional es exclusiva de tribunales y juzgados. Pero resulta difícil de entender el carácter absoluto de tal norma constitucional, teniendo en cuenta que, en España, el laudo arbitral proferido por los particulares hace tránsito a cosa juzgada (artículo 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), e, incluso, se prevé que el

excepcionalidad que exige la Constitución se materializa no únicamente en el carácter delimitado de la atribución, sino, además, en que el legislador debe tener razones suficientes para exceptuar a la rama judicial, fundamentalmente en consideración del carácter técnico del asunto y de la idoneidad de la autoridad administrativa que ejercerá la función.

Lo anterior indica que, en el derecho colombiano, el recurso especial ante el “tribunal administrativo” de recursos en materia de contratación podría tener naturaleza jurisdiccional —ser una acción judicial—, y, por lo tanto, su trámite podría ser un proceso judicial, así como su decisión una sentencia revestida del efecto formal de cosa juzgada, todo esto sin necesidad de que el órgano encargado de su decisión sea, a la vez, un órgano jurisdiccional (juez o tribunal), sino una autoridad administrativa.

La atribución de funciones jurisdiccionales a una determinada autoridad administrativa, experta en materia de contratación administrativa, como es, por ejemplo, el caso de la Agencia Colombiana de Contratación Colombia Compra Eficiente⁵⁹, implicaría asignarle el conocimiento de algunas de las competencias de las que actualmente dispone la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, respecto de las controversias contractuales o precontractuales, y, para garantizar adecuadamente el derecho de acceso a la Administración de Justicia, la competencia de la autoridad administrativa debería ser “a prevención” con la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, es decir, que se mantendría la posibilidad de acudir a los jueces, como una alternativa en manos del demandante⁶⁰. Adicionalmente, con la atribución de funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa no se perdería la posibilidad de apelar la sentencia, porque, en todo caso, la decisión proferida por la autoridad administrativa sería objeto de recurso ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo⁶¹.

arbitraje puede ser institucional, por parte de corporaciones de derecho público y de entidades públicas (artículo 14.1.a de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

59. El artículo 1 del Decreto-ley 4170 de 2011 dispuso: “Creación de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. Créase 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”.

60. Artículo 24 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012: “Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. [...] Parágrafo primero. Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos”.

61. Artículo 105 del CPACA – Ley 1437 de 2011: “Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: [...] 2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las com-

Por otro lado, el recurso en cuestión podría tener naturaleza administrativa. Debe aclararse, de manera preliminar, que la calificación del recurso o de la función ejercida como "cuasi jurisdiccional", "cuasi judicial" o "casi judicial" no corresponde a un ejercicio científico propio del establecimiento de la definición (*de-finis*), ni siquiera de la noción (*notio*), que se lograría a través de la determinación de la naturaleza jurídica, por su encuadramiento en categorías preestablecidas. La referencia a lo cuasi judicial o cuasi jurisdiccional constituye un simple ejercicio de descripción desde asimilaciones construidas a partir de conceptos discutibles y de peligrosos criterios materiales; así, si resolver litigios es lo que caracteriza y define lo judicial o lo jurisdiccional⁶², cuando la Administración ejerce dicha actividad estaría realizando algo que no le es propio y, por lo tanto, su función no sería completamente administrativa, sino algo espurio que se parece a lo judicial, pero no alcanza a serlo, porque quien lo ejerce no es un juez o un tribunal. Además del error implícito de considerar que la resolución de este tipo de recursos no corresponde, del todo, a la función administrativa y tiene algo de judicial/jurisdiccional, metodológicamente este tipo de descripciones (cuasi o casi) conduce a abandonar la investigación, al conformarse con decir que es cuasi algo o casi algo, pero sin determinar, real y finalmente, de qué se trata. Es por eso que, en el ejercicio de determinación de la naturaleza jurídica, la extendida teoría de lo cuasi judicial o lo cuasi jurisdiccional, adoptada incluso por muchos tribunales del mundo⁶³, no significa aporte científico alguno y genera confusiones.

En realidad, cuando las autoridades administrativas resuelven este tipo de litigios o controversias planteadas a través de recursos administrativos generales o especiales no están ejerciendo nada distinto que la función administrativa misma, lo que, por no encajar en las actividades clásicas de po-

petencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado". Igualmente el inciso 3 del párrafo 3 del artículo: "Las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable".

62. Cf. Velasco Caballero (2015: 151): "Los ALJ son siempre poder ejecutivo (actúan siempre en agencias o departamentos de los distintos poderes ejecutivos), pero carecen de dirección o decisión política. Y aunque son parte del poder ejecutivo, **resuelven controversias en la aplicación individual de las normas, que es lo propio de la función judicial**" (negritas agregadas).

63. Por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S 602 (1935).

licia administrativa, servicio público, fomento, regulación, etc., no significa que se trate de una anomalía: estamos ante una “función administrativa de resolución de litigios y controversias”⁶⁴ que, a través de un ejercicio de definición —creación de una categoría nueva—, hemos denominado la “actividad contenciosa de la Administración pública”⁶⁵. La actividad contenciosa de la Administración consiste en la función administrativa de resolver litigios y controversias a través de actos administrativos que, por lo tanto, son susceptibles de control o revisión judicial. La actividad contenciosa de la Administración no es una función “algo, un poco o muy” judicial; es una función plenamente administrativa.

La actividad contenciosa de la Administración es compatible con el principio de separación entre ramas del poder público, por tres razones: no existen funciones exclusivas de las ramas del poder público; la resolución de litigios y controversias no es una función exclusivamente jurisdiccional, y, por lo tanto, no la define, y, finalmente, ni siquiera se trata de una excepción al mencionado principio, porque la Administración pública, a través de esta actividad, ejerce plenamente la función administrativa, tanto por los fines que persigue, como por los instrumentos de los que se vale. Los actos administrativos contenciosos no hacen tránsito a cosa juzgada, y, por lo tanto, son objeto de revisión judicial. No es una función excepcional, sino que se ejerce de ordinario por las autoridades administrativas, como un instrumento para alcanzar las misiones que les son encomendadas.

Ahora bien, para que estos recursos especiales se conviertan en instrumentos de la actividad contenciosa de la Administración, sería necesaria la implementación de una serie de medidas orgánicas, normativas y de política pública, que en escritos anteriores hemos preconizado. En este caso: “Sólo cuando los recursos administrativos demuestren eficacia, en dichas materias o frente a dichas instancias, ameritarán que el legislador establezca, caso a caso, no de manera general, que acudir a ellos es un requisito previo para ac-

64. Uno de los intentos más interesantes de definir esta función administrativa se encuentra en la teoría de Mario Nigro, respecto de la actividad administrativa decisoria. Lamentablemente su teoría propugnaba reconocer efectos de cosa juzgada a las decisiones, lo que constituía una contradicción tan importante que impidió que esta teoría prosperara, y, finalmente, fue abandonada. Cf. Nigro (1953: 33; 1962: 812) y Benvenuti (1959: 547). Otro intento de explicar esta función se encuentra en la teoría de la actividad administrativa procesal (Bocchini, 2004: 348). Una parte de la actividad contenciosa de la Administración coincide con lo que la doctrina española denomina la actividad administrativa arbitral (Parada Vázquez, 1992: 1174; Guillén, 2005: 360). Para el derecho peruano, se trata de la teoría del procedimiento administrativo trilateral (Danós, 2001: 20-21; Martín Tirado, 2003: 470). En cierto modo, la doctrina de los Estados Unidos intenta circunscribir esta función cuando la ejercen las agencias independientes, mediante la *adjudication function* (Verkuil, 1988: 271).

65. Cf. Ospina Garzón (2012; 2016: 665-666; 2019).

ceder al juez. Es inadmisibles entonces que los recursos administrativos sigan siendo un instrumento no contencioso, cuya única función es la de ser un dique contra la marea de demandas que congestionan el juez, no porque los administrados encuentran allí justicia, sino porque mientras más requisitos tenga la demanda, mayores razones para inadmitirla y luego rechazarla⁶⁶.

En suma, en el derecho colombiano el recurso ante los "tribunales" administrativos de recursos en materia de contratación podría tener naturaleza jurisdiccional o naturaleza administrativa, según la voluntad del legislador⁶⁷.

2.3. Las consecuencias de la naturaleza jurisdiccional o administrativa

Ya que la diferencia entre la función administrativa y la jurisdiccional es formal, las consecuencias lo son igualmente, pero formal no significa irrelevante. Todo lo contrario. Así, si al crear el recurso especial el legislador le asigna la naturaleza jurisdiccional, su trámite corresponderá a un proceso judicial regido, salvo disposición especial, por el Código General del Proceso⁶⁸, con todas las consecuencias propias de ello. La decisión sobre el recurso sería una sentencia apelable ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Por el contrario, si el recurso tiene naturaleza administrativa su trámite se regiría, salvo previsión legal especial, por el Código de Procedimiento Administrativo CPACA, con las consecuencias propias de ello. La decisión sobre el recurso sería un acto administrativo y su articulación con la jurisdicción de lo contencioso-administrativo implicaría determinar, entre otros asuntos: (1) si se trata de un requisito para poder ejercer los mecanismos jurisdiccionales del contencioso contractual o del precontractual (requisito de procedibilidad), y (2) el grado de congruencia que debe existir entre la reclamación realizada a través del recurso y aquella que se presenta, con posterioridad, ante el juez.

En el caso de que el recurso tenga naturaleza administrativa, los atributos propios del acto administrativo serían suficientes para decidir adecua-

66. Ospina Garzón (2019: 311).

67. Si no se determina expresamente su naturaleza, y su conocimiento se asigna a una autoridad administrativa, como sería el caso de la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente, habrá de concluirse que se trata de un recurso administrativo especial —función administrativa—, ya que, como las funciones jurisdiccionales de la Administración son excepcionales, por mandato constitucional, únicamente tiene naturaleza jurisdiccional si el legislador la atribuyó de manera expresa.

68. El artículo 1 del Código General del Proceso dispone: "Artículo 1. Objeto. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes".

damente el asunto: su carácter ejecutorio y la presunción de legalidad implicarían que, de inmediato, la decisión tendría efectos jurídicos respecto de la relación contractual, pudiendo, incluso, modificar el negocio e imponer obligaciones a las partes. Se trataría del reconocimiento de una prerrogativa adicional frente al contrato administrativo, pero, en este caso, no proveniente de la Administración contratante, sino del órgano encargado de resolver los recursos en materia contractual.

Debe tenerse en cuenta que la cosa juzgada debe ser el resultado de una serie importante de garantías, que difícilmente se encuentran en las autoridades administrativas. Por el contrario, la actividad contenciosa de la Administración permitiría mejores sinergias entre las autoridades administrativas contratantes y el órgano encargado de resolver el recurso administrativo especial, sin dejar de lado la protección adecuada del debido proceso ante una autoridad administrativa suficientemente técnica y con la posibilidad de un control judicial posterior.

2.4. Las garantías de independencia e imparcialidad del órgano encargado de decidir el recurso

De manera previa se requeriría discutir acerca de la necesidad de independencia e imparcialidad. Se trata de preguntarse por la justificación de dotar al órgano encargado de decidir el recurso especial de garantías suficientes de independencia y de garantías adicionales a las que, de ordinario, rodean la imparcialidad administrativa. De por sí, el reforzamiento de la independencia y la imparcialidad haría especial este recurso administrativo, como ha ocurrido en Europa, haciéndolo diferente de los desprestigiados recursos clásicos⁶⁹. Las razones para exigir que el órgano que decida este recurso especial sea independiente y ofrezca suficientes razones para confiar en su imparcialidad pueden ser las siguientes (sin pretensión de exhaustividad): (1) la efectividad del recurso, como mecanismo que decida realmente el

69. "Una de esas reformas es la sustitución de los actuales recursos de alzada y reposición (muy poco eficaces) por recursos administrativos ante órganos colegiados independientes en el seno de la propia Administración. Esa propuesta entroncaba con la tradición británica de tribunales administrativos (sobre todo desde su reforma por medio de la *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*)(2). Esta senda tiene ya en España algunos precedentes destacados, como son los tradicionales tribunales económico-administrativos o los más recientes tribunales de recursos contractuales. En ambos casos las leyes pretenden, mediante la creación de órganos 'independientes', reforzar la objetividad de la Administración pública que resuelve sobre expedientes concretos. Tanto la experiencia británica reseñada como las experiencias españolas tradicionales y contemporáneas centran los esfuerzos de objetividad en los recursos administrativos ante órganos independientes" (Velasco Caballero, 2015).

contencioso, mediante una decisión aceptada por las partes, gracias a la confianza que generan las apariencias; (2) la calidad de la decisión, porque la independencia y la imparcialidad contribuyen a que su motivación sea exclusivamente técnica, ajena a otro tipo de intereses, y (3) la contribución del recurso a hacer más atractiva la contratación administrativa, al existir una instancia ajena a la entidad contratante, que resuelva el asunto de manera técnica, rápida y menos costosa que la vía judicial o la arbitral.

La independencia y la imparcialidad son garantías distintas, pero dependientes. Es posible que una autoridad clásica, sometida a jerarquía, sea imparcial, y, por lo tanto, la imparcialidad no es un atributo exclusivo de las autoridades administrativas independientes. Sin embargo, la falta de independencia del órgano respecto del poder político, frente a otras Administraciones, respecto de las partes o, incluso, frente a los poderes económicos, afecta necesariamente a la imparcialidad. Es por eso que, en ocasiones, resulta difícil precisar si cierta garantía protege la independencia o la imparcialidad. En otras palabras, la independencia es una de las garantías de la imparcialidad.

Ahora bien, la independencia de las autoridades administrativas, en ejercicio de funciones administrativas o, incluso, jurisdiccionales, no es una garantía adecuadamente protegida en el derecho colombiano. Las pocas "autoridades administrativas independientes" que existen, gozan de garantías dispares e insuficientes, y en muchas ocasiones la excesiva independencia es percibida como un defecto; por ello, las reformas conducen a su reemplazo por autoridades aún más dependientes⁷⁰. A pesar de que es posible encontrar autoridades administrativas en cuyo acto de creación se indica que gozan de autonomía e independencia, carecen de verdaderas garantías para ello, y, por el contrario, en su funcionamiento se introducen diversos mecanismos de tutela, de intensidad variable: la dependencia presupuestaria, la nominación por un órgano político, la posibilidad de reelección, la presencia de representantes del Gobierno nacional o local en sus órganos de dirección, e incluso la existencia de recursos frente a sus decisiones ante autoridades de la estructura administrativa.

70. El caso más dicente respecto de esta situación es la extinta Comisión Nacional de Televisión, pues, aunque tenía rango constitucional y allí se disponía expresamente su naturaleza "autónoma e independiente", sus miembros —comisionados— eran nombrados por el Presidente de la República. Esta autoridad fue finalmente suprimida después de que, en 1998, se presentara para que el entonces presidente, Ernesto Samper Pizano, tomara venganza respecto de los medios de comunicación que denunciaron que su campaña presidencial había sido financiada con dinero del narcotráfico. Es decir, que este órgano era independiente únicamente desde un punto de vista nominal. Tras su supresión, las funciones de regulación de la televisión fueron atribuidas a un órgano explícitamente dependiente —Autoridad Nacional de Televisión—, sometido al control de tutela del Ministerio de las TIC.

Si la independencia es una característica propia de los tribunales y de los jueces, y, por lo tanto, las garantías de independencia judicial constituyen, en cierta medida, un modelo para construir la independencia de las autoridades administrativas, podría pensarse, a primera vista, que sería preferible que el recurso en cuestión tenga naturaleza jurisdiccional (funciones jurisdiccionales de la Administración). No obstante, y de manera reprochable, las autoridades administrativas que actualmente disponen de facultades jurisdiccionales no gozan de garantías de independencia, ni siquiera cercanas a las de los jueces: sus directores son nombrados por el Presidente de la República, en algunos casos para un período fijo, pero, en otros, se trata de funcionarios discrecionales o de estabilidad precaria (libre nombramiento y remoción). La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de funciones jurisdiccionales de la Administración únicamente exige que, dentro de la estructura interna de la autoridad administrativa, exista separación entre el órgano o el funcionario que ejerce la función administrativa y aquel que ejerce la función jurisdiccional⁷¹. Sin embargo, la misma jurisprudencia constitucional, lo mismo que la ley, no exigen ningún tipo de garantías estatutarias que protejan a la persona encargada de proferir la sentencia, e incluso se aplican irregularmente categorías propias del ejercicio de la función administrativa al ejercicio de las funciones jurisdiccionales; por ejemplo, se permite la delegación de la función jurisdiccionalⁱⁱⁱ. Ante este panorama, es posible aventurarse a sostener que uno de los retos más importantes que debería afrontar la creación de “tribunales” administrativos de recursos en materia de contratación, en el derecho colombiano, es, sin duda, la previsión de reales y suficientes garantías de independencia e imparcialidad del órgano encargado de resolver el recurso, porque, de lo contrario, podría terminar siendo un órgano materialmente bajo tutela.

2.5. Los asuntos que podrían someterse al recurso especial

[...] es justamente en la materia contractual en donde la Administración Pública goza de las más amplias prerrogativas declarativas y ejecutivas, por lo cual, es allí en donde las funciones contenciosas de la Administración encontrarían su ambiente natural. Adicionalmente, el carácter técnico del asunto otorgaría a las autoridades administrativas un margen importante de apreciación para decidir los asuntos y, por contragolpe, se podría reducir la intensidad del control judicial de las decisiones administrativas que se adop-

71. Por esta razón, las distintas superintendencias que actualmente gozan de funciones jurisdiccionales cuentan, dentro de su estructura, con dependencias dedicadas exclusivamente a dicha actividad (delegación para las funciones jurisdiccionales).

ten en las controversias contractuales"⁷². En concreto, tres son las preguntas que, en principio, deben abordarse respecto de los asuntos que podrían someterse a este recurso:

1. ¿Se debe generalizar la prerrogativa de la decisión previa? Debe recordarse que, en la actualidad, no existe una obligación legal general de someter, de manera previa, todas las reclamaciones del contratista a una decisión previa de la autoridad administrativa contratante. Es por ello que las demandas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo proceden, hoy en día, por hechos y omisiones administrativas. En este sentido, la primera discusión que debería surtirse sería la de la conveniencia de exigir un pronunciamiento previo de la Administración contratante, la que sería objeto del recurso. De esta manera, el recurso en cuestión tendría algo clásico, ya que procedería, únicamente, respecto de actos administrativos. La prerrogativa de la decisión administrativa previa podría justificarse por su utilidad en la depuración previa del contencioso, pero, a la vez, podría ser percibida con sospecha, porque el recurso procedería respecto de una decisión revestida de presunción de legalidad, y esto podría conducir a limitar o a tecnificar la resolución del recurso especial. Por lo tanto, nada se opone a que el recurso especial que se crearía para resolver el contencioso en materia contractual conserve la misma causa que tiene actualmente el proceso judicial: hechos, omisiones e, incluso, actos administrativos.

2. ¿El recurso podría predicarse únicamente de controversias contractuales, o, también, de precontractuales? El contencioso precontractual (validez de los pliegos de condiciones o del llamado a ofrecer calidades mínimas para ofertar o requisitos habilitantes, pero también la selección de la mejor oferta) gira en torno de actos administrativos proferidos dentro de los diferentes procedimientos para la selección de los contratistas. Es un contencioso reglamentado y técnico, con parámetros o referentes de decisión más o menos determinados: el Estatuto de Contratación Estatal, sus decretos reglamentarios, los pliegos tipo e, incluso, la doctrina de la Agencia Colombia Compra Eficiente. Estas características podrían jugar a favor de que el recurso especial sea creado para resolver estos asuntos precontractuales, como ocurre en el caso de los TARC europeos. Podría argumentarse que tal recurso contribuiría a la resolución rápida de las objeciones en el procedimiento de selección del contratista, y, en último término, a la descongestión de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Ahora bien, el alcance de la decisión del recurso frente al acto administrativo dependería de si se le asigna naturaleza jurisdiccional o administrativa: en el derecho administrativo colombiano la declarato-

72. Ospina Garzón (2022: 303).

ria de nulidad de los actos administrativos con efectos retroactivos es una decisión exclusivamente jurisdiccional⁷³, por lo que, si se pretende que el recurso tenga este alcance, debe tratarse de funciones jurisdiccionales de la Administración. Por el contrario, si el recurso tiene naturaleza administrativa, tendría un alcance limitado a la revocatoria del acto administrativo, y, eventualmente, a adoptar los correctivos necesarios respecto del procedimiento de selección en curso, sin que se excluya la orden de reparación de perjuicios.

3. ¿Todas las controversias contractuales deberían o podrían ser decididas a través de este mecanismo? El recurso podría ocuparse de las controversias surgidas durante la ejecución del contrato: incumplimientos, desequilibrios económicos, e incluso la validez del ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración contratante (interpretación unilateral, multas, caducidad, terminación unilateral, declaratorias de incumplimientos). En este último caso, podría ser percibido como una compensación a la exorbitancia administrativa, y, en ausencia de tales poderes, en determinado contrato, se trataría de un mecanismo que no alteraría la horizontalidad del negocio, si quien resuelve el recurso ofrece garantías reales de independencia frente a la Administración contratante.

Finalmente, un aspecto importante que debería considerarse es que, si el recurso se configura con naturaleza jurisdiccional, no podría proceder respecto de la generalidad de las controversias precontractuales o contractuales, debido al carácter excepcional de las funciones jurisdiccionales de la Administración. En otras palabras, el “tribunal” no podría convertirse en el juez ordinario del asunto, sino respecto de ciertas materias suficientemente delimitadas. Por el contrario, la actividad contenciosa de la Administración es una función ordinaria —no excepcional—, lo que permitiría que la determinación de los asuntos susceptibles del recurso sea general o respecto de cualquier reclamación o controversia surgida de la actividad contractual de la Administración.

En conclusión, la implementación en el derecho colombiano de un mecanismo equivalente al de los TARC no puede ser fruto de una discusión rápida. Sin embargo, como en la mayoría de los asuntos, el éxito de las

73. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo no tiene ningún tipo de reserva constitucional o exclusividad para la anulación de los actos administrativos. Igualmente, la única materia que se encuentra constitucionalmente excluida de las funciones jurisdiccionales de la Administración consiste en la instrucción de los sumarios o el juzgamiento de los delitos (art. 116 de la Constitución). No obstante, no se excluye que, en un eventual control de constitucionalidad, la Corte Constitucional deduzca, como lo ha hecho en la jurisprudencia relativa a la posibilidad de arbitrar actos administrativos, que la nulidad consiste en una función exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Esa sería una inadecuada interpretación de la Constitución.

instituciones no dependerá exclusivamente de su configuración normativa abstracta, sino, sobre todo, de su adecuada práctica, en la que las políticas públicas tienen más influencia que el derecho mismo.

3. Bibliografía

- Barreto Cifuentes, S. (2022). La congestión y la mora en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: descripción y análisis del fenómeno y una evaluación de las medidas implementadas para combatirlo. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. L. y Ospina Garzón, A. F. (2012). La justificación de los recursos administrativos. *Revista Derecho del Estado*, 29, 73-105. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3293/2943>.
- Benvenuti, F. (1959). *Autotutela. Enc. dir. (IV)*. Milán: Giuffrè.
- Betancur Jaramillo, C. (2014). *Derecho procesal administrativo (8.ª ed.)*. Medellín: Señal Editora.
- Bocchini, F. (2004). *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Canal Silva, M. (2022). El secreto a voces de la anulación de laudos arbitrales. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbajales, M. (2021). Los contratos de asociación público privada. ¿Novedad o huida del derecho administrativo? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 27, 193-224.
- Chapus, R. (2008). *Droit du contentieux administratif (13.ª ed.)*. París: Montchrestien.
- Covilla Martínez, J. C. (2022). Conflictos contractuales públicos en manos de expertos técnicos en áreas distintas al Derecho. Dispute board, arbitraje técnico y amigable composición. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 1. El contencioso jurisdiccional por fuera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Danós, J. (2001). El proceso de elaboración y aprobación de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. En AA. VV. *Comentarios a*

- la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444.* Lima: ARA Editores.
- Expósito Vélez, J. C. (2011). El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1.437 de 2.011) requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del Derecho Administrativo colombiano: la nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y las denominadas controversias contractuales. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 6, 25-45.
- (2022). El juez de lo contencioso administrativo y el contrato estatal. Técnicas del control y poderes del juez frente al contrato. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Galán Galán, A. (2022). La función arbitral de la Administración en España. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo I. El contencioso administrativo no jurisdiccional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gallego Anabitarte, A. (2009). *Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX.* Barcelona: Marcial Pons.
- Guillén, J. (2005). Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. *Revista de Administración Pública*, 166.
- Hernández Silva, A. P. (2017). Contratación y enriquecimiento sin causa. En A. Montaña y J. I. Rincón (eds.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2022). La procedencia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de litigios extracontractuales del Estado. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 1. El contencioso jurisdiccional por fuera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ibagón Ibagón, M. L. (2013). Enriquecimiento sin causa. Acción de in rem verso. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre del 2012, expediente n.º 24897. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2022). La anulación del laudo en el sistema de interacción entre la jurisdicción y el arbitraje. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción*

- de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lozano Villegas, G. (2022). El proceso ejecutivo arbitral administrativo: objeciones y viabilidad a debate. En A. F. Ospina Garzón (ed.), *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 1. El contencioso jurisdiccional por fuera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martín Tirado, R. (2003). El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general. En AA. VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte*. Lima: ARA Editores.
- Mogollón Monterrosa, J. I. (2019). *Fundamentos del carácter obligatorio de los recursos administrativos en Colombia* [tesis de la Maestría en Derecho Administrativo]. Universidad Externado de Colombia.
- Nigro, M. (1953). *La decisione amministrativa (2.ª ed.)*. Nápoles: Casa editrice dott. Eugenio Jovene.
- (1962). La decisione amministrativa. *Enc. dir. (XI)*. Milán: Giuffrè.
- Ospina Garzón, A. F. (2009). *De la Jurisdicción administrativa, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2012). *L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien*. Saarbrücken (Alemania): Éditions Universitaires Européennes.
 - (2016). La justicia administrativa o los "medios de control" para la paz. En A. Montaña Plata y A. F. Ospina Garzón (eds.), *La constitucionalización del Derecho administrativo. El Derecho administrativo para la paz* (pp. 633-727). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2018). El poder disciplinario: ¿Instrumento adecuado en la lucha contra la corrupción? De la deriva penalista del poder disciplinario y otros demonios. En J. C. Henao y A. R. Zárate Pérez (eds.), *Corrupción en Colombia* (tomo 4). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2019). El contencioso administrativo no jurisdiccional: el despertar lento de la función contenciosa de la administración. En J. A. Pimiento (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo* (tomo III). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2020). De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 75-100.
 - (2022). La resolución administrativa de controversias contractuales. En A. F. Ospina Garzón (ed.), *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo I. El contencioso administrativo no jurisdiccional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Parada Vázquez, J. R. (1992). La actividad administrativa arbitral. En *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*. Madrid: Editorial Complutense.
- Perdomo Villamil, C. (2022). Superior jerárquico o funcional: ¿quién garantiza en mejor y mayor medida la tutela administrativa efectiva? En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del contencioso administrativo. Tomo I. El contencioso administrativo no jurisdiccional* (pp. 126-166). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://bdigital.uxternado.edu.co/handle/001/12486>.
- Rojas López, J. G. (2022). Cargas y trabas en el acceso a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de Derecho administrativo* (tomo III).
- (2017). *Compendio de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santos Rodríguez, J. E. (2022). Derecho privado y contencioso administrativo contractual. La utilización del derecho privado por el juez de lo contencioso administrativo al juzgar controversias contractuales. En A. F. Ospina Garzón (ed.). *Horizontes del Contencioso Administrativo. Tomo II. El contencioso administrativo jurisdiccional. Volumen 2. El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velasco Caballero, F. (2015). Los “Administrative Law Judges” norteamericanos: imparcialidad administrativa y control judicial. *R.V.A.P.*, 101, 129-162.
- Verkuil, P. R. (1988). The Purposes and Limits of Independent Agencies. *Duke Law Journal*, 257.