

# CAPÍTULO XV

## Los tribunales especializados en contratación pública en América Latina: elementos para su discusión en Colombia<sup>1</sup>

**Germán Lozano Villegas**

*Profesor ordinario de la Universidad Externado de Colombia*

**SUMARIO.** **Introducción.** **1. Chile.** 1.1. Aspectos generales. 1.2. Arbitraje. 1.3. Medios de control a la contratación estatal. 1.3.1. *Control judicial.* 1.3.2. *Tribunales especializados.* 1.3.3. *Autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales.* 1.4. Tribunal de Contrataciones Públicas. 1.4.1. *Independencia.* 1.4.2. *Funciones.* 1.4.3. *Alcance de sus decisiones.* 1.4.4. *Conclusiones.* **2. Panamá.** 2.1. Aspectos generales. 2.2. Medios de control al ciclo contractual. 2.2.1. *Control judicial.* 2.2.2. *Recursos en vía administrativa.* 2.3. Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. 2.3.1. *Independencia.* 2.3.2. *Funciones.* 2.3.3. *Alcance de sus decisiones.* 2.4. Conclusiones. **3. Perú.** 3.1. Aspectos generales. 3.2. Medios de control al ciclo contractual. 3.2.1. *Arbitraje.* 3.2.2. *Mecanismos de control en el proceso de selección.* 3.3. Tribunal de Contrataciones del Estado. 3.3.1. *Independencia.* 3.3.2. *Funciones.* 3.3.3. *Facultad sancionadora.* 3.3.4. *Función interpretadora.* 3.3.5. *Alcance de sus decisiones.* 3.4. Conclusiones. **4. Argentina.** 4.1. Aspectos generales. 4.2. Medios de control. 4.2.1. *Control judicial.* 4.2.2. *Control externo e interno a la gestión contractual (control no judicial).* 4.2.3. *Oficina Nacional Anticorrupción.* 4.2.4. *Entes administrativos con poderes “jurisdiccionales”.* 4.3. Conclusiones. **5. Colombia.** 5.1. Aspectos generales. 5.2. Medios de control de la contratación estatal. 5.2.1. *Control judicial.* 5.2.2. *Arbitraje.* 5.3. Control por órganos autónomos e independientes. 5.3.1. *Contraloría General de la República: control fiscal.*

---

1. Documento preparado en el marco del Proyecto I+D: “Hacia un mejor control de la contratación pública local: los tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos cuasi jurisdiccionales” (PID2019-106255GB-I00), liderado por el profesor Alfredo Galán Galán en la Universidad de Barcelona. Dejo constancia expresa de agradecimiento al joven investigador Giuseppe Bettarel por su decidido apoyo para la realización de este trabajo.

5.3.2. *Procuraduría General de la Nación: control disciplinario.* 5.3.3. *De la urgencia manifiesta contractual y el control.* 5.3.4. *Veedurías ciudadanas.*  
 5.4. Conclusiones. 5.5. Propuesta de Tribunal Especial de Contratación para Colombia en materia precontractual. **6. Bibliografía.**

## Introducción

El presente artículo tiene por objeto presentar un análisis jurídico acerca de la caracterización de los principales tribunales especiales en contratación pública en América Latina (en Europa, tribunales administrativos de recursos contractuales), correspondiente a los modelos actuales adoptados por Chile, Panamá y Perú, ofreciéndose también previamente un contexto normativo de su respectivo sistema jurídico y sus instituciones relevantes en la materia, de cara a comprender con mayor claridad la inserción del tribunal especializado en el derecho administrativo en cada una de estas latitudes. Seguidamente, se hará mención de las especificidades del modelo argentino para el control de la contratación, pues, si bien parte de una ausencia de tribunal especializado, la jurisprudencia ha abierto la posibilidad de establecer las atribuciones de estos tribunales, y, por ende, se plantean las bases de lo que a futuro podría ser una propuesta para su configuración. Igualmente, se hará mención del caso colombiano, ofreciéndose también un contexto general del control de la contratación pública, en especial, del control no judicial, de cara a analizar la pertinencia y necesidad de una instancia para resolver conflictos en la etapa precontractual o un tribunal especial en materia de contratación; a tal fin, se tomarán en consideración las experiencias descritas para sentar las bases de una discusión y propuesta en la materia.

Metodológicamente, se advierte de que no se trata de un documento de derecho comparado en sentido estricto, toda vez que lo que se quiere es ofrecer al lector una descripción general del control de la contratación desde cada experiencia, y luego un análisis del tribunal especial en materia de contratación, si existe, o de las bases para su futura construcción. Por lo anterior, el documento está dividido en secciones que corresponden a cada uno de los Estados seleccionados: en primera instancia, aquellos que han regulado los tribunales especiales (Chile, Perú y Panamá), y acto seguido, los que no cuentan con ellos (Argentina y Colombia, formulando una propuesta para este último), ofreciéndose un análisis particular para cada uno de los países, que consistirá en un contexto general de la contratación pública y su control, con el objeto de facilitar el engranaje de análisis para el tribunal especializado en contratación.

Finalmente, deseo mostrar expreso agradecimiento al profesor Alfredo Galán Galán por la invitación a participar en el proyecto de investigación que ha dado lugar a esta obra, así como al excelente equipo de investigadores, por compartir sus valiosas experiencias y, pese a la distancia, teorizar sobre problemas comunes.

## 1. Chile

### 1.1. Aspectos generales

El régimen legal de contrataciones chileno cuenta con una altísima dispersión normativa, razón por la cual los regímenes especiales de contratación pública, que obedecen cada uno a una tipología contractual específica, son el común denominador, salvo algunos principios de aplicación general propuestos por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, en donde se ha puntualizado que el concepto de contrato administrativo, pese a no estar definido en la ley, tiene la naturaleza de acto administrativo, y, por tanto, le son aplicables los principios generales del derecho administrativo.

Es así como las leyes generales de la Administración del Estado fijan los criterios mínimos para celebrar contratos públicos. De acuerdo con Camacho Cepeda (2016), estos son: 1) previa propuesta pública; 2) bajo pautas legales; 3) mediante un proceso concursal; 4) regido por los principios de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad ante las bases del contrato; 5) algunas normas claramente basadas en otros principios, como la primacía del interés general sobre el particular, la eficiencia y la eficacia.

En el marco de lo anterior, la Ley 19886 cobija a 850 instituciones de la Administración, y tiene una finalidad unificadora que recae sobre los contratos de adquisición de bienes y servicios, que son los celebrados con mayor frecuencia por el Estado chileno (ChileCompra, 2022). Esta legislación, que rige en la actualidad, tuvo su origen en las propuestas legislativas que realizó la Comisión de Ética, según la cual existía una notable dispersión normativa especialmente en el ámbito municipal, donde no había principios de aplicación común. La finalidad perseguida con la Ley 19886 era avanzar de la mejor forma posible en la uniformidad del régimen de contratación, y evitar los regímenes especiales de contratación.

Entre las principales características de esta norma se encuentra la introducción de un tribunal especializado de naturaleza judicial, que, como se explicará más adelante, obedece a unas características propias del contencioso-administrativo chileno; además, ordena la creación de una autoridad

rectora de compras públicas, que principalmente tendrá facultades orientativas respecto al proceso de contratación, pero en ningún caso tendrá facultades para controlar el ciclo contractual, ya que en el ámbito administrativo esta actividad únicamente se somete a un control interno de legalidad, que comprende la legalidad, eficiencia y eficacia de la actuación. Este control interno ante la entidad también puede ser activado por los participantes, a través de los recursos administrativos que otorga el capítulo 4 de la Ley 19880, los cuales no son obligatorios, a diferencia de lo que sucede en otros países, ya que en Chile no es necesario agotar la vía gubernativa para acudir a tribunales judiciales.

## 1.2. Arbitraje

El arbitraje históricamente ha estado prohibido para aquellos asuntos en los cuales sea parte una entidad de la Administración pública en Chile; el argumento central para justificar esta proscripción siempre ha sido el principio de legalidad al cual debe someterse la Administración, lo que supone que los actos administrativos sean acordes al ordenamiento jurídico, razón por la cual no podrían someterse a materia negocial aquellas potestades atribuidas por la Constitución a las autoridades públicas (Jequier Leuhedé, 2013). Bajo esta línea, salvo contadas excepciones, la ley no autoriza a las entidades la suscripción de pactos arbitrales, lo cual, en caso de suceder, traería consigo su nulidad (Jara Burotto, 2016: 24).

En este sentido, el arbitraje está circunscrito principalmente a tres materias (Camacho Cepeda, 2016): 1) contratos internacionales para el sector público, con base en el Decreto-ley n.º 2349 de 1978; 2) inversiones que se encuentren amparadas por los acuerdos de promoción y protección de inversiones, ya que el Decreto-ley n.º 2349 de 1978 habilita a las instituciones del Estado para convenir cláusulas arbitrales; 3) contratos de concesión pública.

Sobre esta última tipología de contrato, la ley ha estatuido el arbitraje forzoso, que se desarrolla después de haber intentado la conciliación por medio de la “Comisión Conciliadora”. Esta comisión tiene algunas facultades de resolución de controversias; por ejemplo, “conociendo y resolviendo acerca de la suspensión de la concesión, determinando si ha existido incumplimiento grave del concesionario que configure una causal de extinción del contrato, acerca de la aplicación de multas”, o, en general, acerca de los reclamos por parte de las empresas concesionarias. En caso de no llegar a un acuerdo entre las partes, la Comisión Conciliadora se transformará en una Comisión Arbitral, que tendrá funciones jurisdiccionales y deberá resolver

como un “árbitro arbitrador”, lo cual significa que no debe fallar en derecho, sino de acuerdo “a las normas de su prudencia, conciencia o criterio”, aun cuando se aparte de la ley o de lo establecido en el contrato; esto es porque el árbitro no obrará en interés de quien juzga, sino que solo obra en interés de la justicia (Figueroa Valdés, 2008).

### 1.3. Medios de control a la contratación estatal

#### 1.3.1. Control judicial

La concepción francesa de control a la Administración partía de una separación de poderes radical, amparada en la necesidad de una jurisdicción especial, y sustentada en el poder democrático que amparaba a la Administración pública; así, debía ser un órgano especializado el que realizara el control de la Administración, pero ese órgano debía encontrarse en el seno del poder ejecutivo, ya que el poder democrático otorgado a este le daba mayor legitimidad para decidir sobre temas de política pública, en comparación con la legitimidad democrática con la que contaba un juez común (Costa Cordella, 2014). Bajo esta concepción, desde la Constitución del año 1833 rigió en Chile un órgano denominado “Consejo de Estado”, el cual tenía funciones jurisdiccionales, y, entre los varios asuntos bajo su competencia, había algunos asuntos contractuales del Estado (Harris, 2022: 2-4).

Esta concepción, basada en el modelo francés, fue imperante en Chile hasta la aprobación de la Constitución de 1925, en la cual se seguía reconociendo la necesidad de una jurisdicción especializada en temas de derecho público, pero esta vez ubicada en el seno del poder judicial (Costa Cordella, 2014). Justamente, el art. 87<sup>2</sup> del texto constitucional reconoció la competencia de los tribunales administrativos, que debían ser creados por ley y tenían competencia sobre aquellos actos emitidos por la Administración, salvo que por mandato legal se dispusiera su conocimiento por otro tribunal.

Sin embargo, el mandato contenido en la Constitución del año 1925 no se materializó, y la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Chile nunca se produjo. Lo anterior, sumado a la ausencia de una norma que

---

2. Art. 87 de la Constitución de la República de Chile de 1925: “Habrán tribunales administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

delegara en la jurisdicción común aquellos asuntos que no tuvieran juez competente, más una interpretación doctrinaria restrictiva y excluyente (Ferrada Bórquez, 2019: 5), hizo que en la práctica los tribunales de la jurisdicción ordinaria se declararan incompetentes para conocer todo tipo de acción que tuviera por objeto los actos realizados por la Administración pública; esto trajo como consecuencia que las actuaciones de la Administración no tuvieran ningún tipo de control desde la década de los 20 hasta la de los 60.

El anterior panorama cambió parcialmente a inicios de los 70, cuando la Corte Suprema resolvió el caso “Juez de Melipilla con Presidente de la República”. Con base en el principio de inexcusabilidad, los jueces de la jurisdicción común no podían rechazar el conocimiento de demandas que tuvieran como objeto actos realizados por la Administración. Asimismo, los tribunales de la justicia común volverían a ser competentes para controlar todos los actos administrativos, ya que, al no haberse creado tribunales administrativos, esta competencia habría vuelto a la jurisdicción ordinaria. De esta manera, se desarrolló un sistema de control a la Administración en donde, a partir del ejercicio del derecho de petición, la Contraloría General realizaba una verificación de legalidad de los actos administrativos, y los jueces comunes, con base en las leyes civiles y de procedimiento civil, reconocieron derechos a los administrados.

Este escenario se mantuvo sin mayores cambios hasta que se promulgó la Constitución del año 1980. El art. 38, inciso 2, de este texto jurídico determinó que la persona que viera afectados sus derechos podría reclamar ante los “tribunales contencioso-administrativos que determinara la ley”. Esta disposición volvió a abrir el debate jurisprudencial respecto de si los tribunales de la justicia común eran competentes para conocer asuntos contencioso-administrativos, ya que por mandato constitucional se insistía en establecer un tribunal competente para estos asuntos. El problema radicó en que nuevamente los tribunales contencioso-administrativos no se crearon, y por lo tanto, en la práctica, no había juez competente. Esta situación se agravó con la postura adoptada por la Corte Suprema, muy similar a la acogida con la Constitución de 1925, según la cual únicamente aquellos tribunales de naturaleza contencioso-administrativa podrán conocer sobre las resoluciones emitidas por el poder ejecutivo.

No fue sino hasta el año 1989 cuando esta discusión se zanjó de manera definitiva con la reforma constitucional introducida por la Ley n.º 18825, que modificó el inciso segundo del art. 38 de la Constitución, eliminando toda mención de los tribunales contencioso-administrativos y delegando la competencia a “aquellos tribunales que determine la ley”. Así, la renuncia a tener una jurisdicción contencioso-administrativa especializada establece un nuevo criterio en el que la competencia general para conocer de los asuntos

de derecho administrativo recae en los tribunales ordinarios, y la excepción a esta regla se halla en los tribunales especializados, creados por ley, para conocer temas puntuales de lo contencioso-administrativo.

Por ende, en Chile no existen ni un tribunal ni una jurisdicción contencioso-administrativa especializada que conozcan de manera general las resoluciones emitidas por el poder público, sino que, de una forma muy similar al control realizado en el Reino Unido, son los tribunales ordinarios los que de manera general ejercen el control de la Administración, salvo en las materias que competen a los tribunales especiales: esto ha llevado a un fraccionamiento de la justicia administrativa, que se ha materializado con la creación de tribunales que conocen de materias muy concretas, conduciendo a una nueva característica del derecho administrativo chileno: la hiperespecialización (Vergara, 2014).

De esta manera, el primer criterio para delimitar la competencia en materia administrativa es la especialidad, caso en el que la ley delega de manera expresa el conocimiento de materias puntuales en tribunales específicos. Cuando no haya disposición expresa respecto al tribunal competente, se aplica la cláusula residual de competencia, correspondiendo a los tribunales ordinarios conocer el litigio. En este último supuesto, la materia y el número de instancias determinarán al juez natural, que, por regla general, corresponde a los juzgados de letras civiles.

Con base en el panorama explicado anteriormente, es importante hacer algunas precisiones sobre el tema. Doctrinariamente se han conceptualizado tres tipos de tribunales que son competentes para conocer sobre temas de derecho administrativo de acuerdo con su especialidad y ubicación en el seno de la estructura del Estado. En este sentido, se pueden encontrar los siguientes tipos de tribunales: 1) tribunales especializados; 2) autoridades administrativas con facultades jurisdiccionales; 3) tribunales ordinarios.

### 1.3.2. Tribunales especializados

Los tribunales especializados pueden encontrarse en el seno del poder ejecutivo<sup>3</sup> o del judicial<sup>4</sup>. Asimismo, hay tribunales especializados cuya ley de

3. El art. 5 del Código Orgánico de Tribunales menciona expresamente los tribunales especializados que se encuentran en el seno del poder judicial, dejando fuera de esta definición algunos tribunales, como, por ejemplo, el Tribunal de Contratación Pública, lo cual ha generado dudas respecto a su adscripción a las ramas del poder público.

4. En estos casos, el tribunal ya ha sido creado y es la ley la que le otorga competencias; a modo de ejemplo, los juzgados de letras del trabajo forman parte del poder judicial, y, por expresa disposición legal, tienen competencia en materia administrativa para conocer de las

creación no menciona su ubicación en la estructura del Estado, lo cual hace suponer que se encuentran en el seno del poder ejecutivo del mismo<sup>5</sup>. Esto último no es sinónimo de subordinación, ya que gozan de la independencia que les otorgan los mecanismos establecidos para su creación<sup>6</sup>, y para la elección de sus miembros, teniendo, por regla general, la Corte Suprema de Justicia la obligación de crear ternas, cuyos integrantes designa posteriormente el presidente de la República<sup>7</sup>; asimismo, al estar bajo la superintendencia de la Corte Suprema, corresponde a este órgano ejercer la potestad disciplinaria sobre los miembros de estos tribunales.

Por lo demás, estos tribunales serán competentes únicamente en las materias específicas que la ley determine. Por otro lado, respecto a la pregunta de si ejercen o no jurisdicción, parece ser claro para la doctrina que son organismos dotados de facultades jurisdiccionales<sup>8</sup>; lo anterior, debido a los siguientes factores: 1) son organismos de origen legal, ya que, por ejemplo, el Tribunal de Contrataciones del Estado fue creado por la Ley 19886; 2) son tribunales permanentes y su jurisdicción es obligatoria en aquellos casos que determine la ley; 3) en su mayoría se rigen por procedimientos especiales, y en todos los casos deben respetar el debido proceso; 4) las normas jurídicas que aplican están determinadas por las leyes de creación.

---

impugnaciones de las asociaciones de funcionarios y las empresas u organismos técnicos, por los actos administrativos dictados por la inspección de trabajo o el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (Ferrada Borquez, 2019).

5. Doctrinariamente no ha sido pacífica la ubicación de estos tribunales en alguna de las tres ramas del poder público. Lo cierto es que ningún órgano de la estructura estatal puede ser independiente frente a los tres poderes del Estado, salvo el Tribunal Constitucional y el Tribunal Electoral, que no se inscriben en ninguno de los poderes mencionados. Por consiguiente, necesariamente los tribunales especiales, que no forman parte del poder judicial, tienen que circunscribirse al interior de la rama ejecutiva del Estado, efectuando la precisión de que, a pesar de su adscripción, son organismos completamente independientes y autónomos, de manera similar a como sucede con la Contraloría General (Camacho Céspedes, 2019: 226-228).

6. La iniciativa legislativa para crear tribunales especializados recae de manera exclusiva en el Presidente de la República, quien tiene la facultad de proponer el proyecto de ley, que deberá ser aprobado por el Congreso de la República. En este sentido, el inciso 3 del art. 65 de la Constitución de la República de Chile expresa lo siguiente: "Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, [...]".

7. Si bien para algunos autores la participación de más de un poder del Estado en la elección de los miembros de un tribunal supone un criterio para deducir la independencia de estos (Benavides, 2019: 512-513). Otro sector de la doctrina manifiesta que la simple intervención del poder ejecutivo limita de manera radical la autonomía con la que cuentan los miembros de un tribunal, ya que las decisiones de designación obedecerán primigeniamente a aspectos políticos (Camacho Céspedes, 2019: 242).

8. Lo anterior, si se compara con los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Camacho Céspedes, 2019: 239-244).

Por último, especial énfasis merece el grado de independencia de estos tribunales. Un criterio importante para determinar el mismo es el tiempo de permanencia de sus miembros, ya que la estabilidad en el empleo permite un ejercicio imparcial de la función de administrar justicia; en Chile se acoge el principio “*during good behaviour*” o “*quamdiu se bene gesserit*”, según el cual los jueces permanecen en su cargo siempre que ejerzan la profesión de manera idónea. Si bien este principio solo está consagrado para los jueces superiores<sup>9</sup>, la ley no regula el tiempo determinado para los jueces inferiores, razón por la cual estos últimos también permanecen vitaliciamente en el cargo<sup>10</sup>. En el caso de los tribunales especiales, este principio se ve mermado porque los únicos jueces vitalicios serán los del Tribunal especial Tributario y Aduanero; el tiempo de permanencia de los demás miembros de tribunales especiales será determinado por su ley de creación.

Otro criterio importante para determinar la independencia de estos organismos es su autonomía técnica y financiera. Sobre este punto, la regla general es que los tribunales dependen técnica y financieramente de la Administración pública para el ejercicio de sus funciones. En este sentido, a modo de ejemplo, la Subsecretaría de Hacienda gestiona administrativamente el pago de remuneraciones y provisión de inmuebles, y, en general, la ejecución de la administración financiera, respecto de los tribunales tributarios y aduaneros. O corresponde a la Dirección de Compras y Contratación Pública proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales para el correcto funcionamiento del Tribunal de Contrataciones (Camacho Cepeda, 2019: 227-228). En ambos casos, la dependencia técnica y económica podría suponer afectaciones de su independencia.

### 1.3.3. Autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales

Por otra parte, existen organismos que, en el seno de la Administración, tendrán a su cargo el conocimiento de temas contencioso-administrativos específicos. Si bien la ley se refiere a estos organismos como “tribunales”, esta denominación ha sido modificada por la doctrina, calificándolos como “autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales”. Esta modificación se debe al escaso grado de independencia que tienen estos organismos

9. Art. 80 de la Constitución Política de la República: “Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes”.

10. A este respecto, es importante mencionar que esto será así siempre que ejerzan la profesión con probidad o hasta que cumplan 75 años (Bordali Salamanca, 2009: 228).

frente a la entidad del Estado en la que se encuentran, ya que, en muchos casos, es la propia autoridad que ha dictado la decisión la encargada de conocer la reclamación que se interpone contra ella. Aun así, pese a que estos organismos se asemejan más a una autoridad administrativa que ejerce funciones de autotutela en el seno de la Administración, la ley ha asignado a sus decisiones la naturaleza jurídica de sentencias de primera instancia (Ferrada Bórquez, 2019: 11-12).

Lo anterior llevaría a pensar que estos organismos vayan en contra del mandato constitucional que prohíbe el ejercicio de funciones jurisdiccionales a autoridades públicas, ya que la Administración haría las veces de juez y parte ante el administrado. No obstante, para el Tribunal Constitucional, las garantías de independencia del “tribunal” nada inciden en la función jurisdiccional, y basta con que la ley haya reconocido esta función en un tribunal, se reconozca el debido proceso y se aplique la ley para que cualquier órgano pueda realizar esta función (Bordali Salamanca, 2009: 231-234); además, la facultad que tiene el administrado para recurrir la decisión ante la judicatura legitimaría esta función a cargo de entidades del Estado<sup>11</sup>.

En este sentido, la razón por la cual órganos administrativos ejercen funciones jurisdiccionales obedece a que la Constitución Política de la República de Chile no ha delegado de modo privativo el ejercicio de potestades jurisdiccionales en el poder judicial del Estado, sino que, por el contrario, ha delegado esta función en los “tribunales que determine la ley”. La consecuencia de lo anterior es que las facultades jurisdiccionales no recaen en el poder judicial, sino en los tribunales, y ello ha permitido que en algunos casos el legislador otorgue facultades jurisdiccionales a órganos que con base en sus funciones reciben la denominación de tribunales, pero que se encuentran en el seno de la Administración (Camacho Cepeda, 2014: 168).

De esta forma, la principal diferencia entre las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales y los tribunales especiales es que estos últimos cuentan con un grado de autonomía mucho mayor ante la Administración pública, de tal forma que algunos manifiestan que, a pesar de encontrarse en el seno de la misma, son entes que cuentan con un grado de autonomía casi absoluto (Ferrada Bórquez, 2019: 10-11).

---

11. Hay quien no comparte esta opinión, porque la decisión de la autoridad administrativa tendrá los mismos efectos que una sentencia de primera instancia, y, por lo tanto, se estaría privando al administrado de acceder a esta primera opción (Bordali Salamanca, 2009: 232-233).

## 1.4. Tribunal de Contrataciones Públicas

Como se ha explicado, una de las características del derecho contencioso-administrativo chileno es la hiperespecialización, resultado de la facultad que tienen el legislador y el ejecutivo para establecer tribunales especiales en razón a la materia. En este sentido, la Ley 19886, que establece las reglas generales de los contratos administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en su capítulo 5, ordena la creación un órgano jurisdiccional, denominado Tribunal de Contrataciones Públicas (de ahora en adelante TCP), y en artículos posteriores reglamenta aspectos esenciales de su composición, los cuales serán complementados por medio de un auto acordado<sup>12</sup> emitido por la Corte Suprema de Justicia, lo que permite entrever que esta magistratura especial, pese a ser un órgano independiente, se encuentra sujeta a la superintendencia de la Corte Suprema<sup>13</sup>.

### 1.4.1. Independencia

Cuando se presentó en el proyecto de ley de la Ley 19886, una de las observaciones de la Corte Suprema sobre la implementación del nuevo Tribunal hacía énfasis en la necesidad de garantizar su independencia económica, y no sujetarlo a la dependencia de la Dirección de Compras y Contratación Pública (Camacho Cepeda, 2014: 167). La anterior recomendación no fue acogida debido a que la infraestructura, el apoyo técnico, los recursos humanos y materiales necesarios para su funcionamiento, los provee la Dirección de Compras y de Contratación Pública, de manera que esto podría suponer una afectación de la independencia de este tribunal, en cuanto es bastante común que la entidad mencionada promueva impugnaciones ante el TCP (Vergara Blanco, 2016: 356-357). Por lo tanto, esta dependencia económica, respecto de una entidad pública, podría llegar a afectar su función.

Por otro lado, el TCP está conformado por tres integrantes principales, que son designados por el Presidente de la República, previas propuestas en terna presentadas por la Corte Suprema. Las calidades exigidas por la

12. Un auto acordado es una norma reglamentaria dictada por el tribunal superior, cuya principal finalidad consiste en garantizar el eficaz funcionamiento del servicio judicial. En este sentido, el "Auto Acordado sobre funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública - texto refundido" regula la materia.

13. Esto significa que el Tribunal de Contrataciones Públicas está sujeto a vigilancia administrativa, económica y disciplinaria por parte de la Corte Suprema, tal como lo establece el art. 22 de la Ley 19886.

ley para los candidatos a jueces integrantes hacen especial énfasis en la experiencia que deben reunir los miembros del tribunal, puesto que es requerido haberse destacado en la actividad profesional o universitaria, tener experiencia en la materia, y no tener menos de diez años de ejercicio profesional o haber pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando se hubiera figurado durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente. Con estas calidades exigidas para sus miembros se busca, por un lado, lograr satisfacer su independencia en el momento de tomar decisiones, y, por otro, lograr un mayor grado de rapidez y de certeza en el momento de tomar decisiones que requieran de un amplio margen de especialidad.

En cuanto a la permanencia de los miembros del TCP, la estabilidad en el cargo es limitada, porque no gozan de inamovilidad, sino que son nombrados por un periodo de 5 años que pueden ser renovables. La continuidad en el cargo de forma permanente puede ser entendida como una de las principales garantías para el ejercicio de la función jurisdiccional. Si quien juzga tiene la certeza de que su medio de sustento económico no está condicionado a fallar a favor de un órgano estatal o un particular, se sentirá en libertad de aplicar la ley de acuerdo a su criterio (Bordali Salamanca, 2009: 228). Por lo tanto, la permanencia limitada en el cargo puede afectar la independencia del juez.

A su vez, la potestad disciplinaria sobre los miembros del tribunal se encuentra a cargo de la Corte Suprema, a la que corresponde aplicar el Código Orgánico de Tribunales, lo cual significa que las normas aplicables a los jueces comunes, relativas a nombramientos, requisitos, implicancias, recusaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, suspensión y expiración de funciones, son aplicables a los jueces de este tribunal, en razón del apdo. 3 del art. 2 del Auto Acordado 165.

Igualmente, pese a tratarse de jueces de un tribunal que está fuera del poder judicial, es aplicable la responsabilidad civil y penal que se aplica a los jueces comunes, más especialmente el delito de prevaricación y cohecho, que regula el art. 223 del Código Penal.

#### 1.4.2. Funciones

Las competencias de este tribunal son bastante limitadas, lo cual obedece al carácter especializado del mismo; así, los criterios para determinar sus competencias son los siguientes:

1. En razón del objeto: conoce de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, producidos a lo largo de la fase precontractual.
2. En razón del sujeto pasivo de la acción: actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos que se rigen por la Ley 19886, es decir, únicamente los procesos de contratación impulsados por las entidades expresamente señaladas en el inciso segundo del artículo primero de la mencionada ley, cuando contraten adquisición de bienes y servicios.
3. En razón de la etapa del proceso: la competencia de este tribunal inicia después de haberse aprobado las bases y hasta antes de la adjudicación del contrato, de modo que es competente únicamente para la fase precontractual.
4. En razón de la materia: únicamente será competente respecto de los contratos de suministro y de prestación de servicios, que son aquellos regulados por la Ley 19886.
5. En razón de las materias excluidas: este órgano no conocerá de reclamos relacionados con la etapa de perfeccionamiento del contrato, o con su terminación o ejecución; conflictos de convenios marco; acciones con carácter resarcitorio e interposición de penalidades y multas (Escanilla Abarza, 2013: 107-117).

Por otro lado, el proceso ante el TCP se encuentra establecido en su ley de creación, y se aplicarán de manera supletoria las normas del Procedimiento del Libro 1 del Código de Procedimiento Civil, y las disposiciones del Juicio Ordinario Civil de Mayor Cuantía. Así, el procedimiento ante el Tribunal resulta bastante sencillo, y se divide en las subsiguientes cuatro etapas:

1. Acción de impugnación: la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales se encuentra regulada en el art. 24 de la Ley 19886. Al respecto, se extrae que estará legitimado por activa todo aquel que tenga un interés actual en el proceso licitatorio objeto del acto u omisión ilícitos. El plazo para interponer la acción será de diez días hábiles<sup>14</sup>, contados a partir del momento en el cual el afectado tuvo conocimiento de dicha circunstancia. Conjuntamente, la demanda deberá contener una mención de los hechos que

---

14. La cuenta pública del tribunal señala que la inadmisibilidad alcanza el 18 % de las demandas presentadas. Entre las causas más comunes de rechazo están la extemporaneidad del recurso o la incompetencia del tribunal para conocer de las materias.

- sirven de fundamento para la acción, además de las normas que se consideran violadas y las peticiones del caso.
2. Informe del organismo público respectivo: acogida a tramitación la impugnación, el tribunal oficiará al organismo público respectivo, acompañando el texto íntegro de la demanda interpuesta, para que, en el plazo de diez días hábiles, contados desde la recepción del oficio, informe sobre la materia objeto de impugnación y las demás sobre las que le consulte el tribunal. Es importante mencionar que a partir de este momento el tribunal tiene facultad para decretar de oficio, o a solicitud de parte, medidas cautelares.
  3. Etapa probatoria: la etapa probatoria únicamente tendrá lugar cuando se estime que hay controversias sobre supuestos fácticos, caso en el cual, transcurrido el plazo de diez días para que el organismo público rinda el informe, se recibirá la causa a prueba y se fijarán en la misma resolución los hechos sustanciales controvertidos. El plazo probatorio será de diez días, y esta es la última oportunidad de las partes para solicitar o aportar pruebas al expediente.
  4. Una vez vencido el plazo probatorio, el tribunal citará a las partes a oír sentencia, mediante la cual deberá pronunciarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad del acto, y ordenará las medidas que sean necesarias para restablecer el derecho, haciendo la aclaración de que este tribunal únicamente será competente para declarar la ilegalidad de los actos, pero la indemnización de perjuicios estará cargo de los tribunales civiles.

Como se dijo anteriormente, el TCP tiene facultades para decretar medidas cautelares, lo cual obedece a la necesidad de mantener el *statu quo* al momento de emitir el fallo definitivo. A modo de ejemplo, este tribunal podrá decretar la suspensión del proceso licitatorio, sin que procedan recursos contra la decisión; si bien el ejercicio de esta facultad ha sido bastante limitado<sup>15</sup>, en algunos supuestos es de vital importancia para lograr la ejecutabilidad de la sentencia; esto es especialmente relevante cuando el contrato está *ad portas* de ser adjudicado, ya que, en caso de que esto llegara a suceder, el tribunal perdería su competencia, porque se habría superado la etapa de adjudicación y, por lo tanto, se perdería el efecto buscado con el

---

15. Al momento de efectuar su cuenta pública, el presidente del Tribunal de Contrataciones Públicas manifestó que “esta potestad de paralizar un proceso licitatorio, debido a las delicadas consecuencias que conlleva, para la satisfacción del interés público comprometido en la licitación, ha sido utilizada de forma restrictiva por el tribunal y en los dos últimos años de las 552 causas ingresadas, la suspensión se ha decretado solo en 26 procesos” (Camacho Cepeda, 2016).

recurso, que no es otro que evitar actos ilegales que se hayan cometido en la etapa precontractual.

En relación con la indemnización de perjuicios, el tribunal tiene una función meramente declarativa, ya que la facultad para otorgar esta indemnización está en poder de los tribunales ordinarios. Además, no podrá el TCP extralimitarse en sus decisiones, arrebatando competencias a las entidades adjudicadoras; más exactamente, el tribunal no tiene competencia para adjudicar contratos, y sus potestades únicamente le atribuyen la declaración de nulidad. Por consiguiente, “no puede el tribunal arrogarse la facultad de adjudicar determinado contrato, porque es una atribución del organismo licitante de conformidad a lo dispuesto en el art. 10 de la citada ley”<sup>16</sup>.

### 1.4.3. Alcance de sus decisiones

Por regla general, las decisiones del TCP se materializan en la declaración de ilegalidad de los actos demandados, caso en el cual, si aún no se ha adjudicado el contrato, deberá retrotraerse todo lo actuado hasta el momento de haberse declarado la nulidad. En aquellos casos en los que ya se haya celebrado el contrato, el tribunal deberá declarar ilegal el acto, sin que ello suponga la posibilidad de iniciar un incidente de reparación ante el mismo órgano; en este sentido, las sentencias del tribunal son meramente declarativas, y constituyen un título válido para acudir ante la justicia ordinaria para pedir la reparación de los perjuicios causados.

En línea con lo anterior, existen casos en los que el cumplimiento de las decisiones del tribunal se ve diezmado ante la realidad jurídica presente en el momento de emitir un fallo. Tal es el caso de contratos que ya han sido adjudicados cuando se emite la sentencia definitiva, razón por la cual el tribunal ya ha perdido su competencia, porque esta llega únicamente hasta antes de la adjudicación del contrato. Además, por motivos de conveniencia social, no resulta oportuno anular la decisión de adjudicación, porque podría comprometerse el interés público y se afectarían derechos de terceros, especialmente del adjudicatario, que no ha formado parte del proceso, y respecto del cual no se puede presumir su mala fe (Camacho Cepeda, 2014: 174-175). En estos supuestos, el tribunal se limitará a declarar la ilegalidad del acto, para que el agraviado acuda a la justicia ordinaria solicitando la indemnización de perjuicios.

---

16. Rol n.º 7-2005, de 10/01/2006.

Es importante añadir que, una vez notificada la sentencia definitiva, la parte agraviada tendrá un plazo de cinco días para recurrir, por medio de recurso de reclamación, ante la Corte de Apelaciones de Santiago; en este supuesto, no se suspenderán los efectos de la sentencia dictada en primera instancia, salvo que la Corte de Apelaciones la revoque. De todos modos, contra la resolución que emita la Corte de Santiago, no procede recurso alguno.

En relación con el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, esta misma institución ha manifestado que el recurso de reclamación no es equiparable a una segunda instancia, sino que, a consecuencia de este recurso, únicamente se faculta a la Corte para efectuar un análisis de la legalidad de la decisión adoptada por el TCE. Es decir, una verificación del respeto al debido proceso y al marco legal. En razón de esto, la Corte de Santiago no tiene potestades para cuestionar el mérito de lo decidido, ni para sustituir la valoración de las pruebas que realizó el TCE en la sentencia de primera instancia, razón por la cual, aunque en algunos casos concretos la Corte no comparta la valoración de la prueba realizada por el tribunal, deberá, aun así, respetar su decisión<sup>17</sup>.

#### 1.4.4. Conclusiones

1. El régimen de contrataciones del Estado en Chile se encuentra disperso, habiendo varios regímenes especiales, que regulan diferentes tipos de contratos. Esto tiene implicaciones prácticas en el momento de determinar el juez competente para conocer de las controversias que surjan del contrato, lo cual se debe a la fragmentación que existe en materia contencioso-administrativa en Chile, y a la asignación del juez dependiendo de la tipología contractual de que se trate.
2. En materia de contratación pública, como regla general, el arbitraje ha estado proscrito, salvo algunas excepciones establecidas por ley, principalmente referidas a temas de contratos internacionales celebrados por el sector público, inversiones cobijadas por acuerdos de promoción y protección de inversión y contratos de obra.
3. La vía gubernativa, a diferencia de lo que sucede en otros países, no es obligatoria en Chile, lo cual permitiría a los administrados acudir directamente ante los tribunales que ejercen jurisdicción en temas contencioso-administrativos.

---

17. Ello quedó así establecido en la siguiente decisión: Corte de Santiago, rol n.º 375-2022.

4. En razón de la evolución histórica, la jurisdicción contencioso-administrativa no está unificada en Chile, lo cual ha traído como consecuencia que diversos tribunales, de variopintas características, conozcan de temas de derecho administrativo.

En este sentido, la proliferación de tribunales especializados ha sido una característica propia del contencioso-administrativo chileno, que se ha materializado con la creación de multitud de tribunales que conocen de temas muy concretos y de gran relevancia, principalmente económica, relacionados con la actividad del Estado.

5. Uno de estos tribunales especializados es el Tribunal de Contrataciones Públicas, que tiene unas competencias bastante limitadas, en cuanto conoce de actos ilegales realizados en la etapa precontractual del proceso de selección de contratista en que hayan incurrido exclusivamente las entidades que rige la Ley 19886.

6. En relación con si ejerce funciones jurisdiccionales o no, empezaremos diciendo que la doctrina chilena ha determinado que esta no es una potestad exclusiva del poder judicial, y que cualquier organismo que en la práctica realice funciones que puedan ser enmarcadas en tal carácter, podrá ser denominado como un tribunal jurisdiccional. En tal sentido, se analizarán algunas de sus características, que permiten concluir que estamos ante un órgano de naturaleza jurisdiccional: Su creación es legal, ya que corresponde de manera exclusiva la propuesta de proyecto de ley al Presidente de la República, sujeta a posterior aprobación por el Congreso.

Si bien los miembros de este tribunal no cuentan con las mismas garantías de estabilidad en el cargo en comparación con un juez común, las calidades técnicas y profesionales con las que deben contar sus miembros son importantes para garantizar su independencia. Asimismo, el proceso de selección en el cual intervienen varios poderes del Estado, sumado a la facultad disciplinaria que recae en la máxima autoridad del poder judicial, y la dependencia financiera y técnica que tiene de entidades públicas, permitirán entrever que la dependencia de distintos órganos del Estado, por contradictorio que parezca, garantiza su autonomía, ya que no se sujetará a uno solo de estos poderes la autonomía del tribunal.

Las decisiones del tribunal tienen el carácter de sentencia de primera instancia, ya que los recursos que proceden contra la decisión del Tribunal de Contratación Pública únicamente están sujetos a un análisis de legalidad por parte de la Corte de Santiago, y no es posible controvertir o modificar la valoración de las pruebas que ha hecho en primera instancia el Tribunal de Contrataciones.

En el ejercicio de sus funciones, el tribunal deberá respetar el procedimiento contradictorio, que ha sido establecido por sus leyes de creación, lo cual se traduce en el control de legalidad de su actuación que puede llegar a realizar la Corte de Apelaciones de Santiago a causa del recurso de reclamación.

## 2. Panamá

### 2.1. Aspectos generales

El régimen general de contrataciones del Estado panameño se encuentra unificado en la Ley 22 de 2006<sup>18</sup>, ordenada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017 y modificada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que establece las normas y los principios básicos de obligada observancia por parte de todas las entidades del sector público en el momento de iniciar los procedimientos de selección de contratista. Sin perjuicio de lo anterior, hay algunos regímenes especiales<sup>19</sup> que obedecen a características propias del objeto a contratar, razón por la cual son de aplicación restringida a un grupo pequeño de entidades. A su vez, habrá un régimen de excepción a la aplicación de la Ley 22 de 2006 cuando el Estado esté en presencia de un contrato que se rija por el derecho privado<sup>20</sup>.

Asimismo, La Constitución Política de Panamá elevó a rango constitucional la obligación de implementar procesos de selección objetiva al elegir al contratista, y a estos efectos establece como regla general el procedimiento licitatorio, aunque por disposición legal se hayan incluido otras siete modalidades de selección, siendo la licitación apenas una de ellas. En este sentido se colige que el procedimiento de selección hasta la formación del contrato está eminentemente reglado, en cuanto son de aplicación primaria las normas contenidas en la Ley 22 de 2006, y supletoriamente las nor-

---

18. Del régimen general de contrataciones del Estado panameño se desprende la concepción del contrato administrativo. Este concepto abarca dentro de sí los contratos públicos; las compras gubernamentales; la contratación gubernamental; el contrato ley; el régimen de las concesiones, entre otras (Benavides Pinilla, 2013: 204).

19. Constituyen regímenes especiales los contratos celebrados por la Autoridad Nacional del Canal de Panamá; contratos llevados a cabo por el Ministerio de Salud, para la compra de medicamentos; el Ministerio de Educación, para el suplemento de materiales de construcción y ejecución de obras, y el Aeropuerto de Tocumen (Padilla Lozano, 2016).

20. Como consecuencia inmediata de la aplicación del régimen común, serán los tribunales civiles los competentes respecto a las controversias que surjan en estos contratos (Padilla Lozano, 2016).

mas del procedimiento administrativo general, y las del procedimiento civil y comercial.

De lo anterior se desprende que el principio de legalidad debe ser observado por todos los actos emitidos a lo largo del procedimiento precontractual. Debido a esto, la ley otorga diversos mecanismos legales para garantizar el cumplimiento de este principio a lo largo del ciclo contractual.

Para estos efectos, el control de legalidad en la etapa previa se realiza por el Consejo Económico o el Consejo de Gabinete<sup>21</sup>, dependiendo del monto del contrato. Asimismo, antes del perfeccionamiento del contrato, corresponde a la Contraloría General de la República, en su rol de fiscalizador de la Hacienda pública, aprobar mediante acto administrativo el acto de celebración del contrato. De esta forma, el refrendo por parte del Contralor supone una verificación de la legalidad de todo lo actuado en la etapa previa a la celebración del contrato, y constituye un requisito de eficacia para la ejecución del mismo.

## 2.2. Medios de control al ciclo contractual

### 2.2.1. Control judicial

La evolución de la justicia contencioso-administrativa de Panamá (Nueva Granada) tuvo sus primeros vestigios en el Decreto de 24 de septiembre de 1810, que implantaba la separación de poderes del sistema español y arrebataba las funciones judiciales que tenían las cortes y audiencias, que eran órganos de notable carácter gubernativo (Hoyos, 2003). Posteriormente, el 30 de octubre de 1817, Simón Bolívar expidió un decreto por medio del cual ordenaba la creación del Consejo de Estado, que para ese entonces no tenía funciones jurisdiccionales, sino meramente consultivas.

Lo anterior cambió con la expedición de la Constitución de 1886, que a través de los arts. 136 a 141 erigió al Consejo de Estado como órgano superior de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, no fue hasta el año 1914 cuando la jurisdicción especializada empezó a funcionar en

---

21. A ambos organismos corresponderá la aprobación de contrataciones mediante procedimiento excepcional en el cual se evalúa la existencia de todos los requisitos establecidos por ley. Corresponderá el análisis al Consejo Económico cuando el valor del contrato no supere las 3 millones de balboas, y al Consejo de Gabinete cuando el contrato sea superior a esta cifra. Art. 83 de la Ley 22 de 2006, organizada por la Ley 153 de 2020.

Colombia, gracias a la Ley 130 de 1913; sin embargo, el camino seguido por Panamá fue diferente, ya que el 3 de noviembre de 1903 se consumó su separación de Colombia, y así, durante los primeros años del siglo 20, Panamá, como república independiente, otorgó a los tribunales ordinarios conocer las demandas de ilegalidad contra actos de la Administración, hasta el año 1924, cuando la Corte Suprema de Panamá proscribió esta función con base en el principio de separación de poderes; de este modo, los tribunales ordinarios solo pudieron reconocer daños y ordenar la indemnización de perjuicios, pero les estuvo vedado pronunciarse sobre la validez de los actos de la Administración (Hoyos, 2003).

Posteriormente, la Constitución de 1941 ordenó la creación de una jurisdicción especial, que se materializó con la puesta en marcha del Tribunal Contencioso-Administrativo; este tribunal fue completamente autónomo hasta la reforma constitucional introducida por el acto legislativo n.º 2 de 1956, que incorporó la jurisdicción contencioso-administrativa a la Corte Suprema de Justicia, lo cual significó la eliminación del tribunal administrativo y trajo consigo la creación de la Sala Tercera en el seno de la Corte Suprema, que es competente<sup>22</sup>, hasta la actualidad, para conocer en única instancia los actos de la Administración, entre ellos, los contratos celebrados por la nación<sup>23</sup>. En este sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es el único órgano encargado de conocer, en única instancia, los conflictos contencioso-administrativos que se presenten en Panamá.

Sobre este aspecto, una de las características de la justicia administrativa panameña es que tiene como objeto la competencia sobre actos emitidos por la Administración y no otras actuaciones del Estado que pueden vulnerar derechos (Gasnell Acuña, 2015: 410-428); en razón de esto, para acudir al contencioso-administrativo panameño se requiere necesariamente un acto administrativo, el cual puede ser atacado en vía judicial mediante la acción de plena jurisdicción o la acción de nulidad.

Así, la acción de nulidad procede principalmente contra actos de carácter general y tiene un carácter meramente objetivo, porque se ataca la ilegalidad del acto frente al ordenamiento jurídico, de modo que, al contraponerse las disposiciones legales con el acto atacado, podría observarse la ilegalidad de este último. En este sentido, el titular para interponer la acción

22. El art. 97 del Código Judicial de Panamá determina los asuntos en los cuales es competente esta sala.

23. Salvo aquellos que estén relacionados con la Autoridad del Canal de Panamá, que obligatoriamente deben resolverse por vía arbitral (art. 97 del Código Judicial de Panamá).

es indeterminado, ya que cualquier persona estaría legitimada porque el acto va en contra del interés público, entendido como el marco legal vigente; lo anterior también supone que el demandante no pueda pedir indemnización de perjuicios, ya que en juego no estaría un derecho suyo, sino uno de la comunidad.

Por otro lado, la acción de plena jurisdicción procede principalmente contra actos de carácter particular, en donde se han vulnerado derechos subjetivos por una decisión ilegal, lo cual implicaría que el único titular para ejercer la acción sea aquel que vea afectados sus intereses con la decisión de la Administración. En este sentido, quien interpone la acción no solo busca que se declare ilegal el acto, sino que también busca la indemnización de perjuicios.

No obstante lo anterior, algunas decisiones judiciales de la Sala Tercera de la Corte Suprema panameña han permitido que se ejerza la acción de nulidad contra actos de carácter individual en los cuales, pese a haber derechos subjetivos involucrados por la parte demandante, se observa su ilegalidad. Esto ha supuesto que un sector de la doctrina abogue por la tesis según la cual lo que determina la acción no es la naturaleza del acto, sino la pretensión que se persigue, razón por la cual, si se busca el restablecimiento del orden jurídico, aun tratándose de un acto de carácter individual, procedería la acción de nulidad: esta tesis que se inclina por un criterio en el cual sea la pretensión la que determine la acción, no ha sido acogida en Panamá, salvo en contadas excepciones (Gasnell Acuña, 2015: 410-428).

Ejemplo de lo anterior fue una acción de nulidad que pretendió la revocación de un contrato celebrado por la Aeronáutica Civil de Panamá; la Sala Tercera de la Corte Suprema aceptó la petición bajo el argumento de que el demandante no buscaba el restablecimiento de un derecho, sino que procuraba el respeto del bloque de legalidad, ya que en su consideración la celebración del contrato había afectado las disposiciones del procedimiento administrativo (Gasnell Acuña, 2015: 425-428).

En este sentido, si bien no es mayoritaria la postura explicada con anterioridad, se ha abierto la vía a que cualquier ciudadano, por medio de la acción de nulidad, cuestione actos de carácter individual siempre que la acción vaya destinada a proteger el marco legal y no persiga el restablecimiento de algún derecho subjetivo; cuántos más legitimados para interponer la acción, mayor será el número de intereses protegidos.

### 2.2.2. Recursos en vía administrativa

La vía gubernativa en materia contractual en Panamá se agotaba con la interposición de recursos ante la Dirección General de Contrataciones, que era un departamento del Ministerio de Economía y Finanzas; sin embargo, frente a la necesidad de establecer mayores garantías para contravenir los actos proferidos en el ciclo contractual, mediante la Ley 22 de 2006, con fundamento en la figura de descentralización por funciones<sup>24</sup>, se consagró la autonomía, independencia funcional y personalidad jurídica de la Dirección General de Contrataciones Públicas<sup>25</sup>, y se ordenó la creación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas<sup>26</sup>, que ha sido denominado por la doctrina panameña como un órgano extrapoder, que no se encuentra adscrito a ninguno de los poderes del Estado<sup>27</sup>. Al respecto, ambas instituciones tendrán a su cargo el conocimiento de los recursos que se interpongan en la vía gubernativa, como requisito previo para ejercer la acción contencioso-administrativa.

En este sentido, el art. 200 de la Ley 38 de 2000 expresa que el agotamiento de la vía gubernativa es un requisito para acudir a la justicia panameña. En materia de contrataciones proceden la acción de reclamo y el recurso de impugnación contra actos que se reputan ilegales. El ejercicio de una u otra acción dependerá de la fase en la que se encuentre el ciclo contractual, y la autoridad competente para resolverlo variará según el recurso que se ejerza. De este modo, la acción de reclamo procede contra todo acto u omisión ilegal o arbitraria que se haya proferido durante la etapa precontractual, hasta antes de que se adjudique o declare desierto el proceso de selección de contratista<sup>28</sup>. Esta acción se concede bajo el efecto suspensivo<sup>29</sup> en única instancia, y será conocida por la Dirección General de Contrataciones Públicas.

En cambio, el recurso de impugnación procede contra las resoluciones que adjudican o declaran desierto el proceso de selección de contratista, contra el acto que rechaza las propuestas, o cualquier acto que afecte

24. La descentralización por servicios es una forma de organización administrativa que implica la creación de una nueva persona jurídica, lo cual no obsta para que esta siga formando parte de la Administración pública. A este nuevo sujeto de derecho se le transfiere la titularidad de una función específica, debido a su carácter especializado. Con ello se busca la toma de decisiones objetivas, lo cual implica un alto grado de autonomía en el ejercicio de sus funciones; lo anterior no se traduce en independencia absoluta, ya que se encontrará sujeta a las directrices generales dictadas por la Administración central (Rincón Córdoba, 2018: 188-199).

25. Art. 14 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

26. Art. 146 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

27. En este sentido, Padilla Lozano (2013: 19) y Morón Urbina (2020: 212). No obstante, en este mismo sentido hay opiniones disidentes; a modo de ejemplo, Carvalli Yee (2009: 83).

28. Art. 153 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

29. Arts. 153 y 155 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

la selección objetiva del contratista. Este recurso también se surte en el efecto suspensivo<sup>30</sup> en única instancia; el responsable de resolverlo es el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como se expone a continuación:

## 2.3. Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

### 2.3.1. Independencia

En relación con la autonomía técnica y financiera, el tribunal (TACP) estará dotado de una sede en la ciudad de Panamá. Si bien los recursos necesarios para su funcionamiento son proveídos por el presupuesto del Estado, el TACP contará con autonomía técnica y administrativa para realizar sus funciones, de modo que el personal interno de la corporación será nombrado en sala por acuerdo de sus miembros, y los mecanismos internos de reparto de casos se establecerán de acuerdo con las disposiciones internas de la sala del tribunal.

Respecto al nombramiento de sus miembros, el tribunal estará conformado por tres integrantes, y el procedimiento para su elección deberá ser reglamentado por el Gobierno<sup>31</sup>. Al respecto, el Decreto Ejecutivo n.º 57-A/2010 ha establecido una comisión interministerial, compuesta por los ministros de Seguridad Pública, de la Presidencia y de Economía y Finanzas, que presentará una terna mediante la cual el Presidente de la República nombrará directamente a los tres miembros de este tribunal.

En cuanto a los requisitos requeridos para ser miembro del tribunal, se requiere ser panameño, tener al menos 35 años de edad y pleno goce de derechos civiles y políticos, no tener condenas por delitos dolosos o por faltas al Código de Ética Profesional, ser abogado idóneo y tener por lo menos 3 años de experiencia comprobada en derecho administrativo<sup>32</sup>.

---

30. Debido al efecto suspensivo que conlleva la interposición de este recurso, a efectos de evitar dilaciones injustificadas o temerarias, el art. 116 de la Ley 22 de 2006 exige el pago de una fianza, que será ejecutada solo cuando se logre demostrar la temeridad del contratista al interponer la acción.

31. Art. 149 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

32. El texto original de la Ley 22 de 2006 establece, en el apdo. 4 del art. 122, que para ser miembro del tribunal se requiere "tener cinco años de experiencia en el ejercicio de abogado o haber ejercido un cargo en el cual se requiere idoneidad en el ejercicio de la profesión de abogado". Es decir, este requisito abre la posibilidad de que sea nombrado como miembro del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas un sujeto que no cuente con el título de

Los miembros del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas tendrán igual categoría, remuneración, incompatibilidades, inhabilitaciones, restricciones y prohibiciones que los magistrados de los tribunales superiores de justicia (Padilla Lozano, 2013: 11).

En lo referente a la estabilidad en el cargo, la duración en el mismo es de cinco años, con posibilidad de ser reelegido. En este punto, valga añadir que es al Presidente de la República a quien corresponde aplicar las sanciones mediante resolución motivada, y regular el procedimiento mediante el cual se aplicarán las causales taxativamente establecidas en la ley para suspender o remover a los miembros del tribunal<sup>33</sup>.

### 2.3.2. Funciones

Las funciones del tribunal se enmarcan en el ámbito de control en el seno de la Administración, ya que es una autoridad independiente frente a la entidad que ha emitido el acto recurrido. Una vez el TACP ha adoptado una decisión, esta no pasa a otra instancia administrativa, y es el poder judicial el competente para realizar el control. En este sentido, las funciones del tribunal se manifiestan mayormente en la etapa previa a la celebración del contrato, a través del recurso de impugnación que procede contra: 1) los actos que adjudican a un contratista<sup>34</sup>, 2) el que declara desierto el proceso de selección, o 3) la resolución que rechaza las propuestas. Asimismo, en la etapa precontractual procede el recurso de apelación contra la resolución que inhabilita al adjudicatario por negarse a firmar el contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal tiene potestad para pronunciarse sobre un número limitado de actos emitidos en la etapa de ejecución del contrato, de modo que tiene potestad para resolver el recurso de apelación que se interpone contra: 1) la decisión que resuelve el contrato, 2) la que debido a un incumplimiento impone una sanción al contratista, o 3) la que inhabilita al contratista por el abandono de la obra.

---

abogado, y que carezca de experiencia como tal, pero que haya desarrollado cargos públicos relacionados con el área jurídica.

33. Art. 150 de la Ley 22 de 2006. Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

34. El recurso de impugnación, antes de las reformas de 2008, únicamente podía interponerse contra el acto de adjudicación de contratista, pero no contra el acto que declaraba desierto el proceso de selección. En este sentido, la Corte declaró la ilegalidad de un acto del TACP que adjudicaba un contrato cuyo procedimiento de selección había sido previamente declarado desierto. Al respecto, la Sala Tercera de la Corte Suprema argumentó que, en el momento de producirse la adjudicación por parte del tribunal, la ley no le confería dichas funciones (Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia n.º 26288, de 3 de octubre de 2008).

Por último, el tribunal tendrá una competencia subsidiaria respecto de las acciones de reclamo que no fueron resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del plazo previsto en la ley.

Cuando la parte interesada haya presentado el recurso de impugnación, el tribunal tendrá dos días hábiles para admitir o inadmitir el recurso<sup>35</sup>. En caso de que el tribunal no se pronuncie en el plazo establecido sobre la admisión del recurso, este se entenderá aceptado. Una vez admitido, el tribunal correrá traslado a la entidad que emite el acto recurrido para que en el plazo de 3 días se pronuncie frente al recurso interpuesto; esta será, además, la única oportunidad que tendrá la entidad para aportar pruebas.

Al surtirse la etapa anterior, se abrirá un incidente procesal mediante el cual cualquier persona estará facultada para pronunciarse acerca de la legalidad del acto impugnado; quien intervenga en este sentido se considerará parte procesal únicamente en esta etapa.

Agotado el trámite anterior, el tribunal tendrá diez días para resolver cuando se trate de valoraciones meramente jurídicas; en caso contrario, se abrirá un periodo probatorio de diez días: una vez vencido este periodo, el tribunal tendrá cinco días para tomar una decisión. En todo caso, cuando pasen más de 30 días y no se haya proferido fallo, procede el silencio administrativo negativo en contra de la solicitud del administrado y, por lo tanto, se tiene por agotada la vía gubernativa.

### 2.3.3. Alcance de sus decisiones

Las decisiones producto de la interposición del recurso de apelación o impugnación tienen la facultad de ratificar, modificar o reemplazar totalmente el acto recurrido. A tal efecto, las decisiones emitidas por el tribunal tienen la naturaleza de acto administrativo. En este sentido, son de obligado cumplimiento por parte de las entidades contratantes, así que el tribunal tendrá potestad para sancionar a los servidores públicos que no las acaten<sup>36</sup>. En cambio, en lo que respecta a los postores o contratistas, la decisión no

35. Sobre este punto, el art. 32 de la Ley 22 de 2006, Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020, establece que el tribunal, al igual que los demás servidores públicos que intervienen a lo largo del ciclo contractual, debe respetar las garantías del debido proceso, lo cual conlleva la admisión de reclamos y de recursos de ley, que deberán ser resueltos en el tiempo fijado para ello.

36. Apdo. 7 del art. 146 y art. 164 de la Ley 22 de 2006, Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020.

hará tránsito a cosa juzgada y será habilitante para ejercer la acción contencioso-administrativa, ya que con ella se entiende agotada la vía gubernativa.

## 2.4. Conclusiones

1. Los actos administrativos que se produzcan a lo largo del ciclo contractual se encuentran sujetos a control interno por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Una vez agotada la vía administrativa, corresponderá a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia conocer el acto recurrido, mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción o de nulidad, dependiendo de si con la demanda se pretende el restablecimiento del marco de legalidad o de un derecho.
2. El TACP puede ser considerado como un órgano de control independiente ubicado en el seno de la Administración, cuya finalidad esencial consiste en velar por la legalidad de las actuaciones producidas, principalmente, durante la etapa previa a la celebración del contrato. Esta facultad de control se exterioriza mediante actos administrativos que pueden modificar o revocar lo decidido por las entidades que inician el proceso de selección, de modo que no se encuentran sujetos a revisión en otra instancia administrativa.
3. El TACP es un órgano de naturaleza administrativa, ya que se encuentra ubicado en el seno de la Administración pública. Si bien hay posturas que sostienen que es un órgano extrapoder, esta clasificación es doctrinaria y no tiene rango legal o constitucional, razón por la cual no podría considerarse que un órgano se encuentra ubicado por fuera de alguna de las tres ramas del Estado y necesariamente debe ser adscrito a una de ellas.

## 3. Perú

### 3.1. Aspectos generales

El régimen general de contrataciones del Estado en Perú se ha caracterizado por una notable dispersión normativa. En la década de los 70 no existía una disposición legal específica sobre la regulación de las diversas modalidades de contratación con el Estado y el régimen legal aplicable se hallaba en diversas normas, principalmente de carácter presupuestario; además, la gran mayoría de las entidades del sector público tenían sus propios reglamentos de contratación; por otra parte, en materia de concesiones no exis-

tían reglas unificadas ni un común denominador aplicable, y únicamente se podían observar ciertas normas sectoriales, enfocadas exclusivamente en la explotación de recursos naturales (Danós Ordóñez, 2006: 9-34).

Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de 1993, se reafirmó<sup>37</sup> la obligación del Estado de contratar servicios, obras y suministros mediante procedimientos de licitación y concurso público; además, se aprobó la Ley n.º 26850 de 1997, denominada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante LCAE). Esta ley contribuyó a unificar la legislación dispersa en materia de contrataciones<sup>38</sup>, regulando los procesos de contratación de servicios, obras y suministros aplicables a todas las entidades del sector público; adicionalmente, la LCAE se enfocó en la regulación del proceso de selección de contratista, disponiendo que en la etapa de ejecución del contrato el arbitraje sería un mecanismo obligatorio de solución de controversias. Por último, otra de las grandes contribuciones de la ley comentada fue la creación del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hoy en día denominado OSCE, que en su época fue el organismo supervisor de las contrataciones del Estado y que en la práctica ejercía las funciones propias de un tribunal administrativo, al resolver las controversias que se presentaban entre los postores o contratistas y las entidades a lo largo del ciclo contractual.

Por otro lado, la Constitución de 1993 introdujo reformas tendentes a liberalizar la economía, razón por la cual fue necesario crear garantías de estabilidad y de certeza jurídica para fomentar la inversión. Lo anterior se tradujo en la expedición de un nuevo régimen que aglutinó la legislación dispersa en materia de concesiones; asimismo, al dejarse el mercado bajo control de los particulares, el Estado dejó el rol de prestador de servicios públicos y asumió el de garante de la prestación de los mismos, el cual ejerció por medio de organismos reguladores.

---

37. En 1979 se introdujeron la licitación y el concurso público como procedimientos de selección obligatorios para las entidades, cuando se trate de adquisición de servicios, obras o suministros. Art. 143 de la Constitución Política de 1979: "La contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades".

38. La LCAE unificó la legislación dispersa en materia de contratación de obras públicas, de adquisiciones y de actividades de consultoría. Si bien estos son los tipos más frecuentes de contratos que suscribe el Estado peruano, lo cierto es que las concesiones, los contratos ley, contratos de personal, convenios interadministrativos y contratos para la disposición de bienes del Estado seguían contando con regulación propia, razón por la cual la finalidad unificadora que perseguía la LCAE no abarcó la totalidad de contratos celebrados por el Estado (Danós Ordóñez, 2006: 14-15).

En una etapa posterior, y como consecuencia de la suscripción de los tratados de libre comercio con Estados Unidos, se publicó la Ley n.º 29157, que delegaba en el poder ejecutivo la facultad de legislar sobre la implementación del acuerdo de promoción comercial entre ambos países; bajo la necesidad de hacer competitivo el sistema económico peruano mediante “la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado”, se expidió el Decreto Legislativo n.º 1017 de 2009, denominado Ley de Contrataciones del Estado (LCE)<sup>39</sup>. Sobre el particular es importante mencionar que aun después de la expedición de la LCE, y a pesar de la finalidad unificadora de esta ley, el régimen de contrataciones del Estado peruano seguía permaneciendo disperso y se caracterizaba por la existencia de numerosas normas, de carácter especial, que regularon cada uno de los tipos contractuales.

Por último, el 11 de julio de 2014 se expide la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, que entró en vigor el año siguiente con la expedición de su reglamento. Esta ley contiene el marco regulatorio de compras públicas vigente hasta la fecha en Perú. Conforme a la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, la excesiva regulación en materia de contratación, la cual además carecía de principios generales, impedía que en muchas situaciones se lograra aplicar la regulación general a casos específicos, en los cuales no había regulación expresa al respecto (Proyecto de Ley n.º 3623, 2013: 3-5).

## 3.2. Medios de control al ciclo contractual

### 3.2.1. Arbitraje

El arbitraje es el único mecanismo de solución de controversias que puede presentarse en la etapa de ejecución del contrato; es decir, a diferencia de lo que sucede en otros países de la región, el arbitraje en materia de contratación estatal no es un acuerdo que nace de la voluntad de las partes, toda vez que por disposición legal las controversias que se presenten en la etapa de ejecución del contrato, relacionadas con la ejecución, interpretación, nu-

---

39. De manera similar a la LCAE, la Ley de Contrataciones del Estado únicamente reglamentó un número reducido de contratos. Art. 1 del Decreto Legislativo n.º 1017: “La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del sector público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos”.

lidad, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, deberán ser resueltas, de manera obligatoria<sup>40</sup>, a través del arbitraje<sup>41</sup>.

Esta disposición busca garantizar el principio de eficiencia, procurando que las decisiones que resuelvan las controversias presentadas entre el Estado y los contratistas sean prontas y oportunas, de manera que se garanticen el interés general y la prestación del servicio. En este marco, el arbitraje tiene que ser en derecho, y el presidente del tribunal arbitral necesariamente debe contar con especialización probada en derecho administrativo y en contratación estatal; los demás miembros únicamente deben probar conocimiento en compras públicas, lo cual abre la posibilidad de que expertos en otras materias, sin necesidad de que sean abogados, puedan ser árbitros. En el mismo sentido, el arbitraje podrá ser institucional o *ad hoc*.

Sumado a lo anterior, el laudo arbitral no es sujeto de impugnación ante el poder judicial y hará tránsito a cosa juzgada, salvo para los casos de fraude contemplados de manera taxativa en la legislación de arbitraje (Gamarra Barrantes, 2009: 221-222) y aquellos supuestos que establece la ley<sup>42</sup>.

En el ámbito de lo expuesto, la regulación en materia arbitral ha sufrido numerosas modificaciones, puesto que la gran mayoría de decisiones afectan a las entidades del sector público<sup>43</sup>, lo cual, según algunos sectores,

---

40. Aunque las disposiciones legales facultan a las partes a conciliar, antes de acudir al arbitraje, lo cierto es que esta figura no tiene gran acogida debido a que la normatividad no explica los alcances que tendrían los servidores públicos en el ejercicio de esta facultad; lo anterior, sumado a que en la mayoría de los casos es el interés público lo que está de por medio, termina por hacer que los funcionarios públicos prescindan de esta etapa, a efectos de evitar sanciones disciplinarias (Vizcarra, 2019: 51-52).

41. En caso de que alguna de las partes acuda ante el poder judicial, se ha establecido que es válido que la parte demandada interponga la excepción de pacto arbitral y esta se declare fundada, o que el juez que recibe la demanda se declare incompetente en razón de la materia (Rodríguez Flores, 2014: 127).

42. El apdo. 4 del art. 45 de la Ley n.º 30225 establece lo siguiente: "La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo".

43. Un estudio realizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que tomó como muestra de estudio 400 decisiones arbitrales proferidas entre los años 2003 y 2012, determinó que el 75,2 % de las decisiones arbitrales eran desfavorables para las entidades del sector público, ya que únicamente en el 24,8 % de los laudos arbitrales analizados el Estado no era condenado a pagar el valor exigido en la demanda (Guzmán-Barrón y Zúñiga, 2014: 97).

se debe a hechos de corrupción que han podido ser identificados a raíz del proceder de un grupo de árbitros y contratistas que coluden su actuación a favor de intereses propios (Vizcarra, 2019: 51). No obstante lo anterior, otros doctrinantes explican este fenómeno bajo el entendido de que el arbitraje está orientado a ser activado por el contratista, y no por las entidades que tienen la facultad para aplicar penalidades o ejecutar garantías, prerrogativas propias que tiene el Estado y no el contratista. La existencia de esas prerrogativas no haría necesario que la Administración acuda a la vía arbitral, salvo en algunos casos específicos, ya que por medio de su propia autotutela puede obtener sus pretensiones; en cambio, el contratista necesariamente debe acudir a la vía arbitral para exigir sus derechos, y si a esto se suma el hecho de que el contratista está iniciando un proceso judicial en contra de un cliente suyo, se podría vislumbrar que se debe a que hay una alta probabilidad de que el contratista tenga la razón (Soria *et al.*, 2022).

Una vez expuesto lo anterior, podría afirmarse que la finalidad de la implementación del arbitraje en el sistema peruano obedece a la necesidad de dar celeridad a las actuaciones judiciales para satisfacer el interés público que envuelve la relación contractual con el Estado. A pesar de esto, no han sido pacíficos los criterios en cuanto a los beneficios de la obligatoriedad de este método de solución de conflictos, no solo porque la mayoría de las veces el Estado no resulta beneficiado, sino también porque se está dejando en manos de particulares el control de la actuación contractual de la Administración, con las discusiones que ello supone.

### 3.2.2. Mecanismos de control en el proceso de selección

El procedimiento de selección es la vía mediante la cual se forma la voluntad administrativa contractual de la entidad. Se inicia con una fase interna de la Administración pública, por medio de la cual la entidad<sup>44</sup> emite un requerimiento<sup>45</sup> con las especificaciones técnicas de los bienes y servicios a obtener. Posteriormente, se definen la disponibilidad de recursos, la fuente de financiación y el plan anual de contrataciones<sup>46</sup>. Una vez completado

44. Art. 6 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

45. Art. 16 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

46. Capítulo 2 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF), complementado por el capítulo 1, título 4 del Reglamento de la Ley n.º 30225 (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF).

este trámite, se deberá determinar el proceso de selección<sup>47</sup>, y luego se designará un órgano encargado<sup>48</sup> de iniciar el mismo. Este órgano estará compuesto por expertos con conocimiento técnico en los bienes a obtener, y su principal función consiste en lograr la realización del procedimiento de selección, velando por el cumplimiento de la legalidad en el mismo, es decir, guardando obediencia a lo establecido en las bases<sup>49</sup>. En este orden, cuando se haya designado el órgano a cargo del procedimiento de selección, corresponderá a la entidad impulsar la convocatoria.

Con la convocatoria finaliza la etapa de preparación interna de la Administración e inicia una fase externa, por medio de la cual el postor decide formar parte del proceso de selección. Esta decisión genera una serie de derechos y deberes, que obedecen a los intereses que persiguen las partes. Así, el postor no tiene derecho a ser seleccionado, pero sí se encuentra legitimado para exigir el cumplimiento de la ley y la normativa que se encuentra en las bases. Al mismo tiempo, surge en cabeza del postor la obligación de participar activamente en el proceso de selección, colaborando con la entidad en el proceso de formación de la voluntad administrativa precontractual, a través de la interposición de los recursos de ley que permiten fiscalizar a la Administración y que traen como resultado la elección de la oferta que más favorezca a la entidad (Retamozo Linares, 2018: 97-99).

De esta manera, la dialéctica supone un rasgo característico del proceso de selección, dado que por medio de los derechos de los participantes, y los recursos que estos interponen, se va modificando la voluntad precontractual de la Administración (*ibidem*). De este modo, el conjunto de etapas coordinadas y sucesivas, que permiten la impugnación de los actos, se combinan entre sí para desembocar en la celebración del contrato.

Durante el proceso de selección, los participantes tienen dos mecanismos para controvertir los actos de la Administración; será competente la entidad contratante o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según el recurso de que se trate y la cuantía del mismo.

---

47. Art. 21 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF), complementado por el art. 53 del Reglamento de la Ley n.º 30225 (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF).

48. Art. 43 del Reglamento de la Ley n.º 30225 (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF).

49. Anexo n.º 1 del Reglamento de la Ley n.º 30225 (Decreto Supremo n.º 344-2018-EF). "Bases: Documento del procedimiento de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada y subasta inversa electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la entidad para la preparación y ejecución del contrato".

### 3.2.2.1. Consultas y observaciones ante la entidad contratante.

Una vez ha finalizado la convocatoria, los participantes tienen derecho a formular consultas y observaciones a las bases de la contratación. Las consultas son solicitudes de aclaración respecto al alcance de lo establecido en las bases, y las observaciones son objeciones a las bases por supuestas vulneraciones de la normatividad de contrataciones o de cualquier otra norma<sup>50</sup>. Al respecto, contra las bases no proceden los recursos administrativos ordinarios, porque la naturaleza jurídica de estos documentos no es de acto administrativo, sino reglamentaria, lo cual justifica recursos y un procedimiento especial para tramitar su impugnación (Retamozo Linares, 2009: 120).

En este sentido, el art. 72 de la Ley n.º 30225 regula el procedimiento de las consultas y las observaciones, determinando que estas pueden interponerse en un plazo no mayor de 10 días hábiles siguientes a la finalización de la convocatoria. Una vez resueltas, el pliego decisorio debe ser incorporado a las bases, modificando el contenido de las mismas: en todo caso, en lo que respecta a la decisión de las consultas, bajo ninguna circunstancia pueden desnaturalizar el contenido de las bases.

Por último, contra la decisión de las consultas no podrá interponerse recurso alguno, salvo que se eleve ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado la revisión del pliego de absoluciones de consultas y observaciones. Como requisito para acceder a esta instancia es necesario efectuar el pago correspondiente.

### 3.2.2.2. Recurso de apelación.

Cuando se haya superado la etapa de consultas y observaciones, todo desacuerdo que se presente entre el postor y las resoluciones emitidas por el órgano de selección de la entidad únicamente podrá resolverse mediante recurso de apelación, que solo puede interponerse después de otorgada la buena pro (adjudicación del contrato)<sup>51</sup>. En este sentido, el recurso de apelación es un remedio procesal contra los actos administrativos que violan un derecho del

50. Art. 72 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

51. La contratación estatal es un mecanismo por medio del cual el Estado logra sus finalidades; lo anterior significa que está en juego la satisfacción del interés público, razón por la cual la celeridad debe ser una de las características del proceso de selección. Ahora, dado que la ley peruana otorga a este recurso un carácter suspensivo del procedimiento, será la etapa final del proceso de selección la única posible para interponer este recurso. Lo anterior busca evitar el

administrado, y que, en el caso particular del procedimiento de selección, son promovidos contra las decisiones de los órganos que intervienen en el mismo (Tribunal de Contrataciones del Estado, Resolución n.º 1445, 2007).

El recurso de apelación se concede en única instancia<sup>52</sup> y será conocido por el Tribunal de Contrataciones del Estado en aquellos casos que determine la ley<sup>53</sup>. Asimismo, como consecuencia de la suscripción de los tratados de libre comercio con Estados Unidos y Singapur, se ha establecido que el Tribunal de Contrataciones es competente para conocer del recurso de apelación, a modo privativo, cuando se trate de postores extranjeros.

### 3.3. Tribunal de Contrataciones del Estado

Hasta antes de la expedición de la Ley n.º 26850, Perú no contaba con un órgano supervisor de los contratos que celebraba el Estado. Con la referida ley se creó el CONSUCODE, hoy en día denominado Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), que a la fecha es la entidad rectora de las compras públicas en Perú; a la estructura administrativa del OSCE se encuentra vinculado el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE), el cual tiene facultades para imponer sanciones, interpretar las normas de contratación del Estado y resolver, en última instancia administrativa, el recurso de apelación.

Si bien no es la primera vez que existe un tribunal de este tipo en Perú, ya que en el seno del CONSUCODE había un organismo que tuvo atribuciones similares, e incluso podía llegar a conocer de controversias que se generaran en la fase de ejecución del contrato, lo cierto es que por primera vez hay un único tribunal de la Administración pública encargado de resolver las controversias presentadas en la fase de selección de contratista en Perú<sup>54</sup>. A este respecto, vamos a analizar algunas características de dicho tribunal.

---

uso indiscriminado de este recurso a lo largo de todo el proceso, lo cual terminaría por afectar a la celeridad de este (La Contraloría General de la República, 2015: 66).

52. Algún sector de la doctrina critica la única instancia, argumentando que no es solo un derecho del administrado, sino también de la Administración, el poder revisar en instancias superiores las decisiones administrativas. En el caso del recurso de apelación, este es un requisito para agotar la vía gubernativa, y podría pensarse que al acudir con posterioridad al poder judicial, vía contencioso-administrativo, se satisfacen las garantías de revisión de las que es titular el recurrente; no obstante, esta apreciación podría resultar errónea, dada la gran saturación del poder judicial (Morón Urbina, 2017).

53. Apdo. 3 del art. 41 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

54. Antes de la expedición de la Ley n.º 26850 de 1998, había absoluta dispersión legal en materia de contratación estatal en Perú; cada contrato era regulado por regímenes especiales, que se encontraban consagrados en normas separadas. La mayoría de estas normas no solo tenían disposiciones distintas para situaciones similares, sino que, además, algunas de ellas con-

### 3.3.1. Independencia

La ley de Perú define el TCE como un tribunal independiente y autónomo<sup>55</sup>; si bien la norma menciona que este tribunal tendrá autonomía funcional en la toma de decisiones, no posee autonomía financiera ni administrativa. Con base en lo anterior, se analizarán algunos criterios que son esenciales para determinar la independencia de este órgano.

En primer lugar, la autonomía administrativa es la capacidad que tiene cualquier institución para gestionar los asuntos propios de su organización interna, sin la intervención de otras instituciones (Mostacero Orozco, 2006: 6). Al respecto, se observa que el TCE no cuenta con este tipo de autonomía, porque depende administrativamente de la Presidencia del OSCE<sup>56</sup>; además, el número de integrantes y de salas que lo componen será establecido a través de decreto supremo<sup>57</sup>, que deberá ser refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas<sup>58</sup>. En este sentido, la administración de una institución determina su correcto funcionamiento; ejemplo de ello fue el Tribunal del CONSUCODE, que al no contar con salas suficientes no pudo atender de manera correcta las controversias que surgieron a raíz de los contratos y debido al aumento exponencial de las mismas, lo que lo llevó a su colapso (Baca Oneto, 2009: 79).

En segundo lugar, respecto a la designación de sus miembros, según algunos criterios doctrinales, la participación de más de uno de los poderes del Estado en la designación de los miembros de una institución genera independencia<sup>59</sup>. Sobre este punto, poco sólido parece el sistema de elección peruano, ya que corresponde al Presidente de la República reglamentar la organización de los concursos públicos por medio de los cuales se selecciona a los vocales

---

sagraban tribunales administrativos para cada régimen contractual, lo que también condujo a que hubiera multitud de tribunales administrativos facultados para conocer de controversias contractuales (Tafur y Miranda, 2007: 143).

55. Apdo. 1 del art. 59 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

56. Consultado en la plataforma digital única del Estado peruano. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osce/organizacion>.

57. "Decisión de carácter específico rubricada por el Presidente de la República y refrendada por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan y se publica en los casos que lo disponga la ley cuando son de naturaleza normativa" (Pérez y Gardey, 2011).

58. Apdo. 2 del art. 59 de la Ley n.º 30225 (Texto Único ordenado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF).

59. Ejemplo de ello es la designación del *comptroller general* de Estados Unidos, que es elegido por el Presidente de la Unión, de una terna propuesta por el Congreso. Otro ejemplo son los miembros del Tribunal de Contratación chileno, donde el Presidente de la República elige a sus miembros de una terna elaborada por la Corte Suprema. La participación de más de un poder del Estado en la elección de los miembros garantiza la imparcialidad y hace más autónomos a los elegidos (Benavides, 2019: 512-513).

del TCE. En la actualidad, el Decreto Supremo n.º 186 de 2018 es el encargado de regular esta función, y establece un proceso en el cual habrá una convocatoria pública abierta en la que se realizará una inscripción única de postulantes, la cual dará lugar a que se efectúen pruebas de conocimiento y de acreditación de requisitos profesionales; quienes hayan superado estas dos etapas serán objeto de evaluaciones psicológicas y una entrevista personal.

Sumado a lo anterior, para ser vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado se requieren las siguientes calidades: contar con título profesional universitario; experiencia no menor de cinco años en materias relacionadas con la contratación estatal, y acreditar estudios de especialización en los mismos temas; no estar inhabilitado para ejercer la función pública; no haber sido inhabilitado para contratar con el Estado; no haber sido declarado insolvente ni tampoco haber ejercido cargos directivos en personas jurídicas declaradas en quiebra.

En este sentido, la capacitación técnica en materia de contratación estatal resulta relevante, ya que es la única manera por medio de la cual se podrán llevar a cabo de manera satisfactoria las funciones de un tribunal especializado, esto es, resolver de manera pronta asuntos altamente tecnificados, comprendiendo las múltiples complejidades que puedan presentarse en temas de contratación administrativa. Al respecto, exigir a los miembros del tribunal tener experiencia en “materias relacionadas”, lo cual permitiría no tener especialización específica en contratación pública, y un “título universitario”, lo cual significa que no necesariamente sea en Derecho, podría afectar al carácter técnico del tribunal y a la independencia de sus miembros ante su nominador (Benavides, 2019: 514).

A su vez, el periodo de los vocales es de tres años, y el competente para ejercer el control disciplinario será el Presidente de la República, que mediante resolución suprema, que deberá ser refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas, podrá remover a los vocales del TCE, cuando ellos se encuentren inmersos en alguna de las faltas establecidas en la ley. Lo anterior permite observar las amplias facultades que se han otorgado al Presidente de la República para sancionar a los vocales del tribunal, lo cual permitirá entrever una posible afectación de la independencia de estos miembros.

### 3.3.2. Funciones

En primer lugar, corresponde al tribunal conocer del recurso de apelación interpuesto contra los actos emitidos en un proceso de selección; así, el TCE actuará como órgano de última instancia administrativa. El tribunal conoce-

rá estas controversias cuando la cuantía del proceso ascienda a más de 50 UIT y después de otorgada la buena pro, es decir, después de la adjudicación del contrato, y hasta antes de que se haya celebrado el mismo.

Para poder interponer el recurso, el ordenamiento peruano exige una garantía que deberá pagar el participante del proceso de selección. La principal finalidad que se persigue con esta garantía es evitar las apelaciones temerarias, que terminan por retrasar el proceso, ya que este recurso se otorga en el efecto suspensivo. Esta finalidad parece válida, el problema radica en la práctica, toda vez que cuando las pretensiones de un postor no prosperan se ejecuta automáticamente la garantía, sin observar si el recurso era válido o si por el contrario perseguía una finalidad temeraria. Desconocer este factor podría ir en contra de la naturaleza misma del proceso administrativo, en donde no hay certeza sobre el resultado de la decisión, ya que puede suceder que la autoridad que resuelva el recurso tenga una lectura diferente a la que ha tenido el recurrente sobre los hechos o el derecho (Alejos Guzmán, 2020: 143-158).

En otras palabras, si el criterio para determinar la ejecución de la garantía es la victoria en juicio y no el ánimo subjetivo que se perseguía con la interposición del recurso, la finalidad que se procura con esta garantía ya no sería la de evitar apelaciones temerarias, que suspendan el proceso injustificadamente, sino que sería una pena para quien no ve prosperar sus pretensiones en juicio, caso en el cual se limitaría su acceso a la justicia (Urquiza Maggia, 2006: 3).

A modo de ejemplo, la Resolución n.º 2222-2018-TCE-S4 resolvió el caso de un postor que fue descalificado en un proceso de selección realizado por la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas. El motivo por el cual se le descalificó fue “por no haber acreditado la experiencia requerida”, que se probaba por medio de facturas. El postor impugnó la decisión alegando que sí había presentado las facturas solicitadas, y expuso ampliamente por qué estas eran válidas, toda vez que la decisión que le descalificó no se pronunció respecto de las facturas que él había presentado en el proceso y que no fueron suficientes para acreditar la experiencia.

En la resolución del tribunal, se negaron las pretensiones del recurrente con el argumento de que se trató de un error de apreciación del postor, y, si bien se reconoce que el acto que le descalificó contó con motivación insuficiente, el tribunal confirmó la descalificación del proceso, razón por la cual declaró infundado el recurso y ejecutó la garantía. Es decir, a pesar de reconocer que el acto no contaba con motivación suficiente, lo cual dejaría claras las dudas sobre el mismo, la garantía fue ejecutada.

En cuanto al trámite de recurso, el plazo para interponerlo será de ocho días hábiles contados a partir de la fecha de notificación del acto que se pretende impugnar. Una vez admitido el recurso en un plazo no superior a dos días hábiles el tribunal deberá requerir a la entidad para que, en el plazo de 3 días hábiles, envíe el expediente de contratación completo. Ya con el expediente en sus manos, el tribunal tendrá un plazo de 5 días hábiles para analizarlo. En el transcurso de esta obligación, podrá requerir, una única vez, información adicional a la entidad, al impugnante o a terceros, supuesto en el cual su competencia se prorroga por un plazo de quince días más. Una vez vencido el plazo anterior, el tribunal deberá resolver el recurso y deberá notificarlo en un plazo de cinco días. En caso de no hacerlo, operará la figura de “la denegatoria ficta”, lo cual permitirá la interposición de la demanda contencioso-administrativa.

### 3.3.3. Facultad sancionadora

El ordenamiento jurídico ha concedido la potestad sancionadora al TCE, la cual se desarrolla bajo el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador, contenido en la Ley n.º 27444. A su vez, los derechos, obligaciones y garantías mínimas concebidos para este proceso deben ser observados en el momento de interponer una sanción administrativa por parte del TCE. Los sujetos procesales para el tribunal son los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que actúen como residentes o supervisores de obra. Con anterioridad el tribunal tenía dentro de sus funciones la posibilidad de sancionar a los árbitros. Lo anterior fue modificado con la entrada en vigor de la Ley n.º 30225, ya que se ha eliminado esta posibilidad. Esto ha sido calificado por un sector de la doctrina como acorde con la Constitución, dado que, si se reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje, también debe reconocerse la independencia de sus miembros ante los otros poderes del Estado (Guerinoni Romero, 2014: 147).

Frente a la anterior facultad, cuando se imponga una sanción el afectado tendrá la posibilidad de recurrir por medio del recurso de reconsideración, el cual no es un requisito para agotar la vía gubernativa, ya que con la simple resolución será suficiente para poder interponer la acción contencioso-administrativa ante el poder judicial.

### 3.3.4. Función interpretadora

Las fuentes formales del derecho, como la ley o los principios generales, se ven condicionadas, interpretadas o complementadas por “las fuentes mate-

riales” del derecho administrativo. Estas fuentes materiales, a su vez, crean un nuevo derecho. En este sentido, las resoluciones de observancia obligatoria de tribunales y consejos especiales, habilitados por leyes especiales para establecer criterios interpretativos de alcance general, constituyen decisiones cuya observancia es de obligado cumplimiento en la resolución de casos donde existan supuestos similares (Morón Urbina, 2017: 164-166). La finalidad de esta fuente de derecho es satisfacer el principio de seguridad jurídica, porque habrá certeza del marco legal aplicable, e igualdad, porque se dará el mismo trato a los administrados.

En el marco de lo expuesto, los acuerdos del tribunal que se adopten en sesión plena, donde se interpretan de modo expreso las normas generales establecidas en la ley, más específicamente aquellas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado Nacional del Perú, constituyen precedentes de observancia obligatoria para las entidades y este tribunal, salvo que posteriormente sean derogados por la misma sala o por una norma con rango legal.

Una muestra de esta facultad la constituye el acuerdo de Sala Plena n.º 04-2017, por medio del cual se define la competencia del tribunal para conocer controversias relacionadas con procedimientos de selección de Petroperú S.A., en donde se establece que, en razón de una modificación legal, el tribunal no es competente para conocer de estas controversias; en este sentido: “En tanto no se emita una norma con rango de ley que restituya competencias al TCE, las salas que lo componen no pueden conocer los recursos de revisión relacionados con las controversias derivadas de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A. con posterioridad a la publicación del Decreto Legislativo N° 1292, así como tampoco los procedimientos administrativos sancionadores derivados de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A.”.

### 3.3.5. Alcance de sus decisiones

Las decisiones del tribunal proferidas al resolver el recurso de apelación y en ejercicio de las facultades sancionatorias o interpretativas, reciben el nombre de “resoluciones”. Estas resoluciones tienen la naturaleza de actos administrativos discrecionales, ya que la resolución no está absolutamente determinada en las normas y, por lo tanto, su fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas que optan entre varias alternativas distintas (Morón Urbina, 2017: 236); por ejemplo, por qué es procedente o no el recurso de apelación, o por qué debería interponerse

determinada sanción, o por qué debe acogerse determinado criterio interpretativo por encima de otro.

De la naturaleza de las decisiones se derivan sus consecuencias: al ser una decisión administrativa, esta no hará tránsito a cosa juzgada, ya que es susceptible de control judicial; es así como las decisiones del tribunal son de obligado cumplimiento para las partes: en el caso del recurrente, la resolución agotará la vía gubernativa y le permitirá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa; en cambio, tratándose de entidades, no procede recurso alguno contra las decisiones del tribunal, y este tendrá la facultad de exigir a los órganos de control institucional o a la Contraloría General de la República que se imponga la resolución prevista.

Por otro lado, como resultado del análisis del recurso de apelación, el tribunal podrá revocar el acto impugnado; también podrá revocar de oficio cuando observe la existencia de una causal de nulidad, para lo cual ordena retrotraer todo el proceso hasta la etapa en la cual se produjo el vicio. Lo anterior supone un verdadero control interno de legalidad a las actuaciones desarrolladas por la Administración.

### 3.4. Conclusiones

1. El régimen normativo que regula la contratación del Estado en Perú cuenta con gran dispersión, pese a que desde finales del siglo 20 se han hecho grandes intentos de unificar la normatividad. En este sentido, la Ley 30225 del año 2014 es la norma vigente en la actualidad, y unifica la regulación de los procesos de contratación de bienes, servicios, consultorías y obras que realicen todas las entidades del sector público.

2. A diferencia de lo que sucede en otros países, el arbitraje será el único método de solución de controversias al cual podrán acudir las partes cuando estas se encuentren en la fase de ejecución del contrato. La finalidad que se persigue con esta disposición es satisfacer el orden público por medio de la celeridad que podría implicar acudir a estos mecanismos. De este modo, el laudo arbitral no podrá ser recurrido ante el poder judicial, salvo que se esté ante uno de los supuestos taxativamente establecidos en la ley.

3. El agotamiento de la vía gubernativa es un requisito de procedibilidad para ejercer la acción ante el poder judicial, en relación con aquellas controversias que surjan en la etapa precontractual o de procedimiento de selección realizado por la entidad. A este respecto, en primera instancia se

podrán formular consultas y observaciones, y de manera posterior únicamente podrá interponerse el recurso de apelación, que, dependiendo de la cuantía o la naturaleza del contrato, será conocido por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

4. El Tribunal de Contrataciones del Estado es un organismo que hace de última instancia administrativa, antes de acudir a la vía judicial, en cuanto a las reclamaciones realizadas por los postores en un proceso de selección.

5. En cuanto a su independencia, esta podría ser discutida, porque corresponde al presidente de la República reglamentar el proceso por medio del cual se designan sus miembros, y ejercer la facultad disciplinaria ante ellos. Sin embargo, en términos generales, el proceso de selección es imparcial, y las calidades requeridas para ser vocal permiten establecer la especialidad necesaria para el cargo; asimismo, en el ejercicio de sus funciones se ha establecido un procedimiento rígido, en el que se pueden observar garantías procesales para los intervinientes; por último, dentro de sus finalidades se encuentra el proteger el derecho objetivo, por medio del análisis de la legalidad de los actos que afecten a la continuidad del procedimiento.

6. El TCE se encuentra ubicado en el seno de la rama ejecutiva, y su función principal consiste en realizar un control interno a las decisiones del Organismo Superior de Contrataciones; lo anterior, sumado a la facultad de interpretar la Ley de Contrataciones del Estado, permite observar la posibilidad que tiene de determinar la voluntad que expresa la Administración, por medio de preceptos que son vinculantes únicamente para las entidades administrativas. Por último, sus decisiones no son vinculantes para los administrados, ya que las decisiones de este tribunal son un requisito para agotar la vía gubernativa, es decir, no hacen tránsito a cosa juzgada y no tienen los efectos de una decisión de primera instancia.

## 4. Argentina

### 4.1. Aspectos generales

El federalismo argentino es una forma de organización basada en la asociación voluntaria de las provincias, que delegan algunos de sus poderes para constituir el poder central. Uno de los poderes reservados y no delegados al poder central por las provincias es la facultad para expedir su propio régimen de contrataciones (Ivanega, 2021: 19), razón por la cual cada una de las provincias cuenta con estatutos propios en la materia. Lo anterior no obsta

para que el poder central, que también goza de potestades administrativas, se rija por su propio régimen de contrataciones, necesario para lograr los fines que ha establecido la Constitución y que guían la función pública.

En este sentido, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante RCAN) se encuentra contenido en el Decreto 1023 de 2001 y es de observancia obligatoria por la Administración Nacional, los organismos descentralizados y las empresas y sociedades del Estado cuando inicien procesos de contratación. Asimismo, cuando el poder judicial o el legislativo, en ejercicio de funciones administrativas propias, realicen procedimientos de contratación o adquisición de bienes, deberán regirse por el RCAN en aquello que no esté contemplado en sus regímenes propios.

Al respecto, el RCAN contiene las reglas y los principios que son aplicables a la contratación administrativa, y su ámbito de aplicación está dado por un criterio subjetivo<sup>60</sup>, contenido en el art. 1, que establece la presunción de que todos los contratos celebrados por la Administración pública son de índole administrativa<sup>61</sup>; presunción que se encuentra matizada por

---

60. Al igual que en otros ordenamientos jurídicos, en Argentina se han presentado dos tesis, que se contraponen entre sí, para justificar o negar la existencia de los contratos administrativos. Si bien hoy en día no se discute la existencia de los mismos, en su momento se utilizaron diversos criterios para justificar esta calificación. Así, se apoyó la clasificación de los contratos administrativos con base en los criterios del sujeto, de la jurisdicción aplicable, de la forma del contrato, la calificación legislativa, o la prestación de un servicio público, lo cual implicaba la existencia de cláusulas exorbitantes. Si bien cada uno de estos criterios, vistos por sí solos, presentaban carencias para justificar la existencia de contratos propiamente administrativos, la doctrina argentina ha coincidido en que todo contrato administrativo debe ser celebrado por un órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa materialmente considerada, entendida esta como aquella actividad que busca modificar situaciones jurídicas, de manera pronta y permanente, en búsqueda de la materialización de los fines perseguidos por el Estado, los cuales se encuentran plasmados en la Constitución. De esta forma, no basta con que el sujeto sea un órgano del Estado, sino que el objeto del contrato será necesario para determinar su naturaleza administrativa. Una vez el contrato ha recibido la clasificación de administrativo, este traerá consigo la aplicación de un régimen exorbitante que obedece a la especial finalidad que persigue el contrato de la Administración. La aplicación de este régimen es implícita al contrato administrativo, y se diferencia de las cláusulas exorbitantes debido a que estas últimas dependen de la voluntad de las partes y son pactadas en aquellos contratos cuyo objeto se rige por el derecho privado (Cassagne, 1984).

61. Cuando un contrato recibe la calificación de administrativo, se derivan una serie de consecuencias que afectan a la etapa previa y de ejecución del contrato. De este modo, el derecho aplicable es primordialmente el público, que conlleva un régimen exorbitante que se traduce en una serie de prerrogativas a favor de la Administración, que encuentran su sustento en la especial finalidad que se persigue en este tipo de contratos. Al respecto, no hay libertad de forma para escoger al contratista o para celebrar el contrato; tampoco es posible hablar de una igualdad jurídica entre las partes, ya que la Administración puede imponer multas, modificar o interpretar unilateralmente el contrato, y existe la imposibilidad del contratista de justificar el incumplimiento de sus obligaciones bajo el argumento de que la Administración no ha cumplido con las suyas propias (Gordillo, 1967).

la exclusión parcial de los contratos que se rigen por el derecho privado y el art. 5 del referido decreto, que establece expresamente los contratos excluidos del RCAN.

En todo caso, aun cuando hay contratos celebrados por la Administración que se rigen por el derecho privado, la aplicación iusprivatista no es total, ya que la competencia de los órganos para celebrar el contrato, el procedimiento de selección del contratista, las formalidades de ley y los principios positivizados del derecho administrativo que rigen la función administrativa, deben seguirse por la Administración pública en la etapa previa a la celebración del contrato, de modo que los contratos privados de la Administración también se encuentran sometidos al RCAN. En este sentido, lo único que podría regirse por el derecho privado sería el objeto del contrato, en la etapa de ejecución, pero la etapa precontractual se encuentra reservada al ámbito de competencia del RCAN (Gordillo, 1967: 337-338).

A este respecto, sin importar si se trata de contratos administrativos propiamente dichos, o aquellos que se rigen por el derecho privado, el art. 24 del RCAN dispone como regla general para seleccionar al contratista el procedimiento de licitación pública, cuando lo que prima es el factor económico, o, por otra parte, el concurso público, cuando otros factores resultan más importantes que el valor del bien. En este sentido, el procedimiento de licitación o concurso público ha sido definido como el medio idóneo para ponderar los distintos intereses que confluyen en el proceso de selección, de modo que, por un lado, se satisface el interés público, al obtener la mejor oferta, producto de la concurrencia de distintos postores, y, por otro lado, el interés privado del contratista, al permitir su acceso en igualdad de condiciones bajo un procedimiento que se inició por medio de diversos actos sujetos a control, lo cual evita la arbitrariedad de la Administración.

## **4.2. Medios de control**

### **4.2.1. Control judicial**

El respeto a los derechos subjetivos de los individuos se encuentra reconocido en el art. 14 de la Constitución de la Nación. El mismo texto establece en su art. 18 que corresponde al poder judicial ejercer la tutela a favor de los administrados, cuando estos pretendan el ejercicio y el respeto a sus derechos.

En el mismo sentido, el art. 109 prohíbe que el poder ejecutivo, también entendido como la Administración por activa, tenga a cargo el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

De esta forma, el control de los actos de la Administración recae sobre el poder judicial, más específicamente dentro de los tribunales contencioso-administrativos; denominación que ha sido calificada de superficial, ya que las condiciones y atribuciones de los jueces de esta jurisdicción son las mismas a las que están sometidos los demás jueces que integran el poder judicial de la nación. Así, la organización de los juzgados prevé jueces federales de primera instancia y la Cámara Federal de la Capital, que conoce de las apelaciones (Cassagne, 2016), e, igualmente, el procedimiento aplicable a los procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa es el mismo que se aplica al fuero civil y comercial de la nación, lo que se debe a la falta de un código de procedimiento contencioso-administrativo a nivel nacional, de modo tal que la única diferencia entre los jueces ordinarios y los de los tribunales contencioso-administrativos viene dada por la competencia respecto de la materia.

En Argentina opera un sistema judicialista de jurisdicción única, en donde corresponde al poder judicial controlar todos los actos de la Administración<sup>62</sup>. De esta manera, en su seno, la jurisdicción contencioso-administrativa federal viene dada por dos factores: 1) subjetivo, cuando una de las partes del contrato forma parte de la Administración pública; 2) objetivo, cuando el derecho que rige la controversia es el administrativo<sup>63</sup>. De igual modo, la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo establece como requisito para impugnar cualquier acto emitido por la Administración el agotamiento de la “habilitación de la instancia”, que es un requisito de procedibilidad para acudir a los tribunales contencioso-administrativos<sup>64</sup>; requisito que puede satisfacerse por dos vías, dependiendo la elección de una u otra del objeto sobre el que recae el control, de modo que cuando se atacan omisiones y lo que se preten-

62. El efecto del control consiste en dejar sin efectos un acto administrativo, un contrato administrativo, o en imponer la cesación de un hecho administrativo (Hutchinson, 2010: 155).

63. De lo anterior se desprende que los contratos celebrados por la Administración, cuyo objeto se rige por el derecho privado, no sean competencia de esta jurisdicción, sino de la ordinaria, ya que se guiarán por el régimen civil o comercial (Cassagne, 2016).

64. Anteriormente, el agotamiento de la habilitación de instancia era visto como una prerrogativa a la cual tenía derecho la Administración, razón por la cual los jueces no podían declararla de oficio y tenía que ser la Administración, por vía de excepción, la que reclamara el agotamiento de esta instancia. Esta postura fue modificada por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María”, en donde el alto tribunal consideró que correspondía al juez examinar de oficio el agotamiento de la habilitación de instancia. Esta postura fue posteriormente positivizada en la Ley 25.344, que ha establecido el agotamiento de la vía administrativa como una condición de admisibilidad de la demanda ante el poder judicial (Cordeiro, 2021: 80-83).

de es una obligación de hacer por parte de la Administración, procede la vía reclamativa (por ejemplo, cuando el contratista requiere el reconocimiento de prestaciones contractuales —Cassagne, 2016—), mientras que, cuando lo que se ataca son actos de la Administración, procede la vía impugnativa, caso en el que procederán el reclamo impropio contra actos de carácter general y el recurso jerárquico contra actos de carácter individual.

El recurso jerárquico deberá interponerse dentro de los 15 días hábiles siguientes, contados a partir de la notificación del acto. Su interposición fuera de este plazo hará que el acto quede en firme, lo cual implicará que posteriormente no pueda ser refutado ante el poder judicial<sup>65</sup>. Del mismo modo, la autoridad contra la que se dirija este recurso tendrá un plazo de 30 días para resolver, que, una vez transcurridos, habilitarán al administrado para que solicite el pronto despacho del recurso, el cual ampliará el plazo de la Administración para responder a la solicitud. Si dentro de este plazo de prórroga no es resuelta la solicitud, se entenderá que habrá operado el silencio administrativo negativo.

De este modo, cuando se ha producido el acto ficto o expreso que niega las pretensiones del administrado, este tendrá dos opciones: en primer lugar, recurrir la decisión con los recursos facultativos de reconsideración, revisión o alzada, siempre que reúna los requisitos establecidos por la ley para cada uno de ellos; en segundo lugar, recurrir directamente ante el poder judicial la decisión que niega sus pretensiones.

Una vez habilitada la instancia judicial, y al no haber acciones propias del procedimiento contencioso-administrativo, los actos de la Administración se demandan por medio de la acción ordinaria, lo cual permite solicitar la impugnación de actos de carácter general o particular, o exigir obligacio-

---

65. El principio de tutela judicial efectiva tiene su origen en el derecho español, pero ha sido incorporado al ordenamiento jurídico argentino por medio de la incorporación del tratado del Pacto de San José de Costa Rica, que en razón del inciso 22 del art. 75 de la Constitución de la Nación Argentina, goza de rango constitucional. En relación con los plazos perentorios para interponer los recursos que agotan la vía gubernativa, algún sector de la doctrina ha manifestado que estos son violatorios del principio de tutela judicial efectiva, ya que, una vez caducado el plazo, crean una presunción en menoscabo del administrado, al deducir que no es su intención atacar un acto que le es desfavorable. Asimismo, la interposición de estos recursos dilata de manera amplia el plazo que debe aguardar el administrado para obtener una decisión de fondo, ya que quien revisa el acto recurrido es juez y parte dentro del mismo, y muy difícilmente se obtiene una decisión que modifique de fondo la decisión de la Administración, razón por la cual es dable suponer que de cualquier forma el poder judicial terminará revisando el acto administrativo. A raíz de lo anterior, en aras de lograr una tutela judicial efectiva, un amplio sector de la doctrina aboga por que la vía administrativa no sea un requisito previo para impugnar los actos de la Administración ante los jueces de la nación, o, cuando menos, se tenga una visión menos restrictiva de los plazos para agotar esta vía (Cassagne, 2004: 20-25).

nes de hacer, de abstención o de conducta (Cassagne, 2016). Dentro de este marco, es común encontrar alusiones que equiparan la acción ordinaria con las acciones de plena jurisdicción o de nulidad, lo cual resulta erróneo, porque la normatividad argentina no reconoce tales recursos, y reconocer semejante homologación supondría la aplicación de los principios que rigen la plena jurisdicción y la nulidad de la acción ordinaria, hecho que repercute en la naturaleza del procedimiento y las facultades del juez en la sentencia<sup>66</sup>.

#### 4.2.2. Control externo e interno a la gestión contractual (control no judicial)

La clasificación del control se encuentra determinada por la ubicación del sujeto que realiza el control a la Administración: es externo cuando dicho sujeto se encuentra fuera de la Administración pública (Rabario y Kathrein, 2019: 73), y es interno cuando se encuentra en el seno de la misma.

##### 4.2.2.1. Auditoría General de la Nación (control externo)

El control externo de la Administración corresponde al Congreso de la Nación<sup>67</sup>, labor que desarrolla mediante la Auditoría General de la Nación (en adelante AGN), como órgano independiente encargado de brindar asistencia técnica al Congreso en su labor de control, mediante la expedición de informes de auditoría que recaen sobre aspectos financieros, de legalidad, economía, eficiencia y eficacia de la gestión. En este mecanismo, el control de la AGN recae en la comisión parlamentaria mixta revisora de cuentas, a la cual corresponde aprobar el plan de acción anual propuesto por la AGN<sup>68</sup>. Este plan, entre otros aspectos, debe incluir la definición de auditorías especiales sobre actos y contratos de significación económica,

---

66. En el proceso de plena jurisdicción tanto la Administración como el administrado son parte, y corresponde a ambos impulsar el proceso, presentar pruebas y hechos controvertidos. En este sentido, las facultades para emitir sentencia del juez son bastante amplias, porque las partes han intervenido en el proceso y han ejercido su derecho de defensa. En cambio, en el proceso de nulidad la Administración no es parte, lo que conlleva que el juez impulse de oficio el proceso; asimismo, al no haber suficiente contradicción dentro del proceso, las facultades del juez son bastante limitadas, y se reducen a declarar la adecuación a legalidad del acto, quedando excluida de su competencia la facultad de indemnizar perjuicios (Gordillo, 1967).

67. Art. 85 de la Constitución de la Nación Argentina.

68. Literal A del art. 125 y literal A del art. 129 de la Ley 24156 de 1993.

ya sea por indicación de la propia AGN o de las cámaras del congreso o la comisión revisora de cuentas<sup>69</sup>.

En tal sentido, el actuar de la AGN se sustenta en la cuenta de inversión, que es la rendición de cuentas elevada por la Administración pública ante el Congreso, una vez ha finalizado el ciclo presupuestario. Con base en los informes de Auditoría, que son de obligatoria observancia para el Congreso, este deberá aprobar o rechazar la cuenta de inversión. En caso de aprobación, las cuentas no podrán volver a ser revisadas, salvo por el poder judicial, respecto de actos específicos en los cuales los informes de auditoría observen la comisión de delitos. En caso de rechazo, esta será la base para iniciar un juicio político en contra del presidente (Lamberto, 2017).

#### 4.2.2.2. *Sindicatura General de la Nación (control interno)*

La Sindicatura General de la Nación es un órgano dependiente del poder ejecutivo y es el ente rector del control interno realizado a todas las entidades y jurisdicciones que comprenden el sector público nacional. Este organismo tiene una facultad normativa tendente a regular y coordinar la aplicación de los procesos de auditoría realizados por las unidades de auditoría interna, que se encuentran en el seno de cada entidad del poder ejecutivo; estos procesos recaen sobre aspectos normativos, económicos y de gestión, y por medio de su elaboración se busca lograr el empleo adecuado de los recursos públicos, de manera que se logre un impacto positivo en la consecución de las finalidades que persigue la Administración<sup>70</sup>.

En relación con los procesos de compras públicas, la actuación de la SIGEN abarca toda la etapa precontractual, que inicia con el requerimiento del organismo y su respectiva previsión presupuestaria, y finaliza con el acto de adjudicación de los oferentes o el que declara desierto el proceso de selección. En este sentido, el actuar de esta institución aboga por el respeto de los principios contenidos en el RCAN, destinados a garantizar la libre concurrencia, publicidad, eficiencia y transparencia durante el proceso de selección. Al respecto, cabe precisar que el carácter de este control es eminentemente posterior<sup>71</sup> y preventivo, dado que la producción de informes

69. Art. 116 de la Ley 24156 de 1993.

70. Plan 2010 de la Sindicatura General de la Nación. Disponible en: [http://www.infoleg.gov.ar/basehome/actos\\_gobierno/actosdegobierno22-2-2010-1.htm](http://www.infoleg.gov.ar/basehome/actos_gobierno/actosdegobierno22-2-2010-1.htm).

71. Antes de la expedición de la Ley de Administración Financiera, el control a la Administración tenía un carácter previo o concomitante, y era ejercido por el Tribunal de Cuentas de la Nación. Este órgano tenía la facultad de revisar los actos administrativos que estaban vincula-

sirve de base para que la máxima autoridad del sujeto estatal adecue las actuaciones del ente dentro del marco de la legalidad y la eficiencia (Agustini, 2000), razón por la cual, además de una mera actuación de asesoramiento y de advertencia sobre posibles irregularidades<sup>72</sup>, la SIGEN no posee otras facultades que impliquen mayor intervención en los procesos contractuales (Vique, 2016: 687-689).

#### 4.2.3. Oficina Nacional Anticorrupción

Esta oficina es presidida por un fiscal de control administrativo de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente<sup>73</sup>. Corresponde a esta oficina crear políticas para promover y fortalecer la ética pública<sup>74</sup>, y tiene potestad para investigar y prevenir<sup>75</sup> conductas de corrupción en el seno de toda la Administración pública; con base en los resultados, puede promover acciones judiciales en las que podrá hacer de parte querellante<sup>76</sup>, teniendo facultades para solicitar medios de prueba, acceder al expediente y recurrir las decisiones.

---

dos a la gestión financiera del Estado, de modo que podía decidir la suspensión de sus efectos, sin que sus decisiones fueran vinculantes para la Administración. A consecuencia de ello, la actuación de este tribunal fue seriamente criticada, al considerar que implicaba cogobierno y afectaba seriamente al funcionamiento de la Administración, razón por la cual se adoptó un modelo de control posterior a la gestión pública, que tuviera como criterios guía la economía y la eficiencia de la Administración (Vique, 2016: 684-685).

72. La razón por la cual existen dos órganos en el seno del Estado argentino que se encargan de realizar auditorías consiste en la necesidad de brindar al poder ejecutivo la posibilidad de que advierta las irregularidades que se presentan en su gestión y, por ende, las adecue al marco de legalidad, ante el posterior control externo que se realiza por medio de la AGN.

73. Esto ha generado fuertes críticas, porque el controlado decide quién lo controla, lo cual, a su vez, también ha generado que sea investigada la gestión de Gobiernos anteriores, diferentes de los de turno (Albertsen, 2004: 233-234).

74. El inciso H del art. 2 de la Ley 25188, de la ética en el ejercicio de la función pública, establece pautas de comportamiento para los servidores públicos que intervienen en procesos de contratación estatal.

75. El contrato administrativo es un acto bilateral, motivo por el cual debe cumplir con los requisitos esenciales de todo acto, establecidos en los arts. 7 y 8 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. En este sentido, los contratos administrativos también están sujetos al régimen de invalidez de esta norma, que establece que los actos administrativos que no cumplen con los requisitos esenciales devienen nulos o anulables. La diferencia entre uno u otro radica en que los primeros no son subsanables y los segundos sí. En este sentido, con base en el art. 15 de la citada ley, los actos administrativos que son consecuencia de hechos de corrupción son nulos porque tienen objeto y finalidad ilícita; lo cual permite que puedan ser revocados vía administrativa, sin necesidad de acudir a instancias judiciales, según lo establecido en el art. 10 del Decreto 1023 de 2001 y el art. 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Laurenzano, 2019).

76. Art. 1 del Decreto 102 de 1999.

#### 4.2.4. Entes administrativos con poderes “jurisdiccionales”

En el marco de la presente investigación se había llamado la atención sobre que, si bien en Argentina no hay tribunales especializados en materia de contratación, sí se había presentado una interesante evolución de la clásica prohibición de que la rama ejecutiva pudiera ejercer función jurisdiccional hacia nuevas aperturas a esta temática. Por lo anterior, vale la pena en este espacio retomar esa evolución, que sentará sólidas bases para abrir la discusión sobre la viabilidad normativa de los tribunales especializados de contratación en Argentina.

El debate sobre las potestades jurisdiccionales de la Administración ha sido fruto de la evolución de los órganos reguladores —agencias— de los servicios públicos y de algunos litigios de estos, que han sido el fundamento para plantear el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, y, por contera, pensar a futuro en la idea de un tribunal especializado en contratación.

Es importante precisar brevemente que, antes de la década de los 80, la prestación de servicios públicos en Argentina era ejecutada directamente por el Estado. Esta etapa se caracterizó por la insuficiencia de la actuación de los entes estatales, que condujo a una inadecuada prestación del servicio, y a grandes déficits presupuestarios en la actividad estatal. Como consecuencia, se gestaron una serie de reformas tendentes a liberalizar la economía, de modo que la prestación de los servicios públicos se empezará a regir por las leyes del mercado y la prestación directa de los mismos la realizarán los particulares.

Dentro de este paradigma, el Estado asume un nuevo rol, porque si bien no presta directamente los servicios, sigue siendo el titular de los mismos y corresponde a él garantizar su correcta prestación, de modo que la actividad de control por parte de la Administración supone la nueva forma de lograr esta finalidad. En este sentido, dentro del marco de las liberalizaciones, los entes reguladores adquieren relevancia en la nueva función del Estado, de modo tal que cada una de las leyes reguladoras de los servicios públicos estableció dentro de sí la creación de un nuevo ente regulador.

La función de estos entes se traduce en la potestad de reglamentar las leyes que regulan cada servicio público, así como el control sobre los sujetos a los cuales se ha cedido la ejecución del servicio, mediante la fiscalización y constatación de las obligaciones establecidas<sup>77</sup>, así como la preponderancia

---

77. Esta función de control también se puede exteriorizar mediante la interposición de penalidades, aplicadas por la propia Administración y cuyo sustento se halla en la ley o el contrato.

y el dominio, permitiendo imponer obligaciones de dar o hacer (Cassagne, 2016). Adicionalmente, el marco legal otorga a estos órganos el conocimiento previo y obligatorio de controversias entre los concesionarios y los usuarios, lo cual ha sido catalogado por la normatividad como el ejercicio de funciones jurisdiccionales<sup>78</sup>.

Sobre el particular, vale decir que los entes de control y sus denominadas funciones jurisdiccionales obedecen a la extrapolación al ordenamiento argentino de la institución jurídica de las agencias, presentes en Estados Unidos. Si bien estas instituciones obedecen a un desarrollo propio del derecho estadounidense y se han adecuando a ese ordenamiento jurídico, su extrapolación, así, sin mayores modificaciones, género debates acerca de su adecuación al derecho argentino; especialmente en lo referente a la facultad que tendría la Administración pública para ejercer funciones jurisdiccionales.

En efecto, la doctrina, y especialmente la jurisprudencia argentina, se han encargado de adecuar este modelo de control al sistema constitucional argentino, lo que ha permitido no solo determinar la verdadera naturaleza de los entes de control, sino también la potestad que tendrían tribunales administrativos para ejercer funciones jurisdiccionales.

En primer lugar, es determinante para examinar la cuestión el modelo judicialista de control a la Administración que se ha instaurado en Argentina, que tiene su punto de partida en el art. 14 de la Constitución de la Nación, que consagra el reconocimiento y el respeto de los derechos subjetivos de los habitantes de Argentina. El mismo texto establece, en su art. 18, que corresponde al poder judicial ejercer la tutela a favor de los ciudadanos, cuando estos pretendan el ejercicio y el respeto de sus derechos. Este precepto,

---

78. A modo de ejemplo, art. 66 de la Ley 24076 de 1992, que regula el transporte y la distribución del gas natural: "Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal o, a opción del interesado, ante la Cámara Federal de Apelaciones del lugar donde se preste el servicio sobre el que versare la controversia".

Art. 72 de la Ley 24065 de 1991, que establece el régimen de la energía eléctrica: "Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

examinado conjuntamente con el art. 109 constitucional, que proscribe el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del Presidente de la Nación, trae como resultado que el control a la Administración pública únicamente pueda ser llevado a cabo por el poder judicial.

Sin embargo, cuando se atribuye potestad a los entes reguladores para resolver las controversias que surjan entre los sujetos amparados por la ley que regula el respectivo servicio público, y se otorga a tal decisión la denominación de sentencia de primera instancia, con sus respectivas consecuencias, puede ocurrir que no se dejen otras vías expeditas para acudir ante el poder judicial, o que, permitiéndolas, el control judicial sea insuficiente; en consecuencia, es dable concluir que la actividad de la Administración se manifiesta como el ejercicio de verdaderas funciones jurisdiccionales.

Bajo este planteamiento general, la Corte Suprema de la Nación, mediante el fallo *Fernández Arias vs. Poggio*, analizó la adecuación constitucional de los órganos de índole administrativa dotados de capacidad para aplicar el derecho y resolver conflictos de forma definitiva entre particulares. Sobre ello, la Corte afirmó que el constituyente no pudo prever las complejas dinámicas dentro de las que se iba a desenvolver la Administración; por lo tanto, bajo una interpretación dinámica de la Constitución, la proscripción que impide el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del presidente de la Nación debe ser acotada con base en las nuevas necesidades sociales, que implican la atribución de amplias competencias a órganos del poder ejecutivo del Estado, sin las cuales no sería posible garantizar el orden público (Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *Fernández Arias vs. Poggio*, 1960: considerando 5).

En tal marco, si bien es válida la existencia de estos organismos, sus potestades no son absolutas, ya que se encuentran sometidos a limitaciones de jerarquía constitucional (CSJN. *Fernández Arias vs. Poggio*, 1960: considerando 12), lo cual deriva en el respeto del art. 18 de la ley fundamental, que consagra el derecho que tienen los ciudadanos a acudir ante tribunales judiciales. De esta manera, se satisface el precepto constitucional y la constitucionalidad de estos organismos, cuando se habilita al poder judicial a efectuar un “control amplio y suficiente”, que consiste en otorgar a los ciudadanos los recursos para acudir ante los jueces ordinarios, permitiendo que estos últimos realicen un control sobre los hechos y el derecho aplicados al caso (CSJN. *Fernández Arias vs. Poggio*, 1960: considerandos 13, 14, 17 y 20), que se traduce en la potestad de modificarlos en la decisión final<sup>79</sup>.

---

79. Este fallo supuso un cambio de paradigma si se compara con posturas anteriores adoptadas por la Corte Suprema, de modo que con anterioridad, en el “fallo Adolfo Parry”, se aceptó

En un segundo momento, mediante la sentencia *Litoral Gas S.A. vs. Energas*, la Corte fijó nuevos criterios para conciliar la actuación de estos organismos con la Constitución. De esta manera, al evaluar una decisión del Ente Regulador del Gas, que se pronunciaba sobre los derechos de dominio que tenían los sujetos amparados por dicha ley, se afirmó que no es facultad de este órgano conocer todas las controversias que se susciten entre los sujetos mencionados. A este respecto, la atribución de potestades de resolución de controversias a los entes reguladores debe ser interpretada con un carácter restrictivo, lo que obedece a que la Corte negó el carácter de tribunal administrativo al ENRE, dado que no se satisfacen las garantías formales de independencia y neutralidad<sup>80</sup>, en virtud de la forma en que se nombran y la designación de sus directores (CSJN. *Litoral Gas S.A. vs. Energas*, 1994: considerando 6), que no son elegidos por concurso y son de libre remoción.

En este sentido, el concepto de tribunal administrativo no se encuentra definido en la ley, pero podría decirse que es aquel que cuenta con cierto grado de independencia frente a la Administración central y ejerce exclusivamente funciones similares a las que realizaría un tribunal judicial, de manera que se excluya el ejercicio de otras funciones estatales, relacionadas con la administración activa (Aguilar Valdez, 2004: 22-23). En línea con esta definición, las funciones de decisión y aplicación del derecho de los entes de control se mezclan con algunas funciones de la Administración por activa, lo cual deriva en su falta de parcialidad; esto a su vez impide que estos tribunales tengan una atribución de competencia amplia, o general, ya que su actuación supone una sustracción del ámbito de competencia del juez, que encuentra sustento precisamente en la especialidad del ente, de modo que el carácter de interpretación restrictiva únicamente permita que su potestad recaiga en aquellos asuntos de carácter técnico y especializado y no en los de derecho común.

---

el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración, sin control judicial posterior, siempre que a lo largo del proceso se hayan respetado los derechos y garantías constitucionales. En similar sentido, al analizar el "caso López de Reyes vs. Instituto de Previsión Social", la Corte entendió que no era inconstitucional que la revisión judicial posterior a la decisión jurisdiccional de la Administración únicamente cobijara su adecuación legal, excluyendo la revisión de los hechos (Bianchi, 2005: 62).

80. Si bien durante alguna época se aplicó la teoría de la subsanación por parte de la Corte Suprema, a aquellos procesos administrativos en los que se hubieran negado las garantías del debido proceso, manifestando que esto no era causa de nulidad, ya que en la posterior revisión judicial sí se observan estos principios y por lo tanto se encontraba subsanada la nulidad, lo cierto es que posteriormente la jurisprudencia de la Corte fue unánime al establecer que aun cuando se tratara de instancias administrativas, y con posterioridad se realizara una revisión judicial de la misma, en esas etapas administrativas debían respetarse los principios del debido proceso y el derecho a la defensa, y del tribunal independiente. En este sentido, la negación de la teoría de la subsanación haría suponer que la actuación iniciada por los tribunales administrativos también debe respetar las garantías del debido proceso, o, en otras palabras, el proceso contradictorio (Bosch, 1996).

El fallo de Litoral Gas es el antecedente directo, citado en el fallo Ángel Estrada, en el que la Corte Suprema fija los parámetros definitivos que debe reunir un órgano ubicado en el seno de la Administración para ejercer funciones materialmente jurisdiccionales, sin que en estricto rigor pueda recibir la clasificación de jurisdiccional, porque no tiene vocación de hacer tránsitos a cosa juzgada.

A tal efecto, los criterios establecidos por la Corte Suprema fueron los siguientes:

1. Creación legal del tribunal: debe ser la ley, y no la Administración, la que ordene la creación del tribunal<sup>81</sup>.
2. La independencia e imparcialidad de estos organismos administrativos se debe encontrar garantizada. Al respecto, la Corte de la Nación establece como criterios de independencia el nombramiento por medio de concurso, la estabilidad en el cargo y requisitos especiales de sus miembros, que garanticen la pericia respecto a la materia que compete al tribunal.
3. El objetivo político que perseguía el legislador al crear estos órganos no puede obedecer a motivos caprichosos, sino que, por el contrario, debe recaer sobre finalidades legítimas, que garanticen la función pública.
4. Las decisiones de estos órganos deben estar sujetas a control judicial, lo cual significa que no hacen tránsito a cosa juzgada, sino que serán los tribunales judiciales los que decidan en última instancia, teniendo facultad para realizar un control amplio y suficiente.
5. Únicamente podrán someter a su decisión asuntos que requieran de un carácter técnico y especializado, de manera que se excluye de su potestad cualquier cuestión que se relacione con el derecho común.

---

81. En Argentina ha sido constante la discusión doctrinaria acerca de si corresponde al Congreso o al Ejecutivo la creación de entidades autárquicas. Si bien hay interpretaciones que abogan por cada una de estas posturas, o incluso algunas conciliatorias que otorgan esta facultad a ambos poderes, lo cierto es que no existe claridad doctrinaria sobre el tema. A este respecto, la adopción de una u otra postura tiene consecuencias prácticas relevantes, de modo tal que, si el ente es creado por ley, la Administración central únicamente podrá realizar un control de legalidad, excluyendo el control de oportunidad, mérito y conveniencia, y, asimismo, excluyendo la posibilidad de avocación y del recurso de alzada. Por otro lado, reconocer que el Ejecutivo tiene la facultad de crear estos organismos desvirtúa en ellos la atribución de creación mediante facultades exclusivas del Congreso, lo cual desemboca en la afirmación de que aun los creados por ley pueden ser objeto de control en cuanto a oportunidad, mérito y conveniencia, siendo susceptibles de avocación y recurso de alzada. Sobre el particular, si bien la legislación no es uniforme y permite el recurso de alzada contra las decisiones de algunos entes, y en otros casos las proscribire, lo cierto es que el otorgamiento de facultades exclusivas al Congreso, implantadas en el caso Ángel Estrada, para la creación de estos organismos, limitaría el control del Ejecutivo a los entes sobre meros aspectos de legalidad (Aguilar Valdez, 2004: 13-19).

Lo hasta aquí expuesto son los parámetros que se deducen para la adecuación constitucional de un órgano ubicado en el seno de la Administración que desarrolla, según la denominación dada por el legislador argentino, el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

### 4.3. Conclusiones

1. El Régimen de Contrataciones Administrativas Nacionales es de obligado cumplimiento por parte de la Administración Nacional, los organismos descentralizados y las empresas y sociedades del Estado. En este sentido, debido al modelo federal argentino, cada provincia tiene potestad para dictar su propio régimen de contrataciones.
2. La actuación de la Administración a lo largo de todo el ciclo contractual se encuentra sujeta al control interno, ejercido por parte de la Administración, y el control externo, adjudicado al Congreso de la Nación y a los tribunales judiciales.
3. Todos los actos emitidos a lo largo de la gestión contractual, así como el contrato, tienen naturaleza de acto administrativo. Lo anterior faculta a los ciudadanos, o a los contratistas, para impugnar los actos de la gestión contractual ante los tribunales judiciales.
4. En este sentido, todos los actos, hechos u omisiones de la Administración son susceptibles de ser impugnados por medio de la acción ordinaria civil, que a través de la técnica de la analogía, al no tener un catálogo expreso de pretensiones, faculta al administrado para impugnar actos de carácter general o particular, o exigir a la Administración pública obligaciones de hacer, de abstención o de conducta.
5. La vía administrativa se satisface por medio la vía reclamativa o el recurso jerárquico, dependiendo de la naturaleza del objeto atacado. Una vez agotada esta instancia, a través de la acción ordinaria civil, se faculta al demandante para impugnar actos de carácter general o particular, o exigir a la Administración pública obligaciones de hacer, de abstención o de conducta.
6. De acuerdo con el art. 109 de la Constitución, la potestad jurisdiccional recae de forma exclusiva en el poder judicial de la nación. En consecuencia, la actividad de tribunales administrativos, que se ubiquen en el seno del poder ejecutivo, no podrá enmarcarse en el ejercicio de funciones netamente jurisdiccionales, ya que sus decisiones se encuentran sujetas a un control amplio y suficiente, lo cual desdibuja el carácter definitivo de las mismas.

## 5. Colombia

### 5.1. Aspectos generales

El 28 de octubre de 1993 fue promulgada la Ley 80, por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contrataciones de la Administración Pública, norma que establece en gran medida<sup>82</sup> las reglas y los principios que rigen la contratación de las entidades estatales en Colombia. Su ámbito de aplicación viene dado por el art. 1, que establece un criterio orgánico en razón del cual todos los contratos celebrados por las entidades reciben el carácter de contrato estatal<sup>83</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, algunas entidades se encuentran excluidas de la aplicación del régimen general; ejemplo de ello son las empresas industriales y comerciales del Estado, que para ser competitivas en el desarrollo de su actividad tienen que sujetarse a las normas del derecho civil (las empresas prestadoras de servicios públicos, entre otras —Corte Constitucional de Colombia, 2001—). En todo caso, las entidades exceptuadas no son ajenas a la aplicación de las reglas y los principios de la función fiscal y la función administrativa, según establece el art. 13 de la Ley 1150 de 2007.

En línea con lo expuesto, el art. 13 de la Ley 80 establece lo siguiente: “Los contratos que celebren las Entidades a que se refiere el art. 2º. del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. El anterior precepto puede recibir dos interpretaciones: en primer lugar, es dable entender que el régimen general de los contratos estatales es el civil, o, por otro lado, estimar que las disposiciones contenidas en la Ley 80 son de aplicación primaria, y la legislación civil y la comercial se emplean subsidiariamente en los casos de vacío legal.

A este respecto debe entenderse que la regla general viene dada por el régimen público contenido en la Ley 80, y que las disposiciones civiles y comerciales son de aplicación subsidiaria. De ello se deriva que, a diferencia

---

82. El análisis del numeral 25 del art. 150 por parte de la Corte Constitucional determinó que el constituyente otorgó competencia al legislador para “expedir el Estatuto General de la Administración Pública”, lo cual no implicaba la expedición de un estatuto único de contrataciones general, porque en ese caso la Constitución habría manifestado que “se creará un estatuto único de contrataciones del Estado” (Sentencia de Constitucionalidad 949, de 5 de septiembre de 2001; magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández).

83. El concepto de contrato estatal parte del acuerdo de voluntades entre las partes; mal podría decirse que es un acto administrativo en el estricto sentido de la palabra, porque esta última noción parte de la unilateralidad a través de la cual la Administración impone su voluntad ante un tercero. Por lo tanto, es importante restringir la clasificación del contrato estatal a una especie de acto administrativo en donde el surgimiento de obligación no es impuesto, sino que surge de la voluntad que tiene el contratista de adherirse a las obligaciones que surgen del contrato (Benavides, 2004: 70-71).

de lo que sucede en el régimen civil, no existe libertad de forma para probar la unión de voluntades, ya que el contrato necesariamente debe constar por escrito, así como la observancia de algunas formalidades impuestas por la ley, lo cual implica que la omisión de uno de estos requisitos devenga en la inexistencia del contrato (Expósito Vélez, 2020).

En este sentido, cuando el Estado contrata, en la búsqueda de la materialización de sus fines, no tiene libertad para escoger a su contraparte contractual, sino que, por el contrario, se encuentra bastante limitado por una serie de procedimientos eminentemente reglados, que son de obligatoria observancia en el momento de iniciar el proceso de selección del contratista. A este respecto, el régimen jurídico actual que rige los procesos de selección de contratista se encuentra contenido en la Ley 1150 de 2007, de modo que, por regla general, procederá la licitación pública<sup>84</sup>, y para los otros supuestos determinados por la ley procederá el concurso de méritos<sup>85</sup>, la selección abreviada<sup>86</sup>, la mínima cuantía<sup>87</sup> o la contratación directa<sup>88</sup>.

---

84. Una vez se ha agotado el procedimiento en sus fases de publicidad, reglas de participación y decisión de adjudicación, la entidad estatal debe escoger la oferta que le resulte más favorable. En este sentido, la ley define la licitación pública como “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula una convocatoria pública para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable” (Matallana Camacho, 2019).

85. Esta modalidad está prevista para la selección de consultores o interventores, en asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, gerencia de obra y/o proyectos, así como también los estudios para la ejecución de proyectos de inversión, diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Gobierno de Colombia, 2018).

86. Esta modalidad de selección se subdivide en tres modalidades: (I) Contratación de menor cuantía: procede para la adquisición de bienes o servicios, cuyo valor esté por encima del 10 % de la mínima cuantía y hasta el máximo límite de la menor cuantía. (II) Subasta inversa: procede para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes o de común utilización, es decir, que contienen las mismas especificaciones técnicas, por lo que todos los proponentes ofrecen el producto con las mismas características, y la puja se realiza disminuyendo el precio inicial en un porcentaje previamente establecido en el pliego de condiciones. (III) Acuerdo marco de precios: es la contratación realizada por medio de Colombia Compra Eficiente, con diferentes proponentes que han participado previamente, en la licitación pública impulsada por la misma, para la adquisición de bienes y servicios; las entidades se encontrarán sujetas a este convenio, lo que hace más ágil la contratación, toda vez que ya no es necesario iniciar el proceso licitatorio (*ibidem*).

87. Bajo esta modalidad se encuentran: (I) procesos de mínima cuantía, que es un procedimiento con plazos cortos para escoger al contratista, siempre que el valor de la adquisición de los bienes, obras y/o servicios no exceda el 10 % de la menor cuantía de la entidad estatal; (II) compras en grandes superficies, a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, siempre que la compra no exceda el 10 % de la menor cuantía de la entidad estatal (*ibidem*).

88. “Es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal contrata directamente con una persona natural o jurídica, la prestación de servicios profesionales, la prestación de servicios de apoyo a la gestión o la adquisición de un bien o servicio, que tenga un proveedor exclusivo o por ser titular de los derechos del mismo. Esta modalidad contractual también procederá en

## 5.2. Medios de control de la contratación estatal

### 5.2.1. Control judicial

El acto administrativo es la expresión de la voluntad estatal, y tiene como premisa esencial su sujeción al orden jurídico, lo cual deviene en su presunción de legalidad; presunción que encuentra contrapeso en el control que puede realizar el poder judicial<sup>89</sup>. A tal efecto, el ciclo contractual no es la excepción, y los actos administrativos y el contrato<sup>90</sup> se encuentran sujetos a control por parte del juez contencioso-administrativo. A este respecto, en Colombia, para determinar la naturaleza del contrato y el juez competente, se utiliza, en principio y salvo excepciones, un criterio orgánico, razón por la cual la presencia de una entidad del Estado como parte contractual permite avizorar la existencia de un contrato público<sup>91</sup>; y, *prima facie*, la competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

En este sentido, los medios de control (acciones) varían de acuerdo con la fase contractual, por lo que la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado han distinguido entre actos separables y aquellos expedidos con ocasión de la actividad contractual. La diferencia entre ambos radica en que los primeros se profieren en la etapa precontractual, y gozan de separabilidad frente al contrato<sup>92</sup>, y los segundos se dictan dentro de la operación contractual, es decir, desde el perfeccionamiento del contrato y hasta la liquidación del mismo (Santos Ibarra, 2013: 134-136). La principal consecuencia de esta diferenciación radica en la acción procedente para impugnar cada uno de los actos administrativos que se profieren en una u otra etapa; así, se emplea

---

caso de urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos y convenios interadministrativos. Esta modalidad de selección es independiente de la cuantía del contrato a suscribir" (*ibidem*).

89. De los arts. 236 a 238 de la Constitución Política de Colombia, se infiere que el juez competente para conocer de los actos administrativos es el de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

90. el art. 75 de la Ley 80 de 1993 determinó como juez natural del contrato al de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

91. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera, Subsección A—. Radicación número: 47001-23-31-000-2007-00415-01(41277). 23 de octubre de 2020. Consejero ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez.

92. Después de celebrado el contrato, algunos participantes acudían a la jurisdicción contencioso-administrativa solicitando la nulidad de los actos emitidos en la etapa precontractual, pero hubo múltiples casos en los que fue rechazada la demanda por no haber incluido dentro de las pretensiones la declaratoria de nulidad del contrato. El anterior criterio fue modificado cuando se aplicó la teoría de la separación de los actos por parte del Consejo de Estado. En este sentido, los actos precontractuales no tienen relación con el contrato estatal, y por dicho motivo, al demandarse estos actos, no es necesario solicitar la nulidad del contrato (Matallana Camacho, 2019).

la acción de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho en la etapa precontractual, y la acción de controversias contractuales en la etapa de ejecución del contrato.

En términos generales, la acción (medio de control) de nulidad simple aboga por un control objetivo, de mera legalidad, respecto de los actos emitidos por la Administración. Esta acción puede ser presentada por cualquier ciudadano contra actos de carácter general o de carácter individual, siempre que la decisión no traiga consigo el restablecimiento de un derecho subjetivo a favor del demandante<sup>93</sup>. Por lo tanto, esta acción puede ser presentada por cualquier ciudadano, contra los actos proferidos a lo largo del ciclo contractual. A su vez, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho procede contra actos de carácter general o individual, siempre que el accionante logre acreditar que el acto atacado ha afectado un derecho subjetivo, del cual es titular y que se encuentra legalmente reconocido. Con esta acción no solo se busca la declaratoria de nulidad del acto, sino también el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios.

Por otro lado, las acciones (medios de control) cambian<sup>94</sup> una vez se ha celebrado el contrato estatal, y el mecanismo procesal idóneo para solucionar las controversias que deriven del negocio jurídico estatal será la acción

---

93. Art. 137 de la Ley 1437 de 2011. Este artículo es el resultado de una discusión jurídica que se presentó en la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la procedibilidad de la acción de nulidad simple contra actos administrativos de carácter individual. En este sentido, en una primera etapa, la jurisprudencia fue constante en sostener que el criterio de procedibilidad no venía determinado por la naturaleza del acto demandado, sino por las finalidades que se perseguían con cada acción; por lo tanto, si se buscaba el mero control de legalidad de un acto administrativo, procedía la acción de nulidad, aun cuando el mismo fuese un acto de carácter individual. Esta postura fue modificada con posterioridad, por el propio Consejo de Estado, bajo el supuesto de que únicamente se podría invocar una acción de nulidad simple contra un acto administrativo de carácter individual cuando este afectase gravemente el orden público. No obstante, esta posición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, bajo el argumento de que limitaba gravemente el acceso a la justicia. En razón de esto, el Tribunal Constitucional determinó que esta acción, de nulidad simple, procedía contra actos de contenido individual, siempre que no se buscara el restablecimiento de un derecho por parte del accionante. Este criterio, explicado con anterioridad, fue el acogido por la Ley 1437 de 2011, en su art. 137 (Navarro y Madrigal, 2010: 5-11).

94. En el sistema de derecho público francés, la pretensión de plena jurisdicción tiene un carácter general respecto a la reparación de perjuicios; en cambio, en Colombia, con la expedición del Decreto 01 de 1984, se crearon varias acciones indemnizatorias, y cada cual responde al carácter de la pretensión. De este modo, surgieron las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, con la finalidad de reparar daños que tienen como causa la ilegalidad del acto administrativo, así como la acción de reclamación directa, que pretende la reparación de un daño antijurídico causado por la acción u omisión de los agentes del Estado, y la acción de controversias contractuales, cuya finalidad es atacar los actos derivados del contrato que hayan generado perjuicios (Matallana Camacho, 2019).

(medio de control) de controversias contractuales<sup>95</sup>. De esta manera, dicha acción es la idónea para impugnar las actuaciones proferidas durante la ejecución y liquidación del contrato<sup>96</sup>. El plazo para su interposición es de dos años, y es necesario agotar la conciliación, como requisito previo de procedibilidad para su interposición.

Por último, debe destacarse que con fundamento en la acción popular (medio de control para la defensa de los derechos colectivos), como acción colectiva regulada por la Ley 472 de 1998, es posible que cualquier ciudadano en representación de la colectividad formule demanda para la protección de los derechos a la moralidad administrativa, patrimonio público, medio ambiente, entre otros, que puedan verse afectados con ocasión del contrato estatal; teniendo como límite el juez popular el hecho de que no puede pronunciarse sobre la validez del contrato, pero sí adoptar medidas preventivas y decisiones para la salvaguarda del derecho colectivo.

### 5.2.2. Arbitraje

El arbitraje es una figura que cuenta con amparo constitucional, por medio de la cual personas plenamente capaces sustraen de la justicia ordinaria el conocimiento de una materia susceptible de transacción para que particulares, revestidos de funciones jurisdiccionales, den solución pronta a una controversia (Bejarano Guzmán, 2017). En este sentido, entre las varias clasificaciones que existen sobre el arbitraje, se encuentra aquella que obedece a la calidad de las partes que intervienen en el proceso arbitral, de modo que, cuando una entidad del Estado es parte, el arbitraje recibe la denominación de arbitraje estatal. Esta clasificación no solo tiene efectos semánticos, sino también jurídicos, ya que el arbitraje en el cual es parte una entidad del Estado solamente podrá ser decidido en derecho y bajo las reglas procesales establecidas en la ley (León Gil, 2018: 30-34). De esta manera, la ley ha facultado al Estado para que someta sus controversias contractuales a arbitraje, estando sujeto a las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales el mismo no puede ser permanente, y solo procede en asuntos de carácter transigible.

95. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Radicado n.º 76001-23-31-000-2012-00171-01. Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales.

96. Mediante la acción de controversias contractuales, cuando se pretende la declaratoria de ilegalidad de un acto previo a la celebración del contrato, esta petición debe ir fundamentada no solo en la ilegalidad del acto precontractual, sino también en la nulidad absoluta del contrato; es decir, la primera será accesoria de la segunda (Cúechá Medina, 2008).

Sobre el carácter transigible de los actos administrativos, es dable suponer que el Estado, en el ejercicio de sus funciones, se ha sujetado al marco legal. La obligación de respeto hacia la ley por parte de la Administración pública se traduce en la presunción de legalidad de los actos emanados por ella; presunción que en principio solo puede ser desvirtuada por la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que la Constitución ha asignado el control de la actividad de la Administración. De esta manera, otorgar de manera general el estudio de legalidad de los actos administrativos a los árbitros en Colombia no ha sido una tarea fácil, y existen opiniones diversas en la jurisprudencia y en la doctrina<sup>97</sup>.

A modo de ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que los árbitros no son competentes para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Administración hace uso de facultades exorbitantes a lo largo de la ejecución del contrato. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma de estas facultades, que tienen como finalidad la satisfacción del orden público<sup>98</sup>.

En sentido opuesto, el Consejo de Estado ha permitido que los tribunales arbitrales declaren la ilegalidad de los actos administrativos que imponen multas a contratistas, bajo el entendido de que estos actos son transigibles porque su expedición no constituye el uso de una facultad excepcional del Estado, y por lo tanto no se tiene como finalidad la satisfacción del interés general. Es decir, para el Consejo de Estado solamente estará proscrito el sometimiento a arbitraje de aquellos actos en los cuales la Administración haga uso de facultades exorbitantes, porque en ellos está en juego el interés público.

Finalmente, dejando de lado la discusión anterior, es importante dejar por sentado que el arbitraje estatal es ampliamente difundido en Colombia en asuntos donde la controversia contractual gira en torno a las vicisitudes en la ejecución del contrato estatal.

---

97. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad 1436 de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

98. En esta misma decisión la Corte Constitucional autorizó a los árbitros para pronunciarse sobre los efectos económicos que tuvieran como causa directa el ejercicio de facultades excepcionales, haciendo énfasis en que la legalidad de estas decisiones solo es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad 1436 de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra).

### 5.3. Control por órganos autónomos e independientes

En Colombia, los órganos autónomos e independientes tienen origen constitucional y no se encuentran circunscritos a ninguna de las tres ramas del poder público, lo cual permite que cuenten con un alto grado de autonomía en el ejercicio de sus funciones, al no encontrarse sujetos a las orientaciones de ninguno de los poderes del Estado, en especial, del ejecutivo, justamente sobre el que ejercen su actividad de limitación por excelencia. En este sentido, pueden ser considerados como autoridades administrativas verdaderamente independientes, aspecto que se refuerza en su designación —en la cual participa el Congreso de la República— y la selección de los candidatos provenientes de diferentes autoridades.

Por otra parte, dicha independencia solo podrá ser ejercida dentro del marco legal determinado por el constituyente y el legislador<sup>99</sup>—que incluye algunos poderes reglamentarios— y que los reduce a una estricta actividad de limitación de diferente tipo —fiscal, disciplinario, contable, de gestión y resultados— que no tiene en principio un carácter jurisdiccional, por lo que se tilda como típicamente administrativa, siendo justiciable ante el juez contencioso-administrativo.

En este sentido, si bien en Colombia se han distinguido varias entidades de control, a efectos de este estudio y, sobre todo, por su impacto en la actividad contractual de la Administración, se hará referencia a los órganos de control constitucionalmente previstos por la Constitución de 1991, esto es: la Contraloría General de la República, que tiene a su cargo el control sobre la gestión fiscal y de resultados de las entidades del Estado, comprendiendo desde esa perspectiva la actividad precontractual, contractual y poscontractual; y el Ministerio Público, dentro del cual está ubicada la Procuraduría General de la Nación, en virtud del control disciplinario de los funcionarios gestores del ciclo de contratación y la vigilancia preventiva de la función pública en la identificación de fallas en la gestión también fruto de la actividad contractual del Estado.

---

99. Esta decisión es fruto del análisis de inconstitucionalidad de la Ley 573 de 2000, “por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias”. El demandante argumentó que no era competencia del Congreso de la República determinar la planta de personal o supresión o fusión de empleos de los organismos autónomos, y, por lo tanto, no era dable delegar transitoriamente en el Presidente de la República la potestad legislativa para regular la materia, ya que esta no era competencia del Congreso. Sentencia de Constitucionalidad 401 de 2001. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

### 5.3.1. Contraloría General de la República: control fiscal

El control fiscal a la gestión financiera y patrimonial que se efectúa sobre los servidores públicos que manejan recursos del Estado, se encuentra regulado por la Ley 610 de 2000 y sus reformas, que establecen el trámite de las auditorías, los procesos de responsabilidad fiscal y los informes de gestión, entre otros; dentro de este panorama, la Contraloría General de la República, como máxima autoridad del control fiscal, tiene el deber de advertir los riesgos de la gestión pública, declarar la responsabilidad, y buscar el restablecimiento patrimonial de los presuntos responsables de afectaciones al patrimonio del Estado; haciendo la salvedad de que, con posterioridad, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo pueda hacer un análisis de legalidad de las decisiones fruto del control fiscal<sup>100</sup>.

En este sentido, el control fiscal es una actividad ejercida por las contralorías (nivel nacional y territorial) y recae sobre la gestión fiscal ejercida por la Administración pública o los particulares que administran bienes públicos. A tal efecto, la función fiscalizadora de las contralorías se puede realizar de forma posterior a la ejecución del contrato, aunque en algunos casos pueda ser concomitante a la celebración y ejecución del mismo. Este control consiste en una comparación en la cual se observan las actividades que han modificado la situación financiera de la entidad y las normas que regulan estas actividades<sup>101</sup>, sobre todo aquellas que se presentan en las siguientes etapas de la relación contractual (Rodríguez R., 2017: 292): 1) control posterior del contrato, una vez se han agotado los trámites administrativos de legalización; 2) verificación contable y de legalidad de los pagos realizados con ocasión del contrato; 3) una vez liquidado el contrato, control financiero, de gestión y de

---

100. La Ley 2080 de 2021, en su art. 23, introdujo un "control automático de legalidad" que estableció que la decisión que declara la responsabilidad fiscal tendría un control automático por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Corte Constitucional declaró inexecutable la norma, ya que este control automático afectaba el derecho de defensa del agraviado, pues no le permitía solicitar nuevas pruebas en el proceso o agregar otras pretensiones por medio de la demanda, y en este sentido la decisión de la Contraloría sería asimilable a una sentencia de primera instancia. Así pues, aunque no proceda el control automático de legalidad, la Corte recordó que se ha otorgado a la jurisdicción contencioso-administrativa la facultad para juzgar los actos de la Administración. En el caso de la responsabilidad fiscal, la sanción se interpone por medio de un acto administrativo, lo que permite que el sancionado acuda a esta jurisdicción mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (Sentencia de Constitucionalidad 090 de 2022. Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo).

101. Sobre este punto, algún sector de la doctrina sostiene que el análisis de legalidad del contrato no corresponde a las contralorías, sino al juez natural del contrato, es decir, el juez administrativo; no obstante lo anterior, en la práctica es frecuente observar que estos órganos de control se atribuyen dicha función, y en ocasiones sustentan fallos de responsabilidad fiscal habiendo declarado ellos mismos la nulidad del contrato, sin que haya mediado pronunciamiento del juez administrativo (Dávila Vinuesa, 2016: 783-789).

resultados; 4) por último, las autoridades fiscales pueden exigir informes sobre la gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden.

Asimismo, el control fiscal recae sobre las siguientes cuestiones: 1) control financiero, consistente en una auditoría para establecer si los estados financieros de una entidad son acordes a sus actuaciones financieras; 2) control de legalidad, que consiste en verificar que las operaciones financieras, técnicas y administrativas se han realizado con base en las normas aplicables, lo cual no se puede confundir con una función de control de legalidad del contrato, ya que esta solo corresponde al juez administrativo; 3) control de gestión, el cual se satisface cuando hay eficiencia y eficacia en el manejo de los recursos; 4) control de resultados, que equivale a observar las metas perseguidas por la Administración, y los resultados obtenidos; 5) revisión de cuentas, que es el estudio técnico de los documentos que soportan las operaciones realizadas por quienes realizan gestión fiscal.

Con base en los anteriores puntos, las contralorías determinarán si se produjo un daño patrimonial al Estado, en cuyo caso tendrán la titularidad de la acción fiscal para perseguir a los presuntos responsables fiscales<sup>102</sup>.

Por último, resulta importante hacer énfasis en el carácter notablemente posterior del control fiscal, lo cual no impide que también pueda ser preventivo y concomitante<sup>103</sup>. Sobre este tema, el Acto Legislativo 4 de 2019, que reforma el Régimen de Control Fiscal, incluyó a cargo de la Contraloría

102. Según el art. 5 de la Ley 610 de 2000, los elementos de la responsabilidad fiscal son los siguientes: (I) daño patrimonial al Estado, (II) conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, y (III) nexo de causalidad entre los dos anteriores.

103. Sobre este punto, es importante mencionar que, con anterioridad al Acto Legislativo 4 de 2019, la Corte Constitucional de Colombia, por medio de Sentencia C-103 de 2015, realizó un análisis de constitucionalidad al “control de advertencia” que, en la práctica, constituyó un control previo por parte de las contralorías a la gestión contractual de las entidades. Sobre el particular, la Corte declaró la inexecutable de la disposición, con fundamento en el siguiente análisis: “La Sala concluye que la función de advertencia que dicha norma atribuye a la Contraloría General de la República, si bien apunta al logro de objetivos constitucionalmente legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal encomendada a esta entidad, desconoce el marco de actuación trazado en el artículo 267 de la Constitución, el cual encuentra dos límites claros en (i) el carácter posterior y no previo que debe tener la labor fiscalizadora de la Contraloría y, de otro lado, (ii) en la prohibición de que sus actuaciones supongan una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control. Finalmente, tal mecanismo encuentra un adecuado complemento en los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, a través de las facultades atribuidas a las Superintendencias, puede implementar respecto de aquellas actividades sometidas a inspección, vigilancia y control. [...] Finalmente, tal mecanismo encuentra un adecuado complemento en los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, a través de las facultades atribuidas a las Superintendencias, puede implementar respecto de aquellas actividades sometidas a inspección, vigilancia y control”.

General de la República la posibilidad de ejercer el control concomitante o preventivo, que debe reunir las siguientes características<sup>104</sup> para ser acorde a la Constitución colombiana: 1) ser excepcional; 2) no constituir un prejujuicio al actuar de la Administración, sino buscar advertir los riesgos que podrían materializarse en un daño; 3) no suponer coadministración, realizándose de manera concomitante al actuar de la entidad y no teniendo carácter vinculante.

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-140 de 2020, realizó el análisis de una demanda de inconstitucionalidad, en la cual se manifestaba que el control previo suponía una sustitución de la Constitución, dado que, a ojos del demandante, modificaba dos pilares básicos de la Constitución Política: 1) el carácter posterior de la revisión fiscal, y 2) los rasgos esenciales del principio de separación de poderes.

A este respecto, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, manifestando que el control fiscal posterior no constituye un “eje identitario de la Carta Política”, lo cual significa que el carácter ulterior del control fiscal podría estar sujeto a modificaciones. Además, la Corte puntualizó que el principio de separación de poderes en Colombia no tiene un carácter absoluto, sino que, por el contrario, es necesario que entre las ramas del poder exista una colaboración armónica, lo cual se puede traducir en mecanismos de pesos y contrapesos, que serán válidos siempre que no impliquen una pérdida de autonomía sustancial de alguno de los órganos del Estado; por lo tanto, al ser excepcional y no vinculante, el control previo no se traduce en una afectación de este principio<sup>105</sup>.

---

104. Esta disposición debe ir de la mano del art. 2 del Decreto-ley 403 de 2020, por medio del cual se define la función preventiva y concomitante de la Contraloría: “[...] es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos [...] Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas [...]” A su vez, el literal n) del art. 3 de este decreto sostiene que “en virtud del principio de oportunidad las acciones de vigilancia y control fiscal, preventivas o posteriores se llevan a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido, esto es, cuando contribuyan a la defensa y protección del patrimonio público, al fortalecimiento del control social sobre el uso de los recursos y a la generación de efectos disuasivos frente a las malas prácticas de gestión fiscal”. Asimismo, la vigilancia y control fiscal comprenderá todas las actividades del respectivo sujeto de control desde una perspectiva macro y micro, sin perjuicio de la selectividad, con el fin de evaluar de manera cabal y completa los planes, programas, proyectos, procesos y operaciones materia de examen y los beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, los planes y sus metas cualitativas y cuantitativas, y su vinculación con políticas gubernamentales.

105. A este respecto, algún sector de la doctrina critica el poco margen de maniobra que tienen los entes de control en la etapa previa y de ejecución del contrato, lo cual, en muchos casos, facilita que se consumen afectaciones al patrimonio del Estado, lo cual daría al control fiscal un carácter reactivo y no preventivo; motivo por el que algunos restan importancia a la eficacia de este control (Benavides *et al.*, 2016).

### 5.3.2. Procuraduría General de la Nación: control disciplinario

La ley disciplinaria puede ser ejercida en dos escenarios: uno interno, por parte de las oficinas de control interno disciplinario de las entidades; y otro externo, llevado a cabo por el Ministerio Público, concretamente mediante la Procuraduría General de la Nación<sup>106</sup>. En este sentido, el régimen disciplinario es una manifestación del *ius puniendi* que recae en el Estado, cuyo objetivo consiste en lograr el cumplimiento de los fines y funciones encomendados a la Administración, a través de la verificación de las conductas de los servidores públicos en el ejercicio de la gestión pública (Silva Tenorio, 2019: 96-98). Así, el cumplimiento del marco legal por parte del servidor público es la forma idónea de garantizar el correcto funcionamiento del Estado y, por consiguiente, la materialización de las finalidades constitucionales que guían la actuación de la Administración; caso contrario, la justificación necesaria para las sanciones y los correctivos del caso al servidor público previamente establecidos en la ley.

De esta manera, el servidor público se convierte en objeto de estudio del derecho disciplinario<sup>107</sup>, el cual, a su vez, constituye un medio idóneo para garantizar el cumplimiento de las funciones de las entidades públicas, de tal manera que la estructura y la composición de este régimen vienen dadas por aquellos preceptos que pretenden prevenir —o en su defecto corregir— las conductas que afectan la función pública.

En el marco de lo anterior, la Ley 1952 de 2019 contiene el marco legal vigente en relación con la potestad disciplinaria del Estado. En este sentido, el art. 54 de la referida ley establece las faltas relacionadas con la contratación pública<sup>108</sup>; lo anterior encuentra sustento en la importancia que denota el contrato público, como mecanismo por medio del cual el Estado logra sus

---

106. Este supuesto se materializa a través del ejercicio del poder preferente que tiene la Procuraduría General de la Nación y que tiene por objeto hacer efectiva la competencia constitucional prevalente asignada a esta para impulsar la acción disciplinaria y garantizar la efectividad y eficacia de dicha potestad, de manera coordinada con las demás autoridades habilitadas para su ejercicio (Resolución 456 de 2017, Procuraduría General de la Nación).

107. El concepto de relaciones generales de sujeción y relaciones especiales de sujeción resulta determinante en la aplicación del derecho disciplinario. De esta forma, hay normas de carácter general que deben ser observadas por la generalidad, y normas especiales, que únicamente vinculan a sujetos determinados, que cuentan con características específicas. En el derecho disciplinario la aplicación de esta concepción trae consigo que únicamente quienes tengan el carácter de servidor público, o de persona que realiza funciones públicas, puedan ser sujetos a la ley disciplinaria (Ossa Aya, 2016: 31-39).

108. Art. 54 de la Ley 1952 de 2019. Faltas relacionadas con la contratación pública:

1. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

fin. En este sentido, una de las faltas establecidas por el Código disciplinario hace referencia a la aplicación de la urgencia manifiesta.

### 5.3.3. De la urgencia manifiesta contractual y el control

En consideración a este punto, es importante recordar que el proceso de licitación pública constituye la regla general para celebrar el contrato estatal, y la urgencia manifiesta es una de sus excepciones<sup>109</sup>. En este supuesto

---

2. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

3. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

4. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la Ley para ello.

5. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causas previstas en la ley.

6. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

7. Omitir, el supervisor o el interventor, el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento”.

109. Los arts. 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 regulan la urgencia manifiesta de la siguiente forma: “Artículo 42.- [...] Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos. La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado.

[...]

Artículo 43.- [...] Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta. Lo previsto en este artículo

existe una colisión de derechos, porque la licitación permite la libre concurrencia pública en igualdad de condiciones y, por otro lado, la declaración de la urgencia manifiesta permite la satisfacción del orden público, al ser uno de los supuestos a través de los cuales se puede realizar la contratación directa en casos apremiantes que requieren una actuación inmediata so pena de que el interés público se puede ver afectado. Por ende, la Administración tiene la facultad de contratar obras o servicios, sin ni siquiera mediar contrato por escrito, para subsanar la situación que afecta el interés general; por lo tanto, el análisis de validez de la procedencia de la urgencia manifiesta consiste en preguntarse si, en caso de haberse realizado la licitación pública, el interés general o el orden público se habrían podido ver garantizados. Si la respuesta es afirmativa, la declaratoria de urgencia manifiesta no era procedente (Dávila Vinueza, 2016: 509).

Debido a lo anterior, el acto administrativo que declara la urgencia manifiesta debe estar motivado, narrando los hechos que dieron lugar a esta situación, y los objetivos que persigue la Administración para subsanarla. El análisis de la validez de estos actos se determinará cuando se logre probar que los contratos celebrados durante la urgencia manifiesta tienen un nexo causal directo con los propósitos que persigue la Administración y si estos, a su vez, son idóneos para solucionar la situación que ha dado lugar a la situación de emergencia.

Por las razones antes mencionadas, se establece un control automático y posterior del órgano encargado de realizar el control fiscal, tendente a evitar abusos por parte de las entidades en el acto de declaración de urgencia manifiesta. A tal efecto, la entidad deberá remitir las pruebas que tengan para justificar la procedencia de esta figura, y el órgano de control fiscal, es decir, la Contraloría, deberá pronunciarse sobre la declaratoria de urgencia dentro de los dos meses siguientes a los hechos que determinaron tal declaración. En este sentido, cuando se establezca que no existió justificación para la declaratoria de urgencia manifiesta, el órgano de control fiscal solicitará al jefe inmediato de quien celebró los contratos, o a la autoridad competente, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria<sup>110</sup>.

Este análisis no consiste en un estudio de legalidad de los contratos, sino simplemente en examinar la veracidad de los hechos alegados y determinar si estos efectivamente constituían una urgencia, so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria, razón por la cual el control de urgencia manifiesta

---

lo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia”.

110. Art. 43 de la Ley 80 de 1993. Asimismo, el numeral 5 del art. 54 de la Ley 1952 de 2019 establece como falta gravísima la declaración de urgencia manifiesta, cuando esta no era procedente.

podría resumirse como “un control de hechos y circunstancias que en caso de no cumplirse, traen consecuencias disciplinarias” (Dávila Vinuesa, 2016: 514).

#### 5.3.4. Veedurías ciudadanas

La Constitución Política de 1991 concede a los ciudadanos el derecho a participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político, entre otras opciones, mediante la participación, la interposición de las acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, lo cual pretende complementar los espacios representativos con otros participativos, con la intención de que la ciudadanía intervenga de manera directa en las decisiones que la afectan.

En este sentido, el art. 66 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos que celebre la Administración se encontrarán sujetos a la vigilancia ciudadana, para lo cual el Gobierno nacional y las entidades territoriales establecerán mecanismos, como la publicidad y la transparencia, que faciliten e incentiven el control comunitario sobre la actividad contractual del Estado; en el marco de lo anterior, la figura de las veedurías cobra especial importancia.

Las veedurías son un mecanismo democrático de participación, y surgen cuando la comunidad ha identificado la necesidad de hacer seguimiento a alguna actividad pública (política pública-contrato) en la cual hay de por medio necesidades colectivas y el uso de recursos públicos. Una vez identificado el objeto sujeto de control, la comunidad afectada deberá hacer una convocatoria en la cual se postulen quienes pretendan ejercer la veeduría, y, bajo un procedimiento democrático, se determinará quiénes serán los veedores. Véanse la Ley 803 de 2003 y la Ley estatutaria 1757 de 2015, que también desarrolla el control social.

El acta de constitución de la veeduría deberá además incluir el objeto sujeto a control, en el cual se menciona de forma precisa la entidad u obra objeto de vigilancia, así como el tiempo de duración de la veeduría, ya que esta no puede ser ilimitada o indeterminada. El acta deberá inscribirse ante la Personería o la Cámara de Comercio del lugar en el cual se vaya a ejercer la función de control, y, con ello, la veeduría ya se encontrará registrada. En este punto, surgen una serie de derechos y de deberes. De modo general, las veedurías tienen derecho a conocer los proyectos, programas o políticas de la Administración; tienen derecho a solicitar mecanismos correctivos y sancionadores, por conductas que afecten a la comunidad; y tienen derecho a obtener información acerca de la gestión fiscal.

Entre los deberes que recaen sobre las veedurías destacan la obligación de informar a las autoridades cuando en el ejercicio de sus funciones hayan observado irregularidades en el desarrollo de la función pública; inscribir el acta de creación ante la Personería o la Cámara de comercio; informar a las autoridades sobre el origen de sus recursos; aceptar las solicitudes o recomendaciones sobre el ejercicio de sus funciones que haga la comunidad; presentar informes públicos sobre los avances de su gestión; definir su reglamento de funcionamiento, y respetar el régimen de impedimentos y prohibiciones señalado por la ley.

Sobre este último aspecto, no podrán ser veedores los contratistas, interventores, proveedores o trabajadores que formen parte de la obra que vaya a ser objeto de control; o quien en el año inmediatamente anterior a la constitución de la veeduría haya formado parte del objeto sujeto a vigilancia. En el mismo sentido, los ediles, concejales, diputados o congresistas no podrán ser, en ninguna circunstancia, ediles.

Asimismo, la función de estos mecanismos de participación democrática se ve complementada por la red de veedurías ciudadanas y la red de apoyo a las veedurías ciudadanas. El primero es un mecanismo mediante el cual varias veedurías del nivel municipal, departamental o regional establecen canales de comunicación para compartir experiencias y establecer acuerdos de cooperación sobre procedimientos y parámetros de acción. El segundo está compuesto por un conjunto de entidades del Estado, que dispone de asesoría legal y técnica, que se traduce en “el diseño de metodologías evaluativas de dicha gestión, el suministro de información sobre los planes, programas, proyectos y recursos institucionales de la Administración Pública, la capacitación, el impulso a la conformación de veedurías ciudadanas y sus redes y la evaluación de los logros alcanzados por éstas”.

#### 5.4. Conclusiones

1. El régimen de los contratos celebrados por el Estado colombiano se encuentra consagrado en el estatuto general de contratación —Ley 80 de 1993— y en múltiples regímenes especiales, principalmente fundamentados en el derecho privado; de ahí que el contrato estatal tenga varios regímenes así como jueces competentes y mecanismos de control judicial.
2. La jurisdicción contencioso-administrativa realiza el control de legalidad de los actos emitidos en la etapa precontractual a través de los medios de control de nulidad simple y nulidad con resta-

blecimiento del derecho. Una vez celebrado el contrato, el medio idóneo para impugnar los actos será la acción de controversias contractuales.

3. El Estado está facultado para suscribir cláusulas compromisorias para someter al conocimiento de los árbitros todos los conflictos que surjan a lo largo del ciclo contractual. No obstante, esta facultad encuentra su límite en la disposición que pueden hacer las partes sobre temas tocantes al orden público, caso en el cual la única competente será la jurisdicción contencioso-administrativa.
4. Los servidores públicos se encontrarán sujetos al control fiscal y disciplinario, el cual es impulsado por órganos que no se encuentran adscritos a ninguno de los tres poderes del Estado, pero que aun así encuentran limitada su función al respeto de la Constitución y la ley.
5. Otro medio de control lo constituyen las veedurías, que pretenden fortalecer la participación en la vigilancia y el control de la gestión pública por parte de los ciudadanos como derivación de sus derechos políticos. Estos mecanismos de participación son constituidos por la propia comunidad para realizar un control a actividades específicas en las cuales hay de por medio recursos públicos. De esta manera, corresponde a los veedores vigilar la gestión fiscal de los funcionarios públicos y denunciar ante las autoridades cualquier anomalía que observen en el ejercicio de sus funciones.

### **5.5. Propuesta de Tribunal Especial de Contratación para Colombia en materia precontractual**

La vía gubernativa o administrativa es un requisito procesal que brinda a la Administración la oportunidad de revisar sus decisiones, de tal manera que pueda modificarlas, revocarlas o aclararlas, antes de que sean revisadas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo<sup>111</sup>. En este sentido, la vía gubernativa constituye una prerrogativa en favor de la Administración pública y una garantía para el ciudadano, que por medio del análisis de la adecuación de legalidad de sus actos propende a evitar posibles detrimentos patrimoniales, que podrían ser consecuencia de la toma de decisiones no acordes con el ordenamiento vigente.

Con relación a lo anterior, la vía administrativa es un medio de control vertical a los actos emanados por una autoridad administrativa; es decir, a diferencia del control horizontal, que es realizado por otro de los poderes del Estado, el

---

111. Consejo de Estado. Sentencia 21971. 15 de agosto de 2018. Magistrada ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto.

control vertical se refiere a aquel realizado por una misma entidad o institución decisoria en un nivel superior, que controla las decisiones adoptadas por un funcionario de inferior jerarquía (Santofimio Gamboa, 2003: 284-286).

En este marco, al ser el organizador del gasto a fines contractuales la máxima autoridad administrativa en el seno de la entidad, y ser el responsable de impulsar el proceso previo a la celebración del contrato y la ejecución del mismo, los actos administrativos de carácter individual que se expidan a lo largo del ciclo contractual no pueden agotar la vía gubernativa por ser expedidos por la máxima instancia administrativa, y, por consiguiente, será la instancia judicial la encargada de resolver de manera directa los mismos. En síntesis, en sede administrativa no hay forma de revisar los actos precontractuales o contractuales, que en caso de yerro o error podrían corregirse por otro mecanismo distinto de la propia voluntad del poder decisorio.

Sobre el particular, cabe destacar de manera sucinta que el control judicial no es del todo efectivo, porque la presunción de legalidad de los actos previos permite que se inicie la ejecución del contrato, aun cuando sobre ellos recaigan acciones tendentes a impugnar su presunción de legalidad. De lo anterior deriva que en algunos casos la declaratoria de nulidad de los actos precontractuales se produzca años después de haber finalizado la ejecución del contrato<sup>112</sup>.

A este respecto, surge con argumentos sólidos la propuesta de la instauración o creación de un órgano en el seno de la rama ejecutiva del poder público, que esté dotado de un carácter técnico y especializado, el cual podría dotar de efectividad una vía administrativa o gubernativa respecto a los actos precontractuales, ya que puede suponer una oportunidad para que la Administración revise de forma expedita las decisiones adoptadas por ella misma y de esta manera evite, entre otras, afectaciones patrimoniales, o situaciones que favorezcan la consolidación de actos ilegales que

---

112. Aun cuando el ordenamiento colombiano establece plazos bastante reducidos para que el juez se pronuncie sobre la solicitud de medidas cautelares tendentes a la suspensión provisional del contrato, o la suspensión del procedimiento de selección de contratista, en la práctica el plazo real para aceptar la demanda es de unos cuantos meses, y, por lo tanto, en el momento en el cual se adopta la decisión el contrato ya ha sido ejecutado o está en fase de ejecución. En este último supuesto, la seguridad jurídica puede tener mayor preponderancia frente al principio de legalidad, ya que con la ejecución del contrato está en juego la satisfacción del interés público, motivo por el cual, en algunos casos, el juez puede no destruir la relación contractual, pese a su nulidad, a efectos de dar prevalencia al interés público; o en aquellos casos en los cuales declare su nulidad, y al tratarse de un negocio jurídico de tracto sucesivo, deberá la Administración reconocer lo hasta ahora ejecutado por el contratista, lo cual supondría la consolidación de situaciones jurídicas ilegales (Benavides, 2019: 501-503).

puedan llegar a afectar el interés público protegido con la contratación, o, en definitiva, la tutela efectiva del ciudadano, toda vez que el recurso en vía administrativa sería revisado por el mismo ente que emitió la decisión, y, por ende, la decisión es confirmada.

En este sentido, tanto el principio de tutela judicial efectiva como la prerrogativa que tendría la Administración para revisar sus propias decisiones podrían verse aliviados si se dota al órgano encargado de conocer de los recursos administrativos de un carácter independiente, de modo tal que el que toma la decisión no sea el encargado de resolverla, en términos más eficientes, compatibles con el proceso de contratación y el inicio de la ejecución contractual.

De esta forma, la creación de un órgano con carácter independiente, sumada a su carácter especializado y técnico, justifica la instauración de la vía gubernativa —administrativa— como un trámite obligatorio antes de acceder a tribunales judiciales, y ello por tres razones: 1) se garantiza la prerrogativa en favor de la Administración, para que esta revise sus propias decisiones, en el trámite precontractual, antes de estar sujetas a control judicial; 2) los derechos del administrado no se verían afectados, ya que la especialización y el carácter independiente del órgano administrativo estarán destinados a garantizar los mismos; 3) el carácter expedito de las decisiones, que vendría dado por la especialización de este órgano, permitirá evitar la consolidación de situaciones jurídicas ilegales. Con esto se garantiza la satisfacción del principio de legalidad, de seguridad jurídica, y el interés general.

## 6. Bibliografía

### Argentina

- Aguiar Valdez, O. (2004). Sobre el control administrativo de los entes reguladores de servicios públicos. *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, 5, 5-24.
- Agustini, H. (2000). La Sindicatura General de la Nación. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*, 23/26, 97-103.
- Albertsen, J. (2004). La Oficina Anticorrupción. *Documentacion Administrativa*, 269-270, 229-237.
- Bianchi, A. B. (2005). El control judicial de la Administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia. *Revista de Derecho Administrativo*, 20, 27-73.

- Bosch, J. (1996). La actividad jurisdiccional de la Administración pública y la garantía del debido proceso. *Estudio Bosch Abogados* (publicado en *La Ley*, 6 de diciembre de 1996). Disponible en: [http://www.estudio-bosch.com/publicaciones/publicacion\\_02.pdf](http://www.estudio-bosch.com/publicaciones/publicacion_02.pdf).
- Cardaci Méndez, A. (2017). Las prerrogativas estatales en los contratos administrativos. En E. Alonso Regueira, A. Cardaci Méndez, M. Cormick, N. P. Diana, G. J. Dubinski y G. S. Kodelia. *Contratos de la Administración. Teoría y práctica* (pp. 145-180). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Disponible en: [http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/2018\\_contratos-de-la-administracion-e-book.pdf](http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/2018_contratos-de-la-administracion-e-book.pdf).
- Cassagne, E. (2016). Argentina. En J. L. Benavides y P. Moreno Cruz (eds.). *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cassagne, J. C. (1984). En torno a la figura del contrato administrativo. *Prudentia Iuris*, 14, 47-60. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2578/1/prudentia14.pdf>.
- (2004). El acceso a la justicia administrativa. Ponencia presentada en el *Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Cordeiro, M. (2021). *El control judicial de los actos de la Administración pública en la legislación argentina* [tesis doctoral]. Universidad Católica Argentina. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/13005/1/control-judicial-actos-administracion.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1960). *Fernández Arias vs. Poggio*. — (1994). *Litoral Gas S.A. vs. ENERGAS*.
- Gordillo, A. A. (1967). Capítulo XVI. Los contratos administrativos (pp. 331-350). En A. A. Gordillo. *Derecho Administrativo de la Economía*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- Hutchinson, T. (2010). El sistema argentino de control judicial de la Administración. *Anales. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata*, Año 7 (40), 152-179. Disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/19861/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/19861/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- Ivanega, M. M. (2021). Reflexiones acerca del derecho administrativo en la República Argentina. Garantías jurídicas en el procedimiento, el control judicial y la responsabilidad del Estado. *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo 2021*, 17-52. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-B-2021-10001700022](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-B-2021-10001700022).
- Lamberto, O. (2017). La Auditoría General de la Nación: breve historia y desafíos a futuro. *Voces en el Fénix*, 59. Disponible en: <https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/la-auditoria-general-de-la-nacion-breve-historia-y-desafios-a-futuro/>.

- Laurenzano, P. C. (2019). Acerca de la invalidez de los contratos administrativos viciados por actos de corrupción. *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 2. Disponible en: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1258/Acerca%20de%20la%20invalidez%20de%20los%20Contratos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Moldes Rodríguez, J. A. (1990). La jurisdicción primaria y el agotamiento de remedios administrativos: una simbiosis doctrinal. *Revista de Administración Pública*, 23 (1), 81-94. Disponible en: <https://revistas.upr.edu/index.php/ap/article/view/436/414>.
- Ortega Vélez, R. (2018). *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de P.R. de 2017*. Vlex.
- Ortiz, D. R. (2012). Doctrina Chevron: su significado en el derecho estadounidense y su aplicabilidad en la Argentina. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2012-51*. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2141250](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141250).
- Rabario, F. y Kathrein, C. (2019). Los órganos de control de la Administración Pública de la provincia de La Pampa y su contraste con otros sistemas de control. *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 9 (2), 71-91. Disponible en: <https://repo.unlpam.edu.ar/bitstream/handle/unlpam/4222/v09n2a05rabario.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Solorza Martínez, J. D. (2021). *¿Deferencia judicial o deficiencia judicial?* [trabajo de grado]. Universidad del Rosario. Disponible en: <https://repository.urosario.edu.co/items/3754eec0-767c-4fce-9e3f-67e6b9a780b4>.
- Sosa Baco, F. (2023). La jurisdicción primaria y jurisdicción exclusiva: un aspecto fundamental en la adjudicación de casos en los foros judiciales y administrativos. In *REV*. Disponible en: <https://derecho.uprrp.edu/inrev/2023/02/09/articulo-la-jurisdicion-primaria-y-jurisdicion-exclusiva-un-aspecto-fundamental-en-la-adjudicacion-de-casos-en-los-foros-judiciales-y-administrativos/>.
- Vique, F. J. (2016). El sistema de control interno y externo del sector público nacional. En E. M. Alonso Regueira (dir.), *El control de la actividad estatal* (pp. 681-691). Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-vique-sistema.pdf>.

## Chile

- Benavides, J. L. (2019). *Tribunal y recursos especiales de contratación pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Bordali Salamanca, A. (2009). Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. *Revista Chilena de Derecho*, 36 (2), 215-244. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014523002>.
- Camacho Cepeda, G. (2014). El Tribunal de la Contratación Pública en Chile: una década de funcionamiento. En E. Espinosa-Saldaña Barrera (dir.). *Tendencias actuales en contratación pública* (pp. 165-175). Lima: Gaceta Jurídica. Disponible en: [https://www.academia.edu/28991018/El\\_Tribunal\\_de\\_la\\_Contratación\\_Pública\\_en\\_Chile\\_una\\_década\\_de\\_funcionamiento\\_2014](https://www.academia.edu/28991018/El_Tribunal_de_la_Contratación_Pública_en_Chile_una_década_de_funcionamiento_2014).
- (2016). Chile. En J. L. Benavides y P. Moreno Cruz (eds.). *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  - (2019). Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 22, 221-252. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6043/7764>.
- ChileCompra. (2022). Cuenta pública ChileCompra. Gestion 2021 y Avances 2022. Disponible en: <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2022/05/Cuenta-Publica-ChileCompra-2021.pdf>.
- Costa Cordella, E. (2014). Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXVII (1), 151-167. Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502014000100007](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000100007).
- Escanilla Abarza, E. (2013). El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 2, 103-149. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5638997>.
- Ferrada Bórquez, J. (2019). *Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno*. Disponible en: <https://www.studocu.com/cl/document/liceo-diego-de-almeida/derecho-romano/ferrada-los-tribunales-que-ejercen-la-justicia-administrativa/61681809>.
- Figuerola Valdés, J. E. (2008). El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards” o “Paneles Técnicos o de Expertos”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 20.
- Harris, P. (2022). El desarrollo de los tribunales administrativos en el Derecho chileno. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32883/1/Informe.pdf>.
- Jara Burotto, Á. R. (2016). *Participación del Estado como parte en el arbitraje, con especial énfasis en el arbitraje internacional de inversión y en el arbitraje comercial internacional*. Santiago: Universidad de Chile.
- Jequier Leuhedé, E. (2013). La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Es-

- tado. *Revista Chilena de Derecho*, 40 (1), 159-182. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177028147007>.
- Rodríguez Muñoz, C. P. (2015). *La contratación pública en la Ley de bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Revisión de sus principios*. Santiago: Universidad de Chile.
- Vergara, A. (2014). Tribunales administrativos híper especializados ¿remedio contra el activismo y la deferencia? Columna de opinion en *El Mercurio Legal*. Disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/15183-profesor-alejandro-vergara-tribunales-administrativos-hiper-especializados-iremedio-contra-el-activismo-y-la-deferencia>.
- Vergara Blanco A. (2016). Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 46. Disponible en: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512016000100011](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000100011).

## Colombia

- Acosta González, M. L. (2014). *El principio de la culpabilidad en el derecho disciplinario*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Bejarano Guzmán, R. (2017). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. Octava edición*. Bogotá: Temis.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. 2.ª ed.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. L., Vélez, J. C. E., Ibagón, M. L. I. y Díaz, M. S. S. (2016). Colombia. En J. L. Benavides y P. Moreno Cruz (eds.), *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dávila Vinuesa, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.
- Expósito Vélez, J. (2020). *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gobierno de Colombia. (2018). Curso virtual: Inducción a los gerentes públicos de la Administración colombiana. Módulo 4: Contratación Pública. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gerentes/Modulo4/tema-2/1-modalidades.html>.
- Güechá Medina, C. N. (2008). Una propuesta de desaparición de la acción contractual, en el control de los contratos administrativos. *Opinión Jurídica*, 7 (13), 55-74.  
Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/99>.
- León Gil, M. A. (2018). *Arbitraje de actos administrativos contractuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Matallana Camacho, E. (2019). La preservación de las garantías constitucionales en la licitación en el trámite de evaluación de las propuestas y el control que ejerce el juez sobre la actividad contractual de la Administración pública. En J. A. Pimiento Echeverri (ed.), *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Melo Salcedo, I. M. (2003). Los órganos autónomos e independientes. *Civilizar*, 3 (5), 1-41. Disponible en: <https://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/377/CienciasSocialesyHumanas358.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Navarro Giraldo, L. P. y Madrigal Alzate, J. I. (2010). *Teoría de “los móviles y las finalidades”*. Línea jurisprudencial [trabajo de grado]. Universidad de Medellín. Disponible en: [https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4642/TG\\_EDPC\\_25.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Esta%20teor%C3%ADa%2C%20es%20producto%20de,parte%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica](https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4642/TG_EDPC_25.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Esta%20teor%C3%ADa%2C%20es%20producto%20de,parte%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20p%C3%BAblica).
- Ossa Aya, C. A. (2016). *Delimitación de la ilicitud sustancial como elemento de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos* [tesis de grado]. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Rodríguez R., L. (2017). *Derecho Administrativo. General y colombiano* (vi-gésima edición, tomo II). Bogotá: Temis.
- Santofimio Gamboa, J. (2003). *Tratado de derecho administrativo: introducción a los conceptos de la Administración Pública y el Derecho Administrativo* (3.ª ed.). Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat09422a&AN=uec.KOHA.OAI.UEXTERNADO.30975&lang=es&site=eds-live&scope=si>.
- Santos Ibarra, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la Ley 1437 de 2011. *Academia & Derecho*, 7, 133-144.
- Silva Tenorio, J. F. (2019). El principio de planeación en materia de compras públicas visto a la luz del ejercicio de control disciplinario en el ordenamiento jurídico colombiano. En J. F. Silva Tenorio (2019). *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria* (pp. 95-115). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

## Panamá

- Benavides Pinilla, V. L. (2013). La aplicación de las penalidades y sanciones administrativas en los contratos públicos en Panamá. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 17, 203-224. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4729267>.

- Carvalli Yee, C. A. (2009). El derecho administrativo panameño y su contribución al fortalecimiento de la democracia. *Revistas Jurídicas UNAM*, 77-88. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/republica-juridica-admin/article/view/440>.
- Gasnell Acuña, C. (2015). *El acto administrativo y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá* [tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/30c8d504-7217-42c3-8aa7-b11997ffae69/content>.
- Hoyos, A. (2003). *La Administración ante su Juez. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Panamá durante el último siglo*. Panamá: Imprenta del Órgano Judicial.
- Morón Urbina, J. C. (2020). *El recurso en materia de contratación ante tribunales especializados en España y América Latina* [tesis doctoral]. Universidade da Coruña. Disponible en: [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/26643/MoronUrbina\\_JuanCarlos\\_TD\\_2020.pdf](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/26643/MoronUrbina_JuanCarlos_TD_2020.pdf).
- Padilla Lozano, A. (2013). Análisis comparativo del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá frente al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. *Curso de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca*.
- (2016). Panamá. En J. L. Benavides y P. Moreno Cruz (eds.). *La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rincón Córdoba, J. I. (2018). La teoría de la organización administrativa en Colombia. *Serie Derecho Administrativo*, 29.

## Perú

- Alejos Guzmán, O. (2020). La garantía por interposición de recurso de apelación en la contratación pública. *Revista de Derecho Administrativo*, 18, 143-160. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22860/21949>
- Baca Oneto, V. (2009). La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 69-93. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14014/14636>.
- Benavides, J. (2019). *Tribunal y recursos especiales de contratación pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. Lima. *Revista de Derecho Administrativo*, 2, 9-44. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>.

- Gamarra Barrantes, C. (2009). Reflexiones sobre la nueva Ley de Contrataciones del Estado en materia de solución de controversias en el proceso de selección. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 218-229. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14023/14645>.
- Guerinoni Romero, P. (2014). Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley No. 30225: nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Arbitraje PUCP*, 4, 147-152. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitraje-pucp/article/view/10395/10845>.
- Guzmán Napuri, C. (2009). Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 204-216. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022/14644>.
- Guzmán-Barrón Sobrevilla, C. y Zúñiga Maravi, R. (2014). Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos- PUCP "Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales". *Arbitraje PUCP*, 4, 83-102. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10389/10839>.
- La Contraloría General de la República. (2015). La nueva Ley de Contrataciones del Estado y sus principales cambios. Ley n.º 30225. Perú: Escuela Nacional de Control. Disponible en: [https://enc-ticketing.org/UIGC/biblioteca/libros\\_virtuales/Nueva\\_Ley\\_Contrataciones\\_Estado\\_Ley30225.pdf](https://enc-ticketing.org/UIGC/biblioteca/libros_virtuales/Nueva_Ley_Contrataciones_Estado_Ley30225.pdf).
- Martín Tirado, R. (2013). El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Arbitraje PUCP*, 3, 41-77. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9386/9801>.
- Morón Urbina, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Tomo I* (12.ª edición). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mostacero Orozco, M. A. (2006). *Autonomía administrativa y financiera de las Administraciones tributarias: la experiencia de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria en Perú*. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Disponible en: [https://www.ciat.org/Biblioteca/ConcursosdeMonografia/XIX-2005/xix\\_concurso\\_2do\\_premio\\_mostacero\\_pe.pdf](https://www.ciat.org/Biblioteca/ConcursosdeMonografia/XIX-2005/xix_concurso_2do_premio_mostacero_pe.pdf).
- Pérez Porto, J. y Gardey, A. (2011). *Definición de resolución suprema - Qué es, Significado y Concepto*.
- Retamozo Linares, A. (2009). Del juez y parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. *Revista de Derecho Administrativo*, 7. Dispo-

- nible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14016>.
- (2018). Los procedimientos de selección en la Ley N.º 30225, Ley de contrataciones del estado. *Aequitas*, 1, 97-111. Disponible en: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/article/view/15224/13182>.
- Rodríguez Flores, M. A. (2014). Panorama actual del arbitraje en la contratación estatal. *Vox Juris*, 27 (1), 125-136. Disponible en: <https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1005/Articulo%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Soria Aguilar, A., Hilda Becerra, M.<sup>a</sup> y Villa-García, M. (2022). *Solución de controversias en la Ley de Contratación del Estado*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=b9oraCIFXPU>.
- Tafur Sánchez, S. y Miranda Miranda, R. (2007). Contratación estatal: algunas reflexiones generales. *Derecho y Sociedad*, 29, 140-152. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17267/17554>.
- Tassano Velaochaga, H. (2006). El procedimiento de solución de controversias ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 245-262. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16356/16762>.
- Terrones Jancco, J. y Castillo Andía, G. (2020). El régimen sancionador en las contrataciones con el Estado en contraposición a las garantías mínimas previstas en el régimen sancionador contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista Derecho & Sociedad*, 54 (2), 195-207. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22443/21670>.
- Urquiza Maggia, D. (2006). ¿Interponer el recurso de revisión ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado limita el acceso a la justicia administrativa? *Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano*.
- Vizcarra, D. (2019). Panorama actual del arbitraje en contrataciones con el Estado: algunas reflexiones a propósito de las últimas modificaciones a la Ley No 30225 y su reglamento. *Revista de Derecho YACHAQ*, 10, 47-62. Disponible en: <https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/635/875>.