Estudio sobre los mecanismos para la resolución de controversias precontractuales en el Sistema de Compra Pública

Introducción

Colombia Compra Eficiente, como ente rector del Sistema de Compra Pública, tiene entre sus funciones "elaborar estudios que sirvan al Gobierno Nacional para la formulación, adopción y dirección de la política en materia de compras y contratación pública". Con este objetivo, presenta el siguiente estudio en relación con la resolución de conflictos precontractuales en el Sistema de Compra Pública.

El Gobierno Nacional ha alcanzado una de sus metas que es que Colombia pertenezca a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-. Esta Organización realiza varias evaluaciones de integridad a diferentes sectores del Estado, y entre ellos está la evaluación al Sistema de Compra Pública utilizando la metodología de MAPS -Methodology for Assessing Procurement Systems- (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2010, p.3).

Uno de los puntos centrales que la OCDE evalúa es la existencia de mecanismos o sistemas de impugnación para que los proponentes o interesados controviertan las decisiones adoptadas por las Entidades Estatales en sus Procesos de Contratación antes de la celebración del contrato, cuando consideran que los principios o las normas del Sistema, o sus derechos han sido vulnerados.

En la actualidad, los participantes o los interesados en el proceso contractual tienen dos caminos para controvertir las decisiones que una Entidad Estatal ha tomado en la etapa precontractual, los cuales conforman el sistema de impugnación en Colombia, y son: (i) La interposición de recursos para el control de los actos administrativos en sede administrativa, y (ii) La utilización en sede judicial de los medios de control de legalidad de los actos administrativos definidos por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, en el primer caso, los recursos en sede administrativa tienen entre otras, la dificultad de la falta de imparcialidad de quien los resuelve porque es la misma Entidad Estatal que expidió el acto administrativo la que toma una decisión sobre el mismo. Por otro lado, la segunda opción presenta un obstáculo y es la congestión del sistema judicial encargado de las controversias precontractuales de un Proceso de Contratación, que actualmente es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuya consecuencia es que el tiempo de una decisión judicial en Colombia sea superior a los términos establecidos para el desarrollo de un Proceso de Contratación, lo que hace inexistente una protección efectiva de los intereses de los proponentes y la falta de administración de justicia oportuna.

Por lo anterior, el objetivo de este estudio es determinar la conveniencia de otorgarle facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente para resolver controversias precontractuales, teniendo en cuenta el funcionamiento y los resultados de los mecanismos de impugnación mencionados en la evaluación MAPS, que es una metodología diseñada por la OCDE, la cual fue aplicada en Colombia en los años 2009 y 2017.

Problema de investigación

¿Es conveniente otorgarle facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública, para que conozca de las controversias precontractuales con ocasión de los Procesos de Contratación que adelantan las Entidades Estatales del orden nacional?

Mapa conceptual

El mapa conceptual utiliza la metodología MAPS, la cual evalúa los Sistemas de Compra Pública o de adquisición en todo el mundo. Esta metodología se utilizó para evaluar, entre otros aspectos, los mecanismos de impugnación en los Procesos de Contratación en Colombia, obteniéndose los resultados que se mostrarán en el capítulo correspondiente. El siguiente gráfico describe en qué consiste la metodología en términos generales:

Gráfico 1. Extraído de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2015, p. 7.

De acuerdo con la metodología anterior, se explicará y se mostrarán los resultados de la evaluación del marco legal, regulatorio y de políticas colombiano, en lo que se refiere al sistema de impugnación comprendido por los mecanismos ya señalados, y se utilizará el concepto de facultades jurisdiccionales como respuesta a la solicitud elevada por la OCDE al Gobierno Nacional, de contar con un mecanismo eficaz para la resolución de controversias precontractuales.

Este estudio se divide en 5 capítulos: (i) Descripción general de cómo funciona la revisión de los actos administrativos de la etapa precontractual de un Proceso de Contratación en sede administrativa y en sede judicial; (ii) Evaluaciones del sistema de impugnación colombiano por la OCDE; (iii) Facultades jurisdiccionales y la conveniencia de su otorgamiento a Colombia Compra Eficiente; (iv) Algunas experiencias internacionales como referencias para Colombia; y (v) Cifras y propuestas al Gobierno Nacional para la resolución de controversias precontractuales.

Capítulo I: Panorama de la impugnación de los actos administrativos de la etapa precontractual de un Proceso de Contratación en Colombia.

La metodología que emplearemos para desarrollar este capítulo es la siguiente: (i) concepto del acto administrativo; (ii) cuáles actos administrativos son expedidos en la etapa precontractual; (iii) cómo pueden, tanto ciudadanos como la Administración controvertir dichos actos administrativos precontractuales en sede administrativa; y (iv) cómo pueden, los ciudadanos y la Administración controvertir dichos actos administrativos precontractuales en sede judicial. Tenga en cuenta que se explicará cada uno de los actos administrativos precontractuales de acuerdo con el fin previsto para cada acápite.

I. Concepto del acto administrativo

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el acto administrativo se ha entendido como "la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados" (Corte Constitucional, Sentencia C- 1436, 2000).

Por su parte, el Consejo de Estado ha indicado que, "Si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo colombiano no contiene una definición sobre acto administrativo, la doctrina ha intentado definirlo expresando que se entiende como tal la manifestación de la voluntad de la Administración, que, en cumplimiento de funciones administrativas, está encaminada a producir efectos jurídicos" (Consejo de Estado, Exp. 271, 2015).

Conforme con lo anterior, el acto administrativo se define como la expresión unilateral de la Administración tendiente a surtir efectos jurídicos frente al particular. La doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente han diferenciado los actos administrativos de carácter general de los de carácter particular.

Los actos administrativos de carácter general son aquellos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y, por lo tanto, están destinados a un número indeterminado de personas, es decir, a todas aquellas personas que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Por otro lado, los actos administrativos de carácter particular se refieren a aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto, que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados (Corte Constitucional, Sentencia C- 620, 2004).

II. Actos administrativos expedidos en la etapa precontractual.

Durante el desarrollo de los Procesos de Contratación que adelantan las Entidades Estatales para satisfacer sus necesidades, encontramos que, antes de la suscripción del contrato pueden surgir dos clases de actuaciones: i) Actos administrativos definitivos; y ii) actos administrativos de mero trámite.

La diferenciación hecha anteriormente es necesaria para poder determinar qué actos surgen con ocasión de la actividad precontractual de la Administración, que pueden ser revisados antes de la suscripción del contrato estatal; y cuál es el medio de control que procede para tal finalidad de modo que sea posible revisar su contenido y enmendar los errores en los que la Entidad Estatal que adelanta la selección del contratista pudo incurrir.

Los estudios previos, estudios del sector, la matriz de riesgos, actas de audiencias, informes de evaluación preliminares, definitivos y, entre otros, son actos administrativos de trámite "que impulsan el trámite propio de la decisión que ha de tomarse (…)" (Berrocal Guerrero, 2016, p. 327). Ahora bien, de acuerdo con el artículo 75 del CPACA los actos de trámite no son susceptibles de recursos en sede administrativa.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha dicho con respecto al control de legalidad de los actos de trámite realizado ante el juez que *"(…) los actos administrativos definitivos son los únicos susceptibles de control judicial, es decir, que pueden ser cuestionados ante el juez contencioso administrativo, cuestión que no se puede predicar frente a los actos de trámite, porque estos se controlan judicialmente al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación administrativa (…)"* (Consejo de Estado, Exp. 06-00, 2018). En este sentido para poder cuestionar la legalidad de los actos de trámite se deberá cuestionar los actos definitivos, tales como, i) acto administrativo de apertura del Proceso de Contratación; ii) acto administrativo a través del cual en los concursos de méritos se publica la lista de precalificados; iii) el pliego de condiciones, iv) el acto administrativo de adjudicación o de declaratoria de desierta del proceso de selección.

Los actos administrativos definitivos que surgen con ocasión de la actividad precontractual de la Administración susceptibles de control de legalidad en sede administrativa, son el acto administrativo de precalificación y el de declaratoria de desierta. En este último caso procede cuando han concurrido oferentes al Proceso de Contratación, pero ninguno de ellos cumple con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, razón por la cual la Entidad lo declara desierto. Cuando la declaratoria de desierta tiene origen en la ausencia de presentación de ofertas, se trata de un acto de carácter general frente al cual no proceden recursos.

Por su parte, los actos administrativos definitivos que surgen con ocasión de la actividad precontractual y que son susceptibles del control de legalidad por vía judicial son: i) el acto administrativo de apertura del Proceso de Contratación; ii) el acto administrativo a través del cual en los concursos de méritos se publica la lista de precalificados; iii) el pliego de condiciones; y iv) el acto administrativo de adjudicación o de declaratoria de desierta del Proceso de Contratación.

Para desarrollar lo anterior, explicaremos el contenido de cada uno de los actos administrativos definitivos proferidos en la etapa precontractual.

a) Acto de Apertura

El primer acto administrativo definitivo de naturaleza precontractual que encontramos es el acto de apertura del Proceso de Contratación, el cual se encuentra regulado en el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que indica lo siguiente: "La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: 1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado (…)"

A través de este acto, la Administración manifiesta su intención formal de iniciar el Proceso de Contratación, de manera que cualquier persona conozca cuáles son los requerimientos de la Entidad y evalúe si desea participar como proponente o realizar control ciudadano al Proceso de Contratación.

El acto de apertura del Proceso de Contratación es la manifestación de la voluntad de la Administración tendiente a satisfacer una necesidad a través de una convocatoria pública y marca el inicio del Proceso. A partir de ese momento, la Entidad Estatal debe de manera rigurosa realizar

el procedimiento aplicable a cada modalidad de selección, para finalmente adjudicar el Proceso o declararlo desierto, según corresponda. Puede ocurrir que en algunas modalidades de selección no se requiera acto de apertura como es el caso de la contratación directa, mínima cuantía y en la adquisición de bienes o servicios previstos en los instrumentos de agregación de demanda de la Tienda Virtual del Estado Colombiano - TVEC.

b) El acto administrativo que comunica la lista de precalificados en la modalidad de selección de concurso de méritos con precalificación.

En los concursos de méritos que adelantan las Entidades Estatales, es posible que cuando se opte por el concurso de méritos con precalificación, la Entidad Estatal haga una preselección entre los proponentes que presentaron ofertas para determinar quiénes cumplen con ciertos requisitos del pliego señalados por la Entidad, de manera que con esos proponentes se pueda continuar el Proceso; y es así como, a través de este acto administrativo la Entidad Estatal da a conocer la lista de precalificados de manera que quienes se encuentren en ella puedan continuar participando en el Proceso de Contratación.

Al respecto de este acto administrativo, el numeral 3 de la Ley 1150 de 2007 indica lo siguiente: "3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso (…)"

De acuerdo con lo dicho, el acto administrativo por medio del cual se da a conocer la lista de precalificados en el concurso de méritos con precalificación es un acto administrativo de carácter particular, que informa quiénes continúan en el Proceso de Contratación y contra él solo es posible interponer el recurso de reposición en sede administrativa.

c) Pliego de condiciones

El pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter definitivo a través del cual la Entidad Estatal da a conocer a los interesados las condiciones en las que se realizará la convocatoria pública para satisfacer su necesidad; es decir, funge como el reglamento del proceso. En este sentido, el Decreto 1082 de 2015 establece la información mínima que debe contener: "(…) 1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo. 2. La modalidad del proceso de selección y su justificación. 3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar. 4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista. 5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato. 6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta. 7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar. 8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes. 9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones. 10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial. 11. Los términos, condiciones y minuta del contrato. 12.

Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato. 13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas. 14. El Cronograma." (Decreto 1082 de 2015, Art. 2.2.1.1.2.1.3.).

Por su parte, el Consejo de Estado respecto de la naturaleza del pliego de condiciones en los Procesos de Contratación ha indicado que este "(…) ostenta una "naturaleza mixta", en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos, en muchas de sus estipulaciones esa naturaleza y se convierte en "cláusula contractual", porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección. (…)" (Consejo de Estado, Exp 24059, 2013).

Por su parte, no en todos los Procesos de Contratación es obligatorio para la Entidad Estatal realizar pliegos de condiciones, toda vez que, en las modalidades de contratación directa, mínima cuantía e instrumentos de agregación de demanda, la ley no ordena tal requisito, como sí lo hace para las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.

Conforme a lo anterior, el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general hasta el momento de la adjudicación, toda vez que, a partir de este momento su contenido pasa a ser una estipulación contractual, de ahí su carácter mixto.

d) Acto administrativo de adjudicación o de declaratoria de desierta.

La selección del contratista termina con el acto de adjudicación o con la declaratoria de desierta del Proceso de Contratación. A través del primero, la Entidad Estatal, una vez seguidas las reglas particulares de cada modalidad de selección, escoge el contratista que mejor satisface su necesidad de conformidad con las reglas determinadas en el pliego de condiciones.

Este acto administrativo es de carácter particular y pone fin a la etapa de selección, generando tanto para la Entidad Estatal como para el proponente, la obligación de suscribir el contrato estatal en el periodo indicado en el Cronograma del Proceso, y no es susceptible de recursos en sede administrativa por expreso mandato legal.

Una de las posibilidades de terminación del proceso de selección es que no haya sido posible escoger objetivamente el proponente que satisfaga la necesidad de la Entidad contratante, esta situación se puede presentar ya sea porque no se presentaron ofertas, o porque las ofertas presentadas no cumplen con el lleno de los requisitos determinados en el pliego de condiciones del Proceso de Contratación. Respecto de la declaratoria de desierta en los Procesos de Contratación, el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 indica lo siguiente:

"15. La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión."

De la lectura de este artículo podemos inferir que, este acto administrativo no es de carácter discrecional, es decir, la Entidad Estatal al momento de proferirlo debe argumentar que la selección objetiva no fue posible, y que, por lo tanto, es necesario terminar anormalmente el proceso de selección declarándolo desierto.

Del análisis realizado anteriormente, logramos identificar cuáles son los actos administrativos definitivos que surgen antes de la suscripción del contrato estatal. Estos son los actos que delimitan la actividad precontractual de la Administración y que, de poder revisarse, podrían llevar a una mejor toma de decisiones por parte de esta, en especial el acto de adjudicación o de declaratoria de desierta del Proceso, debido a que estos dos actos son los que disponen si el proceso de selección se termina por la imposibilidad de seleccionar objetivamente al contratista o si se adjudica el contrato estatal.

De manera habitual, este tipo de actos son demandados por los oferentes debido a sus inconformidades con el proceso de selección y para cuestionar si la decisión que toma la Administración se ajusta a derecho.

Una vez analizado el contenido particular de los actos administrativos de carácter definitivo, a continuación, se explicará la manera de controvertirlos en sede administrativa y judicial, y así determinar que el control en sede administrativa no es imparcial, toda vez que, la decisión que toma la Entidad Estatal que adelanta el proceso de selección, es revisada por ella misma y no es posible acudir al superior jerárquico para su revisión, debido a que estos actos sólo son susceptibles del recurso de reposición, y por lo general, el funcionario responsable de la actividad contractual de una Entidad Estatal no tiene superior jerárquico.

Finalmente, respecto del control de estos actos en sede judicial es importante señalar que se trata de un medio que no satisface los intereses de los proponentes debido a que no garantiza una administración de justicia en términos de oportunidad, ni tampoco asegura la adjudicación y ejecución del contrato por parte del demandante aunque el juez despache favorablemente sus pretensiones. En el primer caso, la congestión propia del sistema judicial genera que las controversias de la actividad contractual del Estado, de acuerdo con la información suministrada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE, se resuelvan en un término aproximado 6 y 7 años, tiempo en el cual, el contrato ya ha sido adjudicado, ejecutado y muchas veces liquidado y, por lo tanto, su revisión tardía genera una condena para el Estado con cuantiosos intereses, en los casos en los que el actuar de la administración no fuera acorde a derecho.

En el segundo caso, aunque se encuentre demostrado en sede judicial que el demandante debió haber sido el adjudicatario en el Proceso de Selección, el juez condenará a la Entidad Estatal a pagarle al demandante a título de indemnización la utilidad dejada de percibir derivada de la adjudicación del contrato a un proponente distinto, cuando así se haya solicitado.

III. Control en sede administrativa.

En la legislación colombiana prevalece el principio de legalidad en virtud del cual, los actos administrativos se presumen legales hasta que no decida otra cosa el juez competente. En otras palabras, los actos de la Administración son de inmediato y obligatorio cumplimiento salvo que instancias judiciales declaren su suspensión o nulidad, o que la misma administración lo revoque.

De manera general, el control de legalidad de los actos administrativos puede ser efectuado por los ciudadanos y por la propia administración, tanto en sede administrativa como por vía judicial. ***El control realizado por los ciudadanos*** en sede administrativa implica que, por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: i) reposición, ii) apelación y iii) queja, sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011 no procede ningún recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución, excepto en los casos previstos en norma expresa. Ahora bien, tal y como se señaló previamente, los

actos de trámite se podrán controlar judicialmente al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación administrativa.

En relación con ***el control realizado por la administración***, de acuerdo con el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos, de oficio o de solicitud de parte en los siguientes casos: 1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley, 2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, y 3) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Por su parte, el doctrinante Libardo Rodríguez en relación con este control de legalidad señaló que, el control en sede administrativa es aquel que ejercen los interesados dentro de la propia administración. Es un sistema de autocontrol porque es llevado a cabo de oficio o a petición por los órganos de la Administración. Se materializa bajo la interposición de los recursos administrativos y la revocatoria directa en el caso de los actos administrativos. El control por esta vía implica que se surta un procedimiento ante la Administración para que quien esté inconforme con sus decisiones le manifieste directamente las razones y le solicite que las revoque, modifique, aclare o adicione, mientras que a su vez le brinda la oportunidad a la Administración de enmendar sus propios errores antes de que produzcan efectos (Libardo Rodríguez, 2015, p. 438).

Ahora bien, en relación con el control que se realiza a los actos que se producen antes de la celebración del contrato estatal, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 señaló que los actos administrativos que se produzcan con motivo y ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del CPACA. Además, señaló que, el acto de adjudicación no tendrá recursos en sede administrativa; este podrá impugnarse mediante el ejercicio del medio de control de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho o a través de la acumulación de pretensiones que busque la nulidad del contrato y además la nulidad de los actos precontractuales siempre que se cumplan las reglas establecidas en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011.

A su vez, en razón del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, el recurso de reposición no es obligatorio; por lo tanto, se entiende que, es facultativo de las partes si lo quieren interponer o no. En este sentido, no se requiere la interposición del recurso de reposición para acudir a los medios de control que se presentan ante el juez, para determinar la legalidad de un determinado acto administrativo, ya sea, por medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales a través de la acumulación de pretensiones.

En concordancia con el capítulo previo, en la etapa precontractual existen únicamente 5 actos administrativos definitivos: a) el acto administrativo de apertura, b) el acto administrativo de declaratoria desierta, c) el pliego de condiciones, d) acto de adjudicación y e) el acto administrativo de precalificación propio del concurso de méritos.

A continuación, se explicará la manera como se controla la legalidad de estos actos en sede administrativa y, por lo tanto, determinar si es posible interponer el recurso de reposición o, en razón de su contenido de carácter general no es susceptible la interposición de este recurso.

a) Acto administrativo de apertura.

El Decreto 1082 de 2015 define el acto administrativo de apertura como un acto administrativo de carácter general por medio del cual ordena la apertura del proceso de selección, y además, debe

contener la siguiente información: i) El objeto de la contratación a realizar, ii) la modalidad de selección que corresponda a la contratación, iii) el Cronograma, iv) el lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos, v) la convocatoria para las veedurías ciudadanas, vi) el certificado de disponibilidad presupuestal, y vii) los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección. (Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.1.1.2.1.5.)

Por su parte, el Consejo de Estado señaló que, el acto administrativo de apertura es "el acto mediante el cual se da apertura al procedimiento de licitación pública, se advierte que, en principio, es un acto de carácter definitivo pero de alcance general, toda vez que: i) constituye el inicio del procedimiento frente a los potenciales interesados y fija los términos y condiciones de la respectiva licitación y ii) no genera una situación jurídica concreta para ninguno de los potenciales interesados. Desde ese punto de vista se considera que en virtud del artículo 49 del C.C.A. el acto de apertura de la licitación pública no es susceptible de recursos en la vía gubernativa, por tratarse de un acto de carácter general. Sin embargo, teniendo en cuenta que la apertura de la licitación pública también constituye un acto mediante el cual se convoca a los interesados a presentar propuestas para la celebración de un contrato con el mejor postor, se configura como un acto precontractual que produce efectos jurídicos con la fuerza vinculante de una oferta mercantil y, por tanto, pasible de demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual puede ser entablada por los partícipes de la respectiva licitación, de conformidad con el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos en este proceso." (Consejo de Estado, Exp. 46818, 2016)

Conforme a lo anterior, el acto administrativo de apertura al ser un acto administrativo de carácter general no es susceptible de control en sede administrativa, es decir, no se puede interponer el recurso de reposición. En el evento que se quiera cuestionar su legalidad únicamente se podrá realizar por medio del juez de lo contencioso administrativo, a través de los medios de control que estudiaremos más adelante.

b) Acto administrativo de declaratoria de desierta.

En virtud de la Ley 80 de 1993 se establece que, "La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión." (Ley 80 de 1993, art. 25, numeral 18). Por su parte, el Consejo de Estado define el acto administrativo de declaratoria de desierta como "aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración." (Consejo de Estado, Exp. 23734, 2013)

En relación con los recursos que proceden frente a este acto administrativo, es importante señalar que, como la declaratoria de desierta se adopta mediante un acto administrativo producido con motivo u ocasión de la actividad contractual, le resultan predicables las dos hipótesis a que hace alusión el inciso 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y que resultan relevantes en este caso, esto es: (i) le son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa y (ii) sólo es susceptible de recurso de reposición en sede administrativa.

Asimismo, de forma expresa, el Consejo de Estado estableció que el acto administrativo de declaratoria desierta es susceptible de interposición del recurso de reposición y de esta forma, se

agotará el control en sede administrativa. Sin embargo, la interposición de este recurso no se entenderá como un requisito necesario para acudir al control que realice el juez de lo contencioso administrativo.

En síntesis, el acto administrativo de declaratoria de desierta es susceptible de interposición del recurso de reposición, en el evento que una Entidad Estatal de forma caprichosa declare desierto un Proceso, sin tener motivos lo suficientemente objetivos, ocasionando que las personas que presentaron de forma previa ofertas al mencionado Proceso se puedan ver afectadas con ese acto administrativo, esto, debido a que es posible la afectación de intereses particulares.

Ahora bien, si al proceso de selección no se presentó ningún oferente, el acto administrativo de declaratoria de desierta es de carácter general, lo que implica que no sea posible la interposición de recursos en sede administrativa.

c) Pliego de condiciones.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado al ser el pliego de condiciones un acto administrativo de carácter general y no ser susceptible de recursos en sede administrativa, en este sentido, el control de legalidad únicamente se podrá realizar ante el juez del contrato.

d) Acto administrativo de adjudicación.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido el acto administrativo de adjudicación como "el acto (administrativo) mediante el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado." De igual forma, es importante señalar que, las principales características de este acto administrativo son las siguientes: a) es un acto administrativo de carácter definitivo y de carácter particular, b) es irrevocable por regla general, y c) es obligatorio, tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario. (Consejo de Estado, Exp. 2346, 2017).

Además, tal y cómo se mencionó de forma previa, en virtud del Art. 77 de la Ley 80 de 1993, el acto de adjudicación no tendrá recursos en sede administrativa. En este sentido, el único control que se realice a este acto administrativo es ante el juez de lo contencioso administrativo.

e) Acto administrativo de lista precalificados - Concurso de méritos

En virtud de la Ley 1150 de 2007 en el artículo 2 se establece que, para la selección de consultores o proyectos se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose realizar listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada.

Tal y cómo se señaló en el capítulo previo, la resolución por medio de la cual se establece la lista de los precalificados en la selección de consultores es un acto administrativo de naturaleza precontractual, y en razón a que dicha resolución establece una lista particular de los preseleccionados a participar en el Proceso de selección mediante la modalidad de concurso de méritos, será susceptible de la interposición del recurso de reposición.

Conclusión del control de legalidad en sede administrativa:

En conclusión, el control que se realiza a los actos administrativos precontractuales en la sede administrativa es el siguiente: En primer lugar, es el que realiza la propia administración a través de la revocatoria que hace de sus actos administrativos ya sea a petición de parte o de oficio por las causales previstas expresamente en la ley. Frente a los actos administrativos precontractuales que estudiamos previamente es procedente la revocatoria directa, es decir, frente al acto de apertura, declaratoria de desierta, pliego de condiciones y el acto de precalificados, con excepción del acto de adjudicación por expresa disposición legal.

No obstante, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1150 de 2007 artículo 9 si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción de este, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado; y la Entidad Estatal podrá adjudicar el contrato dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la Entidad.

Y, en segundo lugar, en relación con el control que realiza la Administración por medio de la interposición de recursos, es importante señalar que, en virtud de la Ley 80 de 1993 los actos administrativos de naturaleza precontractual solo son susceptibles del recurso de reposición. Ahora bien, en razón a que el recurso de reposición es de naturaleza facultativa, no será necesaria la interposición de este para solicitar el control de legalidad de dichos actos.

Sin embargo, el recurso de reposición sólo procederá frente a los actos administrativos de carácter particular, es decir aquellos que tienen un contenido particular y concreto, que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados. En este sentido, el acto administrativo de apertura al ser de carácter general y el de declaratoria de desierta cuando no se presenta ningún oferente al ser de carácter general por producir efectos a sujetos indeterminados no son susceptibles de interponer el recurso de reposición.

Por su parte, si al proceso de selección se presentan oferentes y se declara desierto y, además, se excluyen proponentes en la lista de precalificados se podrá interponer el recurso de reposición debido a que, en estos casos, se podrían ver afectados intereses de carácter particular de quienes concurrieron al Proceso.

Finalmente, es importante señalar que, en relación con el acto administrativo de adjudicación no es susceptible la interposición de ningún recurso en sede administrativa. La única forma de realizar un control a este acto administrativo será por medio del juez de lo contencioso administrativo.

IV. Control ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

Una vez explicado el control que se realiza a los actos administrativos precontractuales en la sede administrativa, a continuación, se explicará el control que se realiza a estos actos frente al juez. De acuerdo con el Art. 75 de la Ley 80 de 1993, el juez competente para conocer las controversias derivadas de los contratos estatales será el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se pretenda que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2)

meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Ahora bien, como este estudio sólo se refiere al análisis de los actos precontractuales, se estudiarán los medios de control de simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que estos son los medios de control que en principio sirven para cuestionar la legalidad del acto administrativo de apertura, pliego de condiciones, acto administrativo de declaratoria de desierta, acto de adjudicación y la resolución de la lista de precalificados en la modalidad de selección de concurso de méritos.

A su vez, se explicará cómo a través de la acumulación de pretensiones prevista en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011, es posible que, una vez suscrito el contrato estatal, se solicite al juez la nulidad de este y además la nulidad o nulidad y restablecimiento de los actos precontractuales siempre y cuando se cumplan las reglas previstas para la acumulación de pretensiones.

Finalmente, también se explicará el evento en el que la administración solicita al juez la nulidad de su propio acto, con ocasión de la acción de lesividad, consagrada en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011.

a) Simple nulidad

De acuerdo con el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 “toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general”. Lo anterior, permite inferir que, cualquier persona tiene la posibilidad de cuestionar la legalidad de un acto administrativo de carácter general, y, por lo tanto, podrá solicitar su nulidad ante el juez. El término previsto por la Ley 1437 de 2011 para solicitar la declaratoria de los actos proferidos antes de la celebración del contrato es de 4 meses contados a partir del día siguiente a su comunicación o publicación (Ley 1437 de 2011, artículo 164, numeral 2.)

Por su parte, es importante señalar que, de acuerdo con la Ley 1437 de 2011 en su artículo 137 la nulidad del acto administrativo se podrá alegar por las siguientes causales: a) cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, b) sin competencia, c) en forma irregular, d) con desconocimiento al derecho de audiencia y defensa, d) mediante falsa motivación y finalmente, e) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

A su vez, es importante señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia y la legislación colombiana es procedente interponer el medio de control de simple nulidad frente a un acto administrativo de carácter particular siempre y cuando, “la pretensión fuera exclusivamente el control de la legalidad en abstracto”. En otras palabras, cuando el objetivo mismo de la interposición del medio del control es exclusivamente la tutela del orden jurídico, pero si se extiende a la reparación de los daños antijurídicos causados por tales actos, el medio de control procedente será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (Consejo de Estado, Exp. 00177, 2017)

En síntesis, el medio de control de nulidad tiene como objetivo declarar la nulidad de los actos administrativos de carácter general por causales expresamente determinadas en la ley; si bien es posible interponer esta acción frente a actos administrativos de carácter particular, solamente, será válido si se busca la tutela del ordenamiento jurídico y no va a implicar el restablecimiento automático del derecho una vez se declara la nulidad del acto. En este sentido, de acuerdo con lo estudiado en capítulos previos, los actos administrativos precontractuales que tienen la naturaleza de ser de carácter general son: el acto administrativo de apertura, el acto administrativo de declaratoria

desierta cuando ningún oferente se presenta al Proceso de selección, y, finalmente el pliego de condiciones.

Por lo tanto, en el evento en que los proponentes busquen cuestionar la legalidad del acto administrativo de apertura lo podrán realizar a través del medio de control de nulidad. Así también lo determinó el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> *Para la sala, aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación. Evento en el cual el acto así concebido podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder.*
>
> *En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas.*
>
> *Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también su justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no solo se volvió pública con la ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten.* (Consejo de Estado, Exp. 14189, 2008)

Por su parte, en relación con el pliego de condiciones señaló lo siguiente:

> *De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la Sala concluye que las decisiones de la Administración contenidas en un acto de apertura de un proceso de selección de contratistas para el Estado, o en un Pliego de Condiciones son actos administrativos de contenido general; y, como consecuencia de ello, podrían ser controvertibles judicialmente mediante la acción de nulidad, tal como ocurre en el presente caso.* (Consejo de Estado, Exp. 036-01, 2013)

Conforme a lo anterior, se concluye que, para los actos administrativos de apertura de un Proceso de selección, el pliego de condiciones y el acto de declaratoria desierta donde no se presenta ningún oferente se cuestiona su legalidad por medio del control de simple nulidad. Lo anterior, tiene como fundamento que estos son actos administrativos de carácter general que no son de mero trámite, y se pueden ver afectados por alguna de las causales de legalidad.

b) Nulidad y restablecimiento del derecho

Otro de los medios de control para cuestionar la legalidad de los actos administrativos precontractuales es el de nulidad y restablecimiento del derecho. De acuerdo con el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. Las causales para declarar la nulidad del acto administrativo de carácter particular serán las mismas que se previeron en el medio de control de simple nulidad.

Por otro lado, en virtud del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, cuando se pretenda la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término de caducidad será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación según sea el caso. (Ley 1437 de 2011, art. 164)

Como ya se determinó en capítulos previos, los actos administrativos de carácter particular que se profieren con ocasión a la actividad precontractual son el acto administrativo de declaratoria de desierta, acto de adjudicación y la resolución de la lista de precalificados del concurso de méritos. Ahora bien, a continuación, se explicará de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado cómo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se cuestiona la legalidad de los mencionados actos.

El Consejo de Estado señaló que, los actos precontractuales son aquellos actos separables del contrato, es decir, aquellos actos que son anteriores a la celebración del negocio jurídico bilateral, tales como el acto de adjudicación o de declaratoria de desierta. Por lo tanto, al proferirse estos actos con anterioridad al contrato, los mismos deberán ser demandados mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (Consejo de Estado, Exp. 50719, 2015)

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa frente al acto administrativo de declaratoria de desierta señaló en un principio que no tenía la naturaleza de ser un acto administrativo precontractual, sin embargo, actualmente esa jurisdicción le ha otorgado la naturaleza de ser un acto administrativo que surge con ocasión de la actividad contractual. Así lo estableció en los siguientes términos:

> *"Por consiguiente, el acto administrativo que declara desierta la licitación también es de aquellos expedidos con ocasión de la actividad contractual, pues por su naturaleza, uno de los efectos de esa decisión es truncar el proceso contractual iniciado con anterioridad y por lo tanto sí es aplicable el inciso 2 del artículo 87 del C. C. A., razón por la cual la Sala modifica su tesis anterior, según la cual dicho acto sólo era demandable en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad establecido en el artículo 136, numeral 2, es decir, de 4 meses.*
> *(…)*
> *Además, es precisamente la actividad contractual la que da origen al acto de declaratoria de desierto de un proceso licitatorio o concursal pues si no fuera así, dicho acto no existiría toda vez que no habría lugar a su expedición porque qué se haría frustrar o finalizar.* (Consejo de Estado, Exp. 38693, 2017)

Por su parte, el Consejo de Estado estableció que, para cuestionar la legalidad del acto de adjudicación se realizará por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Así lo señaló en los siguientes términos:

> *(…), el parágrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispuso que la acción idónea para cuestionar el acto de adjudicación es la de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta las reglas del referido código, por lo que antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, que modificó la forma de cuestionar dichos actos, era viable hacerlo en forma independiente frente al acto adjudicación, como un acto administrativo precontractual, sin sujeción al eventual cuestionamiento del contrato. Como así lo hizo el demandante, la acción, tal como fue promovida corresponde a la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, idónea para hacerlo con independencia respecto de la suscripción o no del contrato y de la posibilidad o necesidad de cuestionar su validez.* (Consejo de Estado, Exp. 30312, 2016)

Sin embargo, vale la pena destacar que, sólo será válido interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho si no se ha celebrado el contrato estatal, en el evento que se firme el contrato, el medio a través del cual se cuestionará el acto de adjudicación será a través del medio de control de controversias contractuales si no ha operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Así se estableció en los siguientes términos:

> *"Sobre el tema de la procedencia y de la oportunidad de la acción cuando se pretende la nulidad de actos previos expedidos con ocasión de la actividad contractual, esta Subsección se ha pronunciado en punto a los distintos supuestos fácticos que pueden presentarse en relación con su marco temporal y las consecuencias que, en relación con las aspiraciones económicas se derivan en cada caso. El primer supuesto fáctico que puede tener cabida es el que, en efecto, concurre en la presente causa y que alude al hecho de que la acción se ejerce dentro de los treinta días de caducidad previstos en el inciso segundo del artículo 87 del C.C.A., sin que dentro de dicho lapso se hubiese procedido a la celebración del contrato derivado del acto acusado, evento en el cual el sujeto que no resulta favorecido con la adjudicación podrá válidamente pretender su declaratoria de nulidad con el respectivo efecto económico resarcitorio, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho."* (Consejo de Estado, Exp. 52733, 2017)

Conforme a lo anterior, tanto el acto administrativo de declaratoria de desierta cuando se presentan proponentes al Proceso como el de adjudicación al ser actos administrativos de carácter definitivo que tienen la virtualidad de afectar derechos subjetivos de personas determinadas, serán cuestionados respecto de su legalidad a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Eso sí, siempre y cuando no se haya celebrado ningún contrato estatal, toda vez que, tal y como se explicará en el siguiente acápite, una vez se celebra el contrato estatal será a través del medio de control de controversias contractuales que se estudiará la legalidad del contrato y los actos proferidos con anterioridad a la celebración de este.

c) Controversias contractuales

En virtud del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Asimismo, se podrá cuestionar la legalidad de los actos precontractuales que dieron lugar al contrato estatal estando suscrito el contrato, para que, de esta forma, se declare la nulidad de los mismos, por medio de la acumulación de pretensiones siempre y cuando se cumpla con los requisitos para tal fin. Al respecto el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

> *"(…)cuando se formulen pretensiones de controversias contractuales con las concernientes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo procedente es su acumulación siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos en la ley para ello, esto es, i) que no haya operado la caducidad de alguna de ellas, ii) que el mismo juez sea competente para conocer de todas las pretensiones formuladas y iii) que las pretensiones no se excluyan entre sí y puedan ser conocidas en idéntico trámite procesal. Sin embargo, es preciso advertir que en el evento de que se acumulen pretensiones de nulidad con las pertenecientes a otros medios de control, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011."* (Consejo de Estado, Exp. 54132, 2018).

f) Acción de Lesividad.

El Consejo de Estado ha definido la acción de lesividad en los siguientes términos: "*la acción de lesividad busca la protección de la legalidad que se ha visto afectada por el acto administrativo viciado de nulidad expedido por ella misma, entonces dicha acción le ofrece a la administración la posibilidad de que en defensa del interés público y del ordenamiento jurídico y ante actos que vulneren este último, controvierta ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa sus propias actuaciones, a fin de sustraer del ordenamiento jurídico, el acto que considera vulnerador o espurio, empleando las mismas acciones (hoy medios de control) que se incoan para demandar por los administrados"* En este sentido, la Administración comparece al proceso en calidad de demandante y de demandada, buscando obtener la nulidad de un acto administrativo expedido por ella, invocando una o varias de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. (Consejo de Estado, Exp. 0018201, 2018)

Sin embargo, surge el siguiente interrogante ¿En qué eventos la Administración debe acudir a la acción de lesividad? De acuerdo con el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos que hayan creado o modificado una situación de carácter particular, bien sea expreso o ficto, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. En el caso que, la Administración profiera un acto administrativo de carácter particular que se encuentre viciado por algunas de las causales de ilegalidad, y a pesar de solicitarle la aprobación del titular para la revocación no se obtiene su consentimiento, la Administración no tiene camino distinto a demandar su propio acto por medio de la acción de lesividad. (Dávila, 2016, p. 832)

Conforme a lo anterior, la acción de lesividad permite a la propia administración controvertir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo sus propios actos, a fin de sustraerlos del ordenamiento jurídico por considerar que los mismos fueron expedidos con vicios de nulidad. Esta acción procederá cuando el acto administrativo resulta contrariar el ordenamiento jurídico y no se tiene la posibilidad de revocarlo directamente por la falta de requisitos para hacerle cesar sus efectos.

V. Conclusiones.

Del análisis de este primer capítulo podemos indicar que, los partícipes del Sistema de Compra Pública sólo tienen dos alternativas para que los actos administrativos que se generan con ocasión de la actividad precontractual de la Administración sean revisados, la primera alternativa como se explicó con anterioridad obedece a la posibilidad que tienen los proponentes de solicitar a la Administración la revisión de sus propios actos administrativos, esto es, en sede administrativa; y a esta opción se accede a través de la interposición de recursos en los casos específicos en que ello es procedente.

Esta alternativa procura que la Administración reflexione respecto de sus propias decisiones y examine si su actuar se ajusta al ordenamiento jurídico colombiano y a las reglas del pliego de condiciones, pero desafortunadamente, esta opción presenta algunas particularidades que hacen difícil su uso, como que la decisión que adopta la Administración carezca de imparcialidad, debido a que es la misma Entidad Estatal ante quien se interpone el recurso y la que debe resolverlo, luego existe un doble rol de la Administración, juez y parte.

Finalmente, la otra posibilidad que tienen los partícipes del Sistema de Compra Pública para solicitar que sean revisados los actos administrativos que surgen con ocasión de la actividad precontractual del Estado, es acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Esta alternativa se da a través de los medios de control que analizamos con anterioridad y que supone someter un conflicto a los

tiempos de la jurisdicción que, como se demostrará más adelante, son bastante extensos debido a la congestión del sistema judicial colombiano, situación que implica que las controversias que se generan en esta etapa del Proceso de Contratación (etapa precontractual) no sean resueltas de forma oportuna; y por consiguiente, esto genera un efecto adverso y es la suscripción del contrato con posibles irregularidades que pueden cuestionar su validez, e ir en contravía del interés general que debe prevalecer en los contratos estatales, situaciones que a posteriori supondrían una eventual demanda en contra del Estado debido a la imposibilidad de revisar sus actuaciones previo a la suscripción del contrato estatal.

Capítulo II: Resultados de las evaluaciones de los sistemas de impugnación de Colombia con la metodología MAPS creada por la OCDE

El objetivo de esta parte del texto es presentar la metodología que utiliza la OCDE para medir los estándares de los sistemas de impugnación o 'Procurement Review Systems', y la evaluación realizada con dicha metodología para el ingreso de Colombia a la organización; todo con el fin de mostrar los resultados que ha obtenido Colombia en dichas mediciones, de acuerdo con los cuales se proponen soluciones para mejorar este aspecto.

Para lo anterior, primero presentaremos la metodología de la OCDE denominada MAPS, luego las evaluaciones realizadas al Sistema de Compra Pública de Colombia en el año 2009 y en el año 2018; y finalmente mostraremos los resultados que obtuvo Colombia en el año 2016 para su ingreso a la OCDE con respecto al Sistema de Compra Pública.

Antes de proseguir, es importante señalar dos asuntos. El primero, que el lenguaje de este capítulo no es el mismo lenguaje utilizado en los capítulos anteriores, dado que parte del trabajo de la OCDE es estandarizar la comprensión de los sistemas de compras y contratación pública en el mundo, razón por la cual utiliza términos mucho más generales y abstractos para explicar o analizar la contratación pública.

El segundo, es que no se analizan los recursos de la 'vía gubernativa' ni la posibilidad de las Entidades Estatales de revocar directamente sus actos, dado que la evaluación de los sistemas de impugnación está enfocada en organismos independientes a las mismas Entidades Estatales que toman sus decisiones. Sin embargo, uno de los ejercicios de este texto es adaptar los sistemas de evaluación de la OCDE al sistema legal colombiano, y lograr entender mejor qué es lo que la organización evalúa por medio de MAPS.

a) Descripción de MAPS

Como se explicó previamente, uno de los intereses del Gobierno Nacional que fue logrado es que Colombia sea un miembro permanente de la OCDE, un organismo internacional que ayuda a los países miembros, entre otras cosas, a mejorar las condiciones económicas, las condiciones de gobernanza, las finanzas públicas, el sistema educativo, el sistema de seguridad social, en otros asuntos como la agricultura, el comercio, y el sistema regulatorio (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Colombia, 2015, p. 1).

Respecto del comercio, la OCDE promueve altos estándares de competencia, una mayor protección legal e institucional a inversionistas nacionales y extranjeros, un sistema de normas o reglas claras sobre la intervención del Estado, y unos sistemas de resolución de controversias que ayuden efectivamente a mitigar y resolver las controversias de manera eficiente y eficaz (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Colombia, 2015, p. 5).

Ahora bien, para establecer si un país puede ingresar a la organización, la OCDE realiza una serie de evaluaciones de integridad a cada uno de sus aspectos más relevantes, entre los cuales está la revisión al Sistema de Compra Pública, lo cual ocurrió en el año 2015 y los resultados se describen en este capítulo.

También la OCDE evalúa al Sistema de Compra Pública utilizando la metodología MAPS (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2010, p. 3), un sistema cualitativo y cuantitativo que analiza y mide los niveles de cumplimiento legal e institucional, los niveles de percepción, y los niveles de eficiencia y eficacia del Sistema de Compra Pública.

Uno de los asuntos que analiza con rigor es el sistema de impugnación de las decisiones de las Entidades Estatales en contratación pública, al evaluar la economía, eficiencia y eficacia de los recursos con los que cuentan los contratistas y proponentes para dar soluciones a los conflictos o desavenencias precontractuales, contractuales y postcontractuales.

Previo a describir los resultados que obtuvo el Sistema de Compra Pública de Colombia en las evaluaciones con la metodología MAPS; se realizará una descripción de esta advirtiendo desde este momento que los resultados de dicha evaluación para el año 2009 y 2018 no son comparables, ya que los indicadores varían en su contenido de acuerdo con lo que la OCDE establece.

La metodología MAPS (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2010) utiliza principalmente dos indicadores: (i) los Base-Line Indicators (BLI's) o indicadores de referencia, que verifican si el país cuenta con las condiciones mínimas solicitadas por la OCDE para los sistemas de compras y contratación públicas; y (ii) los Compliance/Performance Indicators (CPI's) o indicadores de cumplimiento o rendimiento, que evalúan, desde la percepción de los partícipes, la efectividad y eficiencia del Sistema de Compra Pública.

Los BLI's son un indicador cuantitativo, con valores numéricos entre 0-3, que deben dar un puntaje o calificación mínima; mientras que los CPI's dependen de la información estadística, los resultados de encuestas y, en general, de la información cualitativa que recolecten los evaluadores (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Compendium, 2008, p. 18). De los resultados obtenidos de ambos indicadores, la OCDE determina si el Sistema de Compra Pública cumple o no con los estándares de la Organización.

En lo que hace referencia a los mecanismos para controvertir o impugnar las decisiones adoptadas por las Entidades Estatales en sus Procesos de Contratación y en cualquiera de sus etapas, el MAPS cuenta con varios indicadores o subindicadores BTI's para realizar la evaluación (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2010, p. 3).

A continuación, explicamos cada indicador útil para los propósitos de este texto, sin perjuicio de la existencia de otros indicadores que no serán estudiados.

El Indicador 1 'Marco legal y reglamentario' y su sub-indicador 1-h 'Reclamaciones', evalúa si el marco legal establece: a) el derecho a revisión; b) los temas que son pasibles de revisión; c) el plazo para dichas revisiones; y d) las diferentes instancias del proceso de revisión. (…) Aunque la primera revisión la realiza normalmente la entidad adquirente, debe existir un ente de revisión judicial/administrativa que actúe de forma independiente de la dependencia que realiza la compra. Es decir, que no tenga interés en el proceso de adquisiciones y no responda a la entidad adquirente.

Idealmente debe ser una agencia independiente sin responsabilidades operativas o ejecutivas. (Comisión Intersectorial de Contratación Pública (CINCO) (2008) p. 59)

El Indicador 10 'Eficiencia de los Mecanismos de Impugnación' evalúa si el sistema legal colombiano permite de manera eficiente y eficaz proteger los intereses de los particulares dentro de la contratación pública, al contar con mecanismos adecuados para la impugnación de las decisiones de las Entidades Estatales en contratación pública. Este indicador está divido en 5 subindicadores (a-e).

El subindicador 10-a, que examina que las decisiones de las Entidades Estatales se basen en información confiable y pública, y que estas decisiones finales solamente puedan ser revisadas y revocadas por un cuerpo (o autoridad) independiente con capacidad de ejecutar sus fallos. Este subindicador establece como criterios de evaluación que: (i) la adjudicación de un contrato por parte de una Entidad Estatal se basó en información confiable y veraz, la cual es evidenciable, y que dicha adjudicación solamente es revocable por una autoridad independiente, que puede ser o no de carácter judicial; (ii) la existencia de alguna autoridad independiente no judicial que pueda revocar las decisiones adoptadas por las Entidades Estatales en contratación pública; y (iii) que el proceso de impugnación ante dicha autoridad no demora injustificadamente la adjudicación y celebración de contratos (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2010, p. 38).

Por otro lado, el subindicador 10-b estudia si el sistema de impugnación tiene una capacidad real para manejar y revocar las decisiones de las Entidades Estatales de manera eficiente, y si esta autoridad logra ejecutar la medida correctiva impuesta de manera eficaz y eficiente. Los criterios de evaluación de este BTI están relacionados con la capacidad real de revocar y la posibilidad de ejecutar la medida por parte del órgano independiente, incluyendo los órganos jurisdiccionales.

Estos criterios son: (i) mecanismos precisos de revocatoria, con medidas correctivas ejecutables en plazos razonables; (ii) mecanismos precisos de revocatoria, con unas medidas ejecutables en unos plazos legales conocidos, pero confusos; (iii) mecanismos confusos de revocatoria, con unos plazos legales difusos; y (iv) la inexistencia de mecanismos o plazos (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2010, p. 39). La calificación de este BIT depende del criterio de evaluación cumplido, si es el primero, el país obtiene 3 puntos, pero si es el tercero, el país sólo obtiene un punto. Si no cumple con nada de lo anterior, el país no recibe puntaje.

El subindicador 10-c analiza si el sistema de impugnaciones es confiable y justo, y si los fallos adoptados son suficientemente justificados y están sometidos a algún recurso de apelación o de revisión. Este subindicador evalúa: (i) si los fallos corresponden al contexto del caso o decisión impugnada; (ii) si la autoridad es imparcial y juzga a partir de los hechos y derechos probados dentro del caso; (iii) si existe algún recurso de apelación o revisión contra los fallos; y (iv) si las medidas adoptadas por medio del fallo son conducentes para corregir las decisiones adoptadas por las Entidades Estatales (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2010, p. 39).

Para aprobar este BTI con la máxima puntuación (3), es necesario cumplir con todos los indicadores antes descritos, y ante el cumplimiento parcial, el puntaje depende de cuántos criterios el país cumpla.

El subindicador 10-d busca evaluar qué tan públicas son las decisiones de las Entidades Estatales en contratación pública, con el propósito que sean impugnadas o controvertidas por los particulares. Este subindicador evalúa si el país cuenta (i) con un sistema electrónico de contratación o un sistema

online de publicación de la información; (ii) un sistema de publicación escrito de alta circulación; o (iii) algún sistema o método para hacer públicos los actos precontractuales y contractuales de las Entidades Estatales. Para obtener los 3 puntos, el país debe contar con un sistema electrónico de contratación (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, MAPS, 2010, p .40).

Por último, el subindicador 10-e estudia la autonomía del órgano administrativo o jurisdiccional que revisa las impugnaciones de las decisiones de las Entidades Estatales dentro de todo Sistema de Compra Pública. Acá es importante aclarar que la visión del Sistema de Compra Pública no solamente hace referencia a los negocios jurídicos celebrados por las Entidades Estatales, sino que hace referencia a todos los mecanismos y actores dentro del sistema, como los órganos de control, las corporaciones jurisdiccionales, la relación entre las entidades nacionales y territoriales, y en general, todos los componentes objetivos y subjetivos que existen dentro del Sistema de Compra Pública.

Así las cosas, en este escenario el criterio de evaluación es sencillo: si el órgano es completamente autónomo recibe 3 puntos, y si el órgano no es autónomo frente al resto del Estado, así como frente a los particulares, no recibe puntos.

A continuación, y después de haber descrito los indicadores relevantes de MAPS para efectos de este documento, presentamos los resultados de MAPS para el año 2009 y el año 2018, además de los resultados para el ingreso de Colombia a la OCDE con respecto al Sistema de Compra Pública del año 2015.

b) Informe de evaluación MAPS de la OCDE para el Sistema de Compra Pública de Colombia (año 2009)

Sobre la evaluación MAPS para el Sistema de Compra Pública de Colombia del año 2009 existen dos informes: (i) el informe del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo que presenta de manera general los hallazgos y recomendaciones una vez aplicada la evaluación; y (ii) el informe de la Comisión intersectorial de Contratación Pública (CINCO) que presenta la evaluación detallada con sus resultados.

La aclaración anterior es necesaria toda vez que el primer informe señala en el Pilar III llamado “Operación de adquisición y prácticas de mercado” como recomendación la “creación de un cuerpo administrativo para resolver disputas precontractuales como una forma de descongestionar las cortes y darle al demandante un mecanismo de resolución rápida para continuar en el concurso antes de que finalice el proceso de adjudicación” (Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo (2009). p. 13). Sin embargo, al analizar este Pilar sus indicadores se refieren a la resolución de disputas en la etapa de ejecución por lo cual no se entiende la referencia a controversias precontractuales, ya que el Pilar IV denominado “Integridad y transparencia del sistema de contratación pública” es el que realmente se enfoca en dicho tema.

Teniendo en cuenta que anteriormente hicimos una descripción de MAPS, sus pilares e indicadores, esta parte del texto se enfoca en presentar los resultados y sus explicaciones respecto del Pilar IV “Integridad y transparencia del sistema de contratación pública” que es el que se relaciona con el objetivo de este estudio, con el fin de identificar los aspectos a mejorar sobre los cuales el capítulo siguiente propone una solución.

El Pilar IV de la evaluación de MAPS revisa los controles y normas con los que cuenta el Sistema de Compra Pública colombiano para garantizar la integridad y la transparencia de este. El primer informe referido anteriormente señala como debilidad la falta de un mecanismo expedito para resolver controversias precontractuales, ya que, aunque las decisiones de la jurisdicción existente que es la Contencioso Administrativa (juzgados, tribunales administrativos y Consejo de Estado) son adecuadas en términos de justicia e imparcialidad, tardan demasiado. Por tanto, la estrategia que se determina para superar esto es "crear un sistema de apelación autónomo para la contratación con el fin de tener decisiones expeditas y descongestionar las cortes" (Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo (2009) p. 14).

Ahora bien, el segundo informe que expone la evaluación MAPS al Sistema de Compra Pública de forma detallada, en una de sus partes presenta el informe final de la evaluación realizada por la Corporación Transparencia por Colombia evaluando su desempeño hasta el 31 de diciembre de 2007 y las normas vigentes hasta agosto de 2008, respecto del Pilar IV. En resumen, señala la inexistencia de un órgano independiente para resolver controversias contractuales en sede administrativa dejando a los órganos judiciales como la única opción frente a las decisiones que toma la Administración, o incluso a esta misma es a quien los interesados pueden acudir de acuerdo con lo que la misma Ley señala (Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 2). A su vez menciona a los órganos de control (Procuraduría, Contraloría y Fiscalía) como mecanismo de revisión de las disputas, pero enfatiza en su alta burocracia y demora impidiendo resolver esto en tiempo real.

Finalmente, en la evaluación se comparó la vía gubernativa y la vía judicial concluyendo para la primera que las Entidades Estatales no tienen sistemas exclusivos para atender las Peticiones, Quejas, Reclamos, Solicitudes y Denuncias (PQRSD) sobre contratación ni plazos o procedimientos estandarizados para esa atención ya que se definen en cada pliego de condiciones, lo que genera desconocimiento previo para los particulares; que las solicitudes recibidas en el Proceso de Contratación se resuelven antes de la adjudicación y las que se reciben después no reciben la misma atención, que no hay una autoridad en las Entidades que detenga un Proceso con irregularidades y que no hay celeridad y autonomía para resolver las quejas de los Procesos. Sobre la vía judicial señala que es la única autoridad para las controversias contractuales, pero no hay plazos para emitir fallos ya que son indeterminados, lo que es contrario a lo que ocurre para el demandante que sí tiene plazos para interponer las acciones correspondientes; y que las decisiones son emitidas después de la adjudicación por lo que no se interrumpe el Proceso y este sigue su curso sin importar las irregularidades existentes.

Las anteriores conclusiones tienen concordancia con los resultados cuantitativos de la evaluación y sus conclusiones respecto del Pilar IV que ahora se expondrán. Los indicadores del Pilar IV son los números 9, 10, 11 y 12 de los cuales el 10 es el que evalúa la eficiencia del mecanismo de apelaciones cuyo promedio de calificación es 2. Al desagregar el indicador 10 tenemos 5 subindicadores cuyos resultados y conclusiones se encuentran en la siguiente tabla:

INDICADOR 10: Eficiencia del mecanismo de apelaciones (Promedio de calificación = 2)	
Subindicadores y puntajes	**Explicación y conclusiones**

a) Las decisiones se discuten sobre la base de la información disponible y la decisión final puede ser revisada y tomada por un ente (o autoridad) con capacidad de exigir su cumplimiento conforme a las leyes. Puntaje = 2	Ante inconformidades respecto de las decisiones de la Administración la Ley señala que se debe acudir a ella sin que exista un ente autónomo para apelar salvo la vía judicial cuyos plazos para resolver son los del proceso judicial que no están definidos. Además, los entes de control tienen procesos largos y demorados.
b) El sistema de revisión de quejas tiene la capacidad de manejarlas en forma eficiente y una manera de aplicar la reparación impuesta. Puntaje = 1	Las solicitudes durante el Proceso se responden antes de la adjudicación, y las solicitudes después del Proceso se responden de acuerdo con los términos del CCA; en todo caso no se cuenta con un sistema exclusivo de atención a solicitudes sobre contratación pública ni con plazos estandarizados para ello o una única autoridad en la Entidad para detener un Proceso por irregularidades. Las denuncias sobre contratación pública ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa tienen plazos de respuesta de acuerdo con un trámite judicial impreciso y no tienen un manejo privilegiado ante los jueces, además de su complejidad y demora para restablecer el derecho.
c) El sistema funciona de un modo justo, con decisiones equilibradas y justificadas sobre la base de la información disponible. Puntaje = 3	La vía judicial cumple con esto ya que permite presentar acciones y que haya reparación, además de la posibilidad de acudir a instancias superiores (tribunales administrativos y/o Consejo de Estado). La vía gubernativa no cumple con esto por lo cual se evaluó respecto de la vía judicial.
d) Las decisiones se publican y se encuentran a disposición de todas las partes interesadas y del público. Puntaje = 3	Las decisiones de las Entidades se publican en SECOP. En vía judicial no existe la obligación de publicar los fallos en internet, pero el Consejo Superior de la Judicatura tiene un espacio en su página para ello.
e) El sistema asegura que el ente encargado de revisar las protestas tenga plena autoridad e independencia para resolverlas. Puntaje = 3	La vía judicial cumple con la independencia para tomar las decisiones, pero se enfatiza en la falta de un mecanismo en vía gubernativa que funcione como segunda instancia frente a la Administración, ya que no se puede evitar adjudicar a quien no corresponde o contratos irregulares demandados que resultan a favor del demandante y en grandes condenas al Estado, lo que también aumenta el número de demandas en vía judicial.

Tabla 2. Elaboración propia con información de la fuente.

(Fuente: Comisión Intersectorial de Contratación Pública (CINCO) (2008) p.153 a p.169).

c) Resultados de la evaluación del Sistema de Compra Pública para el ingreso de Colombia a la OCDE (año 2016)

Lo anterior va en concordancia con el estudio preliminar realizado para Colombia por la OCDE. Al referirse al sistema judicial, el informe señala que la falta de especialización de los jueces en asuntos regulatorios como la contratación pública, y la demora o congestión en la gestión judicial, implican necesariamente un "cambio institucional importante que sólo se dará con un consenso y un apoyo político suficientes" (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Colombia, 2015, p. 51).

Esto también, de acuerdo con el capítulo 4 del mencionado informe, produce ineficiencias en el Sistema de Compra Pública colombiano por la lentitud en los procedimientos judiciales, ya sea por la falta de recursos o por la congestión judicial que hace necesario que los funcionarios públicos y los proveedores eviten las controversias usando mecanismos de revisión. Al respecto el informe de la OCDE señala a las observaciones y las audiencias, a través de las cuales las partes pueden resolver problemas y evitar acciones judiciales.

Las observaciones de los proveedores deben ser respondidas por la Entidad Estatal y revisar si ello implica una modificación al Proceso de Contratación; lo cual sumado a la oportunidad de discusión que propician las audiencias son herramientas importantes para los proveedores que logran exponer sus consideraciones de una forma ágil y sin interrumpir el procedimiento, recibiendo una explicación basada en argumentos que previene un conflicto; y a la Entidad Estatal le permite corregir irregularidades. Por tanto, esto debe apreciarse como una oportunidad de las partes y no una formalidad, además de que el informe considera que esas observaciones deben realizarse de forma electrónica (lo cual ocurre actualmente con el SECOP II como plataforma transaccional de Compra Pública en Colombia) para evitar la colusión cuando los proponentes se conocen.

Por otro lado, con respecto a mecanismos de revisión se encuentran la vía gubernativa y el control judicial; pero en Colombia no es posible impugnar las decisiones de trámite lo que hace que al impugnar decisiones definitivas se invoquen todos los problemas que hubo en el proceso. Esto es una dificultad si se quiere que las decisiones sean recurridas lo más pronto posible, además de que las opciones frente a la decisión de adjudicación del contrato que son la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho y la revocatoria directa por sus características y condiciones son difíciles de usar por los proveedores. En particular, en el informe de la OCDE se señala con respecto a la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación que "En todos los casos, después de que el contrato es ejecutado, el único remedio legal disponible para el proveedor perdedor es pedir una compensación. Este remedio, aunque a veces es usado por la expectativa de tener ganancias y recuperar los costos de la licitación, no es efectivo por la dificultad de probar que el proveedor habría ganado el contrato". (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Colombia, 2016, p. 81).

En consecuencia, los mecanismos de impugnación son complicados, demorados y tienen altos costos, haciéndose necesaria una protección provisional a los proveedores por las situaciones irreversibles que se pueden configurar en los Procesos de Contratación; sobre lo cual el mencionado informe señala a las medidas cautelares del CPACA, el cual es destacado por dar claridad e innovar en materia de procedimientos; y también a la acción de tutela aclarando que es subsidiaria y sólo procede si se involucran derechos fundamentales.

Continúa el informe de la OCDE concluyendo dos cosas: (i) las controversias contractuales son más frecuentes que las controversias precontractuales; y (ii) la congestión judicial limita la efectividad y eficiencia de los mecanismos de impugnación, por lo cual se analizan los pro y contra de crear un tribunal especializado en contratación estatal.

Sobre la primera conclusión, una posible explicación es que ante controversias precontractuales se cuenta con mejores herramientas para ser resueltas teniendo en cuenta que en el desarrollo de un contrato, las facultades extraordinarias (cláusulas excepcionales) como derecho especial de la Entidad Estatal pueden provocar litigios; y ante los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), según las entrevistas, las partes prefieren acudir a la jurisdicción. Por esto, deben replantearse los poderes especiales de las Entidades Estatales lo cual no existe en el derecho privado, y tampoco en los países de la OCDE que no diferencian el contrato público del contrato privado y esto es considerado una buena práctica. En todo caso el informe concluye que se espera que las dificultades mencionadas sean clarificadas en una ley que modifique las reglas de la contratación pública y que está siendo redactada (aunque se desconoce a qué proyecto de norma hace referencia).

Sobre la segunda conclusión, el informe de la OCDE establece que la jurisdicción tiene una alta carga de casos y no cuenta con los recursos suficientes para resolverlos por lo que se requiere que la regulación reorganice y acelere los litigios. Los datos recopilados por dicho informe que muestran la ineficiencia de los mecanismos de impugnación son: El Consejo de Estado se demora 2 semanas para resolver medidas cautelares o a veces más, la nulidad es resuelta en primera instancia, entre 2 y 5 años y su apelación en otros 2 años, lo que en suma con frecuencia implica 8 años. Con la expedición del CPACA, el Consejo de Estado espera resolver los casos en 2 años; no obstante, esto desincentiva el uso de los mecanismos y genera altos costos.

Una ayuda para mejorar la congestión judicial puede ser disponer de más recursos, pero también puede ser la creación de una corte o tribunal especializado en contratación pública no sólo para controversias precontractuales, sino también para contractuales. La siguiente tabla basada en el Recuadro No. 38 “Casos de contratación estatal en cortes y en tribunales especializados de contratación” del informe de la OCDE muestra los pros y los contras de esto:

CORTES ESPECIALIZADAS EN CONTRATACIÓN	
Pros	**Contras**
Mejor conocimiento de la regulación general, sectores y casos.	Por el volumen de casos, la duración para resolverlos es alta.
Mejores métodos de interpretación y mayor experticia en la aplicación de principios.	No tienen reglas o procedimientos especiales para casos de contratación estatal.
	Ausencia de conocimiento especializado en contratación estatal.
TRIBUNALES ESPECIALIZADOS EN CONTRATACIÓN	
Pros	**Contras**

Procedimiento simple y rápido.	Puede no tener conocimiento de la regulación general y los principios en que se basan las reglas de contratación, lo que puede cambiar su interpretación.
Tiene conocimiento de la realidad de la contratación, los asuntos en este tema y el procedimiento.	Sus decisiones requieren de obligatoriedad en su aplicación para tener un impacto real.

Tabla 3. Elaboración propia con información de la fuente.

(Fuente: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Colombia, 2016, p. 84).

A pesar de lo anterior, una de las conclusiones del informe de la OCDE es que "los mecanismos antes de la jurisdicción deben ser mejorados y ofrecer posibilidades reales de evaluación y resolución de disputas." (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, Colombia, 2016, p. 98).

Finalmente, ante el resultado obtenido por el país utilizando el MAPS de la OCDE, este estudio concluye que en Colombia es necesario crear un mecanismo de impugnación de las decisiones de las Entidades Estatales, o por lo menos crear alguna alternativa adicional para que las Entidades Estatales y los proponentes acudan a ella.

d) Informe borrador de la evaluación MAPS del Sistema de Compra Pública colombiano (año 2017 y 2018)

Como habíamos mencionado, MAPS tiene diferentes versiones por lo cual, aunque se mantiene la estructura general descrita previamente en el Gráfico 1, los indicadores y puntajes cambian dependiendo de la época en la cual se aplica la metodología para evaluar al Sistema de Compra Pública, lo cual no tiene una periodicidad definida. Por ende, a continuación, explicaremos la metodología aplicable para el año 2017 y 2018 con sus resultados, teniendo en cuenta que la nueva versión de MAPS surge después de la revisión de esta con el fin de que se adecúe a los retos actuales, y que tenga en cuenta conceptos relevantes para la compra pública que antes no eran incluidos, como el valor por dinero y el contexto de los países a los que se les aplica esta metodología.

Actualmente el informe final de la evaluación MAPS al Sistema de Compra Pública colombiano 2017 y 2018 se encuentra en estado borrador, cuya versión final incluirá las conclusiones de un taller de cierre que se requiere para socializar los resultados. De acuerdo con el informe borrador, la versión de MAPS 2017 establece indicadores basados en lo ideal y no en estándares mínimos que era lo que sucedía antes, pero la estructura general (Gráfico 1) se mantiene. El cambio en la metodología radica en que ahora al evaluar la compra pública los resultados evidenciarán las banderas rojas y brechas sustantivas y sus acciones correctivas, además de señalar oportunidades de mejora y aspectos del Sistema de Compra Pública que cumplen los estándares; lo cual se basa en aplicar criterios cualitativos e indicadores cuantitativos que citaremos más adelante sólo respecto del objetivo de este estudio.

Bandera Roja	Brecha sustantiva	Oportunidad de Mejora	Cumple los estándares

Gráfico 2. Tomado de Colombia Compra Eficiente. (abril de 2018) p. 31.

Antes de detallar los resultados de la evaluación, es importante mencionar que el borrador del informe señala de manera general fortalezas y debilidades de la contratación pública colombiana, lo cual llama la atención porque desde ya se identifica una debilidad, que es una de las razones de ser de este estudio y que se relaciona directamente con el objetivo del mismo, y es que "en cuanto a las debilidades, se destaca el hecho de que no exista una instancia administrativa de impugnación de las decisiones de la Entidad Estatal en la etapa precontractual, y que la vía judicial, que es la única existente, no resulta eficaz ni eficiente para resolver los recursos que los proveedores pueden oponer a las decisiones de adjudicación de contratos. Dados la magnitud de los cambios normativos e institucionales necesarios para cerrar esta brecha -algunos de los cuales están fuera de la esfera de acción de CCE y el Gobierno-, y el hecho de la que misma ya había sido señalada en evaluaciones anteriores sin que hubiera sido abordada, se ha levantado en este punto una bandera roja" (Colombia Compra Eficiente. (abril de 2018) p. 29).

Ahora se presentan los resultados para el Pilar I denominado "Marco legislativo y regulatorio" que es el que tiene "bandera roja" en el indicador 1 "El marco legislativo para la contratación pública cumple con las normas acordadas y las obligaciones aplicables", subindicador 1(h) "Derecho a impugnación y apelación" por la inexistencia de una instancia administrativa de impugnación de las decisiones de la autoridad contratante en la etapa precontractual, la imposibilidad de crearla por las razones que se señalan más adelante; y también porque esto fue identificado en evaluaciones anteriores sin que se hayan tomado acciones para enfrentar los riesgos que el informe borrador dice que se indicarán en la sección "3.4 Áreas de mejora y posibles soluciones", en donde se mencionan las brechas sustantivas y se valora el riesgo que las mismas representan para el Sistema de Compra Pública con una escala de 1 a 3, donde 1 es bajo, 2 es mediano y 3 alto. Sin embargo, aclaramos que en dicho informe no se observa lo que él mismo mencionó, ya que en dicha sección del informe no se hace referencia a los indicadores relevantes para este estudio.

El resultado señalado tiene origen en que no hay un órgano o autoridad independiente que se encargue de las impugnaciones de los proponentes de un Proceso de Contratación, revisando las decisiones de la Entidad Estatal en disputa y suspendiendo la adjudicación si fuere necesario; la única vía es la judicial que no es expedita, lo que provoca que inclusive el Proceso sea finalizado y el contrato ejecutado, y no haya una decisión sobre la controversia, por lo cual cuando se toma esa decisión existen situaciones consolidadas frente a las que el Estado sólo puede indemnizar. Sobre este resultado la posible solución que señala el informe borrador es la creación de un tribunal especializado en el tema de los contratos estatales, pero la magnitud en recursos públicos de llevarlo a cabo hace inviable esto en el corto o mediano plazo.

Lo anterior está justificado con cifras de congestión judicial y dinero apropiado por las Entidades para atender condenas judiciales, e incluyen cifras sobre el valor de las pretensiones de los Procesos en los que las Entidades son demandadas; todo lo cual se encuentra actualizado en el Capítulo 1, literal d) de este estudio.

Por consiguiente, las acciones necesarias se enfocan en modificar la Ley para que el acto de adjudicación se pueda recurrir y para que se cree la autoridad administrativa independiente ya mencionada, o se reestructure alguna Entidad para que cumpla con esa función. El informe borrador señala que la modificación de la ley es factible pero la implementación se dificulta por los recursos en dinero que ello implica, sobre lo cual existen restricciones que las siguientes normas imponen: (i) Plan de Austeridad 2014, (ii) Directiva Presidencial No. 1 de 2016, y (iii) Decreto 2236 de 2017.

A su vez, el Pilar IV “Integridad y transparencia del sistema de contratación pública” en su indicador 13 “Los mecanismos de apelaciones de contratación son eficaces y eficientes” desagregado en 3 subindicadores tiene como resultado en la evaluación “brecha sustantiva” lo que está relacionado con el resultado anterior del Pilar I, se basa en el mismo e indica que no hay eficacia ni eficiencia en la vía judicial que es la única alternativa para impugnar decisiones del Proceso, a pesar de que ésta es equilibrada, objetiva y está sujeta a una segunda instancia.

Capítulo III: Facultades jurisdiccionales y la conveniencia de su otorgamiento a Colombia Compra Eficiente.

Otorgar facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública es uno de los esquemas que puede ser considerado para resolver conflictos en la etapa precontractual de los Procesos de Contratación. A continuación, desarrollaremos dicha propuesta sin perjuicio de que existan otros mecanismos que puedan ser sugeridos, cuyo análisis debe ser realizado para plantear de manera íntegra al Gobierno Nacional, las opciones que pueden ser tenidas en cuenta para el cumplimiento de la obligación señalada por la OCDE, consistente en la creación de una instancia que atienda de manera ágil y expedita las controversias que se susciten en la etapa precontractual de los Procesos de Contratación, para lo cual, en las próximas páginas de este estudio se desarrollará dicha alternativa en términos de facultades jurisdiccionales y sus ventajas y desventajas.

1. Desde el ámbito de la Constitución Política de Colombia.

Otorgar facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente para que, a través de un trámite judicial expedito resuelva los conflictos que se presenten con ocasión de la etapa precontractual de los Procesos de Contratación, requiere la realización de un análisis de nuestro ordenamiento jurídico para determinar la viabilidad de dicha propuesta.

El artículo 113 constitucional, organizó la estructura del Estado y conformó las ramas del poder público determinando que estas son legislativa, ejecutiva y judicial, de esta manera el constituyente separó los poderes públicos y evitó la concentración del poder en cabeza de una sola autoridad, pero también determinó que existen otros órganos que las integran, los cuales, desarrollan funciones independientes, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Tal colaboración armónica de los poderes públicos del Estado supone reconocer que el desarrollo de las funciones a cargo de las Entidades Públicas puede ser realizado con mayor efectividad si a partir del reconocimiento de sus experiencias identifican sus debilidades y fortalezas, y colaboran entre sí para la realización de los fines del Estado.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho “(…) El principio democrático, en cuya virtud las funciones públicas no pueden hallarse todas en cabeza de la misma rama, órgano o funcionario, tiene cabal expresión en el nombrado artículo 113 del Estatuto Fundamental que contempla la existencia de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial y que también prevé la consagración de órganos autónomos e independientes, “para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”. Declara el precepto constitucional que los órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, con lo cual elimina todo criterio absoluto en cuya virtud cada rama u órgano tenga que actuar forzosamente dentro de marcos exclusivos, rígidos e impermeables. Se trata, más bien, de lograr un equilibrio que impida la concentración y el abuso del poder pero que a la vez permita, en virtud de una razonable flexibilidad, conjugar los

esfuerzos de quienes lo ejercen con miras al logro de las metas comunes (…)" (Corte Constitucional, Sentencia C-212, 1994)

De lo anterior, tenemos que la colaboración entre Entidades del Estado es posible en el ordenamiento jurídico colombiano y, para su materialización el artículo 116 constitucional determina que de manera excepcional la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, siempre que estas no realicen la instrucción de sumarios ni juzguen delitos. Del entendimiento de este precepto constitucional, se puede inferir que los requisitos para otorgar facultades jurisdiccionales a las autoridades administrativas son dos: a) que sea el legislador quien determine las funciones jurisdiccionales a desarrollar por parte de la autoridad administrativa de manera clara, es decir que las facultades que otorga versen sobre materias milimétricamente definidas y b) que dichas funciones no se relacionen con la instrucción de sumarios ni el juzgamiento de delitos.

Respecto de la primera condición establecida por el constituyente para otorgar funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas a través de ley, es necesario precisar que no debe entenderse la palabra ley en su sentido formal, es decir, no es necesario que el Congreso de la República expida tal norma, sin perjuicio de que pueda hacerlo, toda vez que también puede hacerlo el ejecutivo, es decir el presidente de la República en ejercicio de sus facultades con fuerza de Ley; al respecto la Corte Constitucional dijo: "(…) A juicio de la Corte, la exigencia del artículo 116 en el sentido de que la atribución excepcional de funciones judiciales a autoridades administrativas esté contenida en ley queda satisfecha cuando la norma pertinente se expide por el Jefe del Estado revestido temporal o extraordinariamente de funciones legislativas. En otros términos, el precepto constitucional demanda una ley en sentido material y no necesariamente formal y orgánica". (Corte Constitucional, Sentencia C-212, 1994)

Respecto de la segunda condición frente al otorgamiento de facultades jurisdiccionales relacionada con la determinación precisa de las competencias, en este sentido la Corte Constitucional ha dicho que "(…) Cuando la función judicial es ejercida por autoridades administrativas, ésta debe ser señalada expresamente por la ley, según reza el mandato constitucional del artículo 116 antes citado. La función debe estar taxativamente consagrada en la ley y no nace de una decantación intelectual fruto de una interpretación legal. La razón jurídica de lo anterior es la seguridad que debe garantizarle el Estado a quien se somete a la función jurisdiccional de la propia estructura estatal. Así las cosas, la garantía de que las autoridades administrativas solo cumplan aquellas funciones jurisdiccionales que concretamente le señale la ley, constituye un derecho fundamental de los asociados ya que de esta forma se evita que dichas autoridades asuman competencias a su arbitrio, en detrimento de las competencias regladas, del principio de legalidad y de la separación de poderes que consagra la Constitución. (…)" (Corte Constitucional Sentencia T- 120, 1993)

Cumplir estos dos requisitos a) y b) no serían una dificultad para otorgar facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente, pues esta alternativa de solución cumpliría con ambos supuestos, por una parte, sería el legislador quien a través del trámite legislativo expediría la Ley que otorgue facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente estableciendo de manera precisa cuáles serían sus competencias jurisdiccionales o a través de una reforma al decreto de creación de la Entidad por el ejecutivo (Decreto 4170 de 2011); y por otra, dichas facultades no contemplarían en ningún caso la instrucción de sumarios ni el juzgamiento de delitos, actuaciones propias de la jurisdicción penal y de los órganos que colaboran en la administración de justicia para el ejercicio de la acción penal.

Otro aspecto determinante para otorgar facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública es el señalado en el artículo 228 constitucional, el cual, determina que la administración de justicia es función pública y las decisiones deben ser independientes. En tal sentido, es preciso tener en cuenta que las decisiones que a futuro tome Colombia Compra Eficiente en ejercicio de las facultades jurisdiccionales contarían con tal atributo, pues en la actualidad, la Entidad no ejerce funciones de inspección, control y vigilancia respecto de la gestión contractual de las Entidades Estatales, las cuales, mal utilizadas y sin un uso adecuado por parte de quien las ejerza, podrían llegar a generar un manto de duda con respecto a las decisiones que se emitan, pues la entidad ostentaría de una doble calidad, por una parte vigilaría la actividad contractual y por la otra, juzgaría. Esta, es una gran ventaja en términos de cumplimiento del mandato constitucional pues las decisiones por parte de quienes administran justicia deben ser independientes e imparciales.

En este mismo orden de ideas y respecto de la independencia de las decisiones de quienes ostentan el poder jurisdiccional, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que "(…) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (…) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1969, art. 8). Tal precepto interamericano es plenamente aplicable a Colombia debido al bloque de constitucionalidad que rige en nuestro país y debe ser respetado al momento de otorgar facultades a cualquier autoridad administrativa.

Sobre este mismo tema en particular, la Corte Constitucional realizó un ejercicio a través del cual determinó el entendimiento de la imparcialidad con la que deben contar las decisiones de quienes administran justicia y a su turno dijo que "(…) la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) subjetiva relacionada con "la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto"; y (ii) objetiva, "esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, "de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto'" No se pone con ella en duda la "rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción" sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelante, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue (…)" (Corte Constitucional, Sentencia C-600, 2011).

Visto el marco normativo anterior, podemos inferir que los supuestos constitucionales que deben tenerse en cuenta para otorgar facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente no son de difícil cumplimiento, por el contrario, son supuestos de hecho y derecho que en gran medida atienden al momento de producción de la norma, por lo cual, debe hilarse con sumo cuidado al momento de su confección para atender lo determinado por la Constitución y lo dicho por las altas cortes respecto de los principios que deben ser respetados en nuestro ordenamiento, de manera que las facultades a otorgar cumplan a cabalidad con tales mandatos.

2. Ventajas desde el punto de vista de la especialidad funcional de Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública.

La Unidad Administrativa Especial denominada - Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, es una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, creada mediante el Decreto 4170 de 2011, por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia.

El Decreto 4170 de 2011 expedido por el ejecutivo nacional otorgó precisas funciones a Colombia Compra Eficiente en materia de compra pública con la intención de "generar una política clara y unificada en materia de compras y contratación pública, con lineamientos que sirvan de guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de recursos, que permita que su quehacer institucional pueda ser medido, monitoreado y evaluado y genere mayor transparencia en las compras y la contratación pública"

En virtud de tal intención, el objetivo de la Agencia fue determinado en el artículo 2 del Decreto 4170 de 2011, de manera que a través del ejercicio de sus funciones lograra "(…) desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado (…)"

Ahora bien, el artículo 3 del Decreto 4170 de 2011 determina el catálogo de funciones encomendadas a la Colombia Compra Eficiente, dentro de las cuales encontramos "(…)1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. 2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas. 3. Coordinar con las demás entidades públicas las gestiones necesarias para el cumplimiento del objetivo de la Agencia. 4. Hacer estudios, diagnósticos, estadísticas en materia de compras y contratación con recursos del Estado, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado de compras y contratación pública. 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. 6. Brindar apoyo al Gobierno Nacional en la negociación internacional en materia de compras y contratación pública. 7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto. 8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo. 9. Desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales. 10. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los partícipes en el proceso contractual. 11. Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública. 12. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la entidad".

Para el desarrollo de estas funciones el artículo 9 del Decreto 4170 de 2011 determinó que la estructura de la Agencia estaría compuesta por las siguientes dependencias: 1. Dirección General, 1.1 Subdirección de Gestión Contractual, 1.2. Subdirección de Negocios, 1.3. Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico y, una 2. Secretaría General. Estas dependencias de manera armónica colaboran entre sí, para el desarrollo del objetivo general de la Agencia haciendo un preciso reparto de las funciones otorgadas a través del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

De la lectura de las funciones otorgadas a la Agencia es posible inferir que la Entidad es especializada en asuntos relacionados con la contratación pública, elemento que necesariamente implica que los funcionarios y profesionales con los que se apoya para el desarrollo de sus funciones, tengan un grado de conocimiento técnico e intelectual considerable en asuntos relacionados con los Procesos de Contratación y sus finalidades, de manera que el desarrollo de las funciones encomendadas a la Entidad sean una realidad a la hora de su materialización.

Dicho nivel de especialidad le confiere a Colombia Compra Eficiente una ventaja considerable a la hora de atribuirle funciones jurisdiccionales, pues su misionalidad se encuentra completamente enfocada a temas contractuales públicos al punto de instituirla como el "ente rector" en materia de compra pública, esto significa que, su expertís se encuentra completamente relacionado con el entendimiento de las normas que integran el Sistema de Compra Pública, y sus finalidades al punto de que una de sus funciones, en especial la determinada en el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 consagra que esta debe "5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública." Lo anterior, implica que para el ejercicio de sus funciones la Entidad necesariamente cuenta con colaboradores que poseen un alto grado de conocimiento del Sistema de compra pública, lo cual, garantiza en términos generales que la especialidad y su rol de ente rector sea una realidad. Aclaramos que, en todo caso, el personal con el que cuenta Colombia Compra Eficiente actualmente no sería suficiente en caso de que le fueran asignadas funciones jurisdiccionales.

Por otra parte, Colombia Compra Eficiente es la encargada de difundir el actual entendimiento que las Entidades Estatales deben tener de las compras del Estado, en este sentido, la misionalidad de la Entidad tiene claro que es necesario ofrecer a los partícipes del Sistema de Compra Pública, herramientas para satisfacer sus necesidades a través de las cuales se genere mayor valor por dinero en los Procesos de Contratación, de la mano de la formulación de políticas públicas encaminadas a una mejor gestión de la compra con base en buenas prácticas. Este entendimiento, es un valor agregado que se tiene al interior de la Entidad, y que es necesario rescatar debido a que, si las compras públicas se realizan acudiendo a esta noción, es posible generar compras más eficientes y con mejores resultados, través de las cuales siempre se satisfaga la necesidad identificada.

Este alto nivel de conocimiento en materia de compra pública, es definitivamente una ventaja en comparación con la creación de una nueva Entidad o con algún otro esquema que pudiese llegar a ser empleado para resolver controversias precontractuales, ya que esto sucedió con entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio o con la Superfinanciera, entidades a las cuales en virtud de su especialidad les fueron otorgadas precisas facultades jurisdiccionales para que en ejercicio de estas y de manera excepcional colaboraran con la rama judicial y resolvieran conflictos relacionados con las materias que originalmente atendían.

3. Ventajas de otorgar facultades jurisdiccionales a una entidad existente como Colombia Compra Eficiente.

Colombia Compra Eficiente ha venido funcionando como ente rector del Sistema de Compra Pública desde abril de 2012 momento en el que empezó a operar, desarrollando los objetivos misionales para lo cual fue creada, dando cumplimiento al plan de desarrollo "Todos por un Nuevo País", el cual, a través de la política de 'Buen gobierno' busca promover el uso de herramientas en línea de compra pública. Entre las metas estratégicas de esa política, Colombia Compra Eficiente tiene como tarea "contribuir a estandarizar y hacer más eficiente la contratación estatal", mediante el cumplimiento de los siguientes objetivos: (i) fortalecer el SECOP II como plataforma de gestión del proceso de contratación; (ii) adelantar acciones de capacitación en el manejo del SECOP a proveedores y compradores públicos, y (iii) lograr que 4.076 Entidades Estatales (del orden nacional, departamental y municipal) estén usando el SECOP II al final del 2018.

De acuerdo con el Plan estratégico de la Entidad 2017-2020, "Desde la década de los 90 la compra pública empezó a ser vista internacionalmente como un asunto estratégico de los Estados, como una herramienta fundamental para alcanzar el éxito de políticas públicas de un Estado a nivel nacional y territorial que va más allá de los procedimientos legales asociados. El valor de este nuevo enfoque radica en la materialización de más beneficios para el Estado y el público en general a partir de la obtención de mayor valor por dinero en el proceso de compra pública".

Para el desarrollo de sus objetivos a Colombia Compra Eficiente en la vigencia 2017 le fueron asignados recursos del Presupuesto General de la Nación por un valor de $18.212 millones de pesos, de los cuales, la ejecución presupuestal de compromisos de la entidad ascendió al 97%. El presupuesto desglosado fue el siguiente:

Tabla 41. Ejecución presupuestal 2017

RUBRO	REC	Descripción	Apr. Vigente	Compromiso	%Ejecu/Comp	Obligación	%Ejecu/Oblig
A-1	10	Gastos de personal	$ 6.258.543.002	$ 6.053.074.192	97%	$ 6.052.857.792	97%
A-2	10	Gastos generales	$ 2.916.491.380	$ 2.802.995.078	96%	$ 2.801.619.078	96%
A-3	11	Transferencias corrientes	$ 37.000.000	$ 25.628.148	69%	$ 25.628.148	69%
Funcionamiento			$ 9.212.034.382	$ 8.881.697.418	96%	$ 8.880.105.018	96%
C-0304-1000-1	10	Fortalecimiento del Sistema de Compra Pública	$ 2.300.000.000	$ 2.266.204.213	99%	$ 2.266.204.213	99%
C-0304-1000-1	14	Fortalecimiento del Sistema de Compra Pública	$ 6.700.000.000	$ 6.597.472.146	98%	$ 6.597.472.146	98%
Inversión			$ 9.000.000.000	$ 8.863.676.359	98%	$ 8.863.676.359	98%
Total presupuesto			$ 18.212.034.382	$ 17.745.373.777	97%	$ 17.743.781.377	97%

Fuente: Sistema Integrado de Información Financiera SIIF

(Fuente: Informe de rendición de cuentas 2018, p. 67)

Para la vigencia 2018, los recursos asignados fueron de $18.224 millones de pesos, desagregados de la siguiente manera:

RUBRO	REC	Descripción	Apr. Vigente	Compromiso	%Ejecu/Comp	Obligación	%Ejecu/Oblig
A-1	10	Gastos de personal	$ 6.269.844.660	$ 2.889.954.664	46%	$ 2.244.716.135	36%
A-2	10	Gastos generales	$ 2.916.611.380	$ 2.170.631.402	74%	$ 1.505.215.868	52%
A-3	11	Transferencias corrientes	$ 38.110.000	$ 0	0%	$ 0	0%
Funcionamiento			$ 9.224.566.040	$ 5.060.586.066	55%	$ 3.749.932.003	41%
C-0304-1000-1	10	Fortalecimiento de la contratación pública nacional	$ 545.604.375	$ 545.604.375	100%	$ 0	0%
C-0304-1000-1	14	Fortalecimiento de la contratación pública nacional	$ 1.047.943.903	$ 940.906.584	90%	$ 462.555.342	44%
C-0304-1000-2	10	Incremento del valor por dinero que obtiene el estado en la compra pública nacional	$ 3.424.152.725	$ 2.884.198.350	84%	$ 1.719.404.141	50%
C-0304-1000-2	14	Incremento del valor por dinero que obtiene el estado en la compra pública nacional	$ 3.982.298.997	$ 3.925.472.028	99%	$ 1.372.746.776	34%
Inversión			$ 9.000.000.000	$ 8.296.181.337	92%	$ 3.554.706.259	39%
Total presupuesto			$ 18.224.566.040	$ 13.356.767.403	73%	$ 7.304.638.262	40%

Fuente: Sistema Integrado de Información Financiera SIIF

(Fuente: Informe de rendición de cuentas 2018, p. 68)

De las gráficas podemos evidenciar el presupuesto con el que la Entidad ha venido desarrollando sus funciones durante los dos últimos años 2017 y 2018. Colombia Compra Eficiente presentó la evaluación de avance a la gestión a través del Formulario Único de Reporte de Avances a la Gestión – FURAG – en noviembre de 2017, obteniendo un resultado de 73,8% de avance en la gestión institucional para la vigencia 2017, siendo este un resultado satisfactorio frente a las dimensiones y políticas de gestión y desempeño institucional.

En vista de los resultados obtenidos podemos inferir que la gestión de la Entidad ha sido positiva, que la misionalidad que le fue encomendada debido a su especialidad ha logrado materializarse a través de sus dependencias, que su trayectoria en el ámbito de la compra pública desde su puesta en marcha, ha generado un clima propicio para ser considerada apta para otorgar precisas facultades jurisdiccionales, toda vez que, sería mucho más eficiente realizar una reestructuración de una Entidad que se encuentra funcionando, la cual, lleva 5 años consolidándose y mostrando resultados positivos en su gestión, que crear una nueva entidad que no cuente con el conocimiento, ni los profesionales con altos niveles de conocimientos respecto del Sistema de Compra Pública.

Por otra parte, la inversión que a lo largo de los años ha venido realizando el gobierno nacional para consolidar a Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública, debe ser tenida en cuenta como una ventaja que pone a la Entidad en situación de preferencia respecto de la creación de una nueva Entidad, tal y como a su turno lo realizó el gobierno nacional con la Superintendencia de Industria y Comercio, así como, con la Superintendencia Financiera, por citar algunos ejemplos aplicables al otorgamiento de facultades jurisdiccionales a Entidades existentes, las cuales, a través del desarrollo de sus objetivos específicos iniciales han motivado la atribución de facultades en materia de jurisdicción, por ser conocedores de los temas relacionados con estas.

4. El otorgamiento de facultades jurisdiccionales ya se ha realizado previamente a otras autoridades administrativas como la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y la Superintendencia Financiera.

La posibilidad de otorgar facultades jurisdiccionales a una autoridad administrativa ya se había previsto con anterioridad en nuestra legislación con el único objetivo de descongestionar a los jueces de la gran cantidad de procesos de los cuales tenían conocimiento, y de esta manera lograr la resolución de conflictos de manera más ágil o expedita. Debido a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio a la que nos referiremos con sus siglas SIC, a través de su Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales ejerce funciones en materia de administración de justicia en tres temas específicos: i) Protección al consumidor, ii) competencia desleal y iii) propiedad industrial. Por su parte, la Superintendencia Financiera tiene funciones jurisdiccionales para conocer de las controversias que se susciten entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas por este organismo, referidas exclusivamente a la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

De acuerdo con el informe de rendición de cuentas periodo 2011-2018 de la SIC, a la fecha el número de demandas presentadas ante la Entidad se ha incrementado en un promedio anual del 23% a 31 de diciembre de 2017, en tanto que el incremento de demandas admitidas ha sido el 108% promedio anual.

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018 (Abril)	Total
Demandas presentadas	30.946	22.764	33.901	46.141	50.660	49.528	17.409	251.349

(Informe de rendición de cuentas a la ciudadanía, periodo 2011-2018, p. 81)

A su vez, es importante señalar que, en relación con los tiempos de respuesta, el objetivo se ha cumplido a la fecha gracias a las medidas implementadas dentro de la entidad y han disminuido los tiempos de calificación de las demandas, como también la duración total de los procesos.

TIEMPO PROMEDIO DE CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA					
2013	2014	2015	2016	2017	2018 (abril)
5 meses y 23 días	3 meses y 22 días	2 meses y 13 días	21 días	9 días	7,3 días

TIEMPO PROMEDIO EN OBTENER UNA DECISIÓN DE FONDO					
2012	2013	2014	2015	2016	2017
9 meses y 23 días	16 meses y 7días	17 meses y 4 días	14 meses y 7 días	7 meses y 28 días	5 meses y 28 días

(Informe de rendición de cuentas a la ciudadanía, periodo 2011-2018, p. 81)

Por otro lado, los objetivos de la Delegatura no se han limitado a garantizar un mayor acceso a los consumidores del servicio de administración de justicia prestado por la Entidad y mejorar los tiempos de respuesta, sino que también se ha enfocado en verificar que las sentencias, conciliaciones y transacciones celebradas en favor de los consumidores sean cumplidas. Lo anterior, con el único objetivo de garantizar la tutela efectiva a favor de los consumidores.

En relación con los datos provistos por la Superintendencia Financiera se evidenció un aumento en la presentación de la demanda en los periodos comprendido entre el 2016-2017 a 2017-2018 de 2678 demandas a 2958. Por su parte, el tiempo de duración de estos procesos se discrimina a continuación en el siguiente cuadro:

Tiempo Promedio	Días Calendario
Tiempo promedio de duración del proceso desde el inicio –radicación demanda- hasta la resolución	246
Tiempo promedio duración de los procesos sometidos a jornada de conciliación y finalizado con conciliación o desistimiento (contado desde la presentación)	165
Tiempo promedio de duración de los procesos finalizados con sentencia escrita.	163

(Informe rendición de cuentas, Superintendencia Financiera, p. 142)

Conforme a lo anterior, se demuestra cómo a partir de la implementación de las funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa se logró una mayor celeridad en la resolución de los conflictos relacionados con protección al consumidor. Y, además, se ha logrado que anualmente se interpongan más demandas por parte de los ciudadanos, lo que sin duda evidencia la confianza en

este mecanismo y genera que se hayan disminuido el número de casos que se encontraban en cabeza del juez.

Por lo tanto, en el evento que se otorguen facultades jurisdiccionales a la Agencia Nacional de Contratación Pública se podría tener certeza de que: i) los casos que se encuentran en cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa relacionados con controversias precontractuales disminuirían, y, además, ii) que si bien los temas que se refiere la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera son temas diferentes al de la contratación pública, su experiencia de otorgar facultades jurisdiccionales a una autoridad administrativa nos demuestra que el tiempo promedio para dictar sentencia es de un término razonable entre 5 a 7 meses. Sin duda, un término inferior al que se toma la jurisdicción contenciosa administrativa para la resolución de conflictos relacionado con asuntos precontractuales, lo cual fue señalado en el capítulo 1 de este estudio.

Capítulo IV: Experiencias internacionales

De acuerdo con las recomendaciones generales para una mejor gobernanza en Europa por parte de la OCDE, es ideal que cada Estado cuente con mecanismos de impugnación exclusivos para asuntos de contratación pública, adicional a los organismos judiciales, que permitan resolver las controversias en asuntos relacionados con contratación pública (SIGMA, 2011, p. 3). Esta recomendación propone como modelo de respuesta, la creación de una autoridad administrativa imparcial que resuelva los conflictos de aplicación e interpretación de la legislación en contratación estatal, por medio de recursos o mecanismos diferentes a los judiciales (Pachnou, 2003).

Varios estudios han demostrado que la existencia de tribunales especializados en contratación pública ha mejorado considerablemente la eficiencia y eficacia del Sistema de Compra Pública, desde los estándares internacionales de la OCDE.

De acuerdo con el estudio realizado por Rozenwwurcel y Bezchinsky, países como Brasil, Costa Rica, Chile, Guyana, Haití, Panamá y Perú han mejorado sustancialmente la eficacia de las decisiones jurisdiccionales al contar con tribunales administrativos encargados exclusivamente de asuntos relacionados con contratación pública (Rozenwurcel & Bezchinsky, (2012) p. 67).

Entonces, ¿Puede crearse un tribunal de Contratación Pública en Colombia? Parte del objetivo de la siguiente sección del texto es demostrar cómo la implementación de tribunales contractuales en Chile, España y Perú ha mejorado el sistema de impugnaciones en contratación pública; y cómo un organismo administrativo que resuelve controversias en sede administrativa ha funcionado de diferentes maneras, teniendo en cuenta que el diseño institucional y legal de cada tribunal difiere en los tres casos, pero responde a las mismas necesidades de cada país; y sobre todo que las necesidades de estos países son comparables con las necesidades colombianas en contratación pública.

La selección de Chile y España se justifica por su cercanía cultural y política, así como por el hecho de que estos países forman parte de la OCDE. Escoger a Perú como tercer ejemplo se justifica en que la literatura ha demostrado que la implementación del tribunal en este país, ha sido una de las más exitosas en el continente americano (Rozenwurcel & Bezchinsky, (2012) p. 68).

(a) Chile

En este país, el tribunal de contratación fue creado mediante la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios – Ley de Compras Públicas (LCP) (L.19886/03, Art 22 a 27), con una naturaleza jurídica bastante particular desde el punto de vista colombiano.

Aunque el tribunal depende financiera y administrativamente de la Dirección de Compras y Contratación Pública de Chile, "estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema" pero no forma parte del Poder Judicial (L.19886/03, Art 22).

Lo anterior tiene sentido dentro de la estructura del Estado chileno dado que todos aquellos órganos o instituciones que resuelven controversias, con o sin función jurisdiccional, dependen siempre de la tutela de la Corte Suprema de Justicia, en los términos del artículo 79 de la Constitución Nacional de Chile (CN Chile, Art 79).

Ahora bien, el tribunal chileno es competente para "conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley" (L.19886/03, Art 24) desde las bases definitivas de la licitación hasta la adjudicación, incluyendo también este acto. Es decir, en términos colombianos, el tribunal es competente para conocer de controversias desde la expedición del acto administrativo de apertura del Proceso de Contratación, con la publicación de los pliegos de condiciones definitivos, hasta la expedición del acto administrativo de adjudicación, inclusive. Y es dentro de este contexto que se menciona la acción de impugnación, como único mecanismo por parte de los particulares para acceder al tribunal (L.19886/03, Art 24).

Los legitimados para hacer uso de este recurso son las personas naturales o jurídicas que demuestren un interés comprometido en el proceso de licitación impugnado (L.19886/03, Art 24); y deben hacerlo dentro de los 10 días siguientes, contados desde el momento en que conocieron el ilícito o desde que fue publicado el acto que se pretende impugnar.

Interpuesto el recurso, el tribunal cuenta con un plazo máximo de 10 días hábiles para trasladar la demanda a la Entidad Estatal impugnada, y en este traslado, si lo considera prudente o conducente, puede suspender el proceso de licitación (L.19886/03, Art 25). Vencido este plazo, el Tribunal puede abrir un término probatorio que dura máximo 10 días hábiles, y una vez ha finalizado este plazo, el tribunal debe citar a las partes a audiencia para dictar sentencia en los 10 días hábiles siguientes. En otras palabras, el recurso de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública chileno tiene una duración máxima de 30 días hábiles (L.19886/03, Art 25).

Respecto de su estructura, el tribunal está compuesto por 3 jueces titulares y 3 jueces suplentes, todos abogados elegidos por el presidente de la República Chilena de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia por un periodo de 5 años (L.19886/03, Art 22). Su entrada en funcionamiento fue en el año 2005.

Por último, el tribunal tiene la facultad de suspender procesos de licitación y no puede reconocer ningún tipo de reparación o indemnización por las vulneraciones objeto del recurso. Tanto el tribunal como la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunciarán sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenarán, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho. Las decisiones que expide el tribunal tienen un recurso de reclamación, que equivaldría a un recurso de apelación, el cual es fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile y debe ser interpuesto dentro de los 5 días contados desde la notificación, sin que proceda recurso alguno contra esa decisión (L.19886/03, Art 26).

Conforme establece la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en el caso de la Acción de Impugnación, el Tribunal de Contratación Pública puede decretar, por resolución fundada la suspensión del procedimiento administrativo. Así, la suspensión del proceso resulta potestativa y debe ser debidamente motivada. En el caso del recurso de reclamación, este sólo puede concederse en efecto devolutivo. (Banco Interamericano de Desarrollo (2014) p. 37)

Así las cosas, el Tribunal de Contratación Pública en Chile solamente conoce de controversias en la etapa precontractual, cualquiera que sea su causa, hasta la adjudicación; tiene unos términos máximos de mes y medio para fallar el recurso de impugnación; tiene la facultad de suspender el proceso de licitación, pero no de indemnizar a los impugnantes; y sus decisiones pueden ser apeladas ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.

Su creación ha tenido efectos significativos en este Estado: la percepción de las irregularidades ocurridas en los procesos de selección de contratistas ha disminuido en un 16%; la percepción del nivel de transparencia ha aumentado en un 92%; y la gente, en general, considera que existe legalidad y transparencia en la actividad contractual de las Entidades Estatales al existir un organismo administrativo, en donde es posible controvertir las decisiones adoptadas por la Entidad Estatal en sus Procesos de Contratación (Rozenwurcel & Bezchinsky (2011) p. 50).

Adicionalmente, y como efecto colateral, el sistema judicial chileno en temas de contratación pública ha mejorado considerablemente con la existencia del Tribunal, dado que ahora los asuntos que llegan a la jurisdicción son solamente aquellos que, por su complejidad y sus pretensiones, deben ser fallados por un juez (Rozenwurcel & Bezchinsky, (2011) p. 50).

En todo caso, el tribunal chileno es un mecanismo judicial para resolver impugnaciones de procedimientos administrativos de contratación; pero es importante aclarar que hay dos mecanismos en sede administrativa con el mismo fin que son: (i) ante la Entidad (artículo 53 de la Ley N.º 19.880 de 2003 - Procedimiento Administrativo) y (ii) Ante la CGR (Contraloría General de la República de Chile). Si el interesado impugna el acto ante la Administración no puede reclamar lo mismo ante el tribunal hasta que sea resuelto o transcurra el plazo para que se entienda desestimada, por ende, la reclamación ante la Entidad interrumpe el plazo para ejercer la acción jurisdiccional.

Finalmente, los escritos presentados por las partes y las resoluciones que sobre ellos recaen son publicados en el portal electrónico del Tribunal www.tribunaldecontratacionpublica.cl, el mismo día que se dicta la resolución. En cuanto a la sentencia definitiva del caso, se publica una vez que se encuentra notificada por cédula a todas las partes intervinientes.

Frente a los resultados que ha tenido en Chile en la implementación del Tribunal mencionado, la página web del mismo muestra una estadística general en donde se analizan las impugnaciones presentadas desde el 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2016, así:

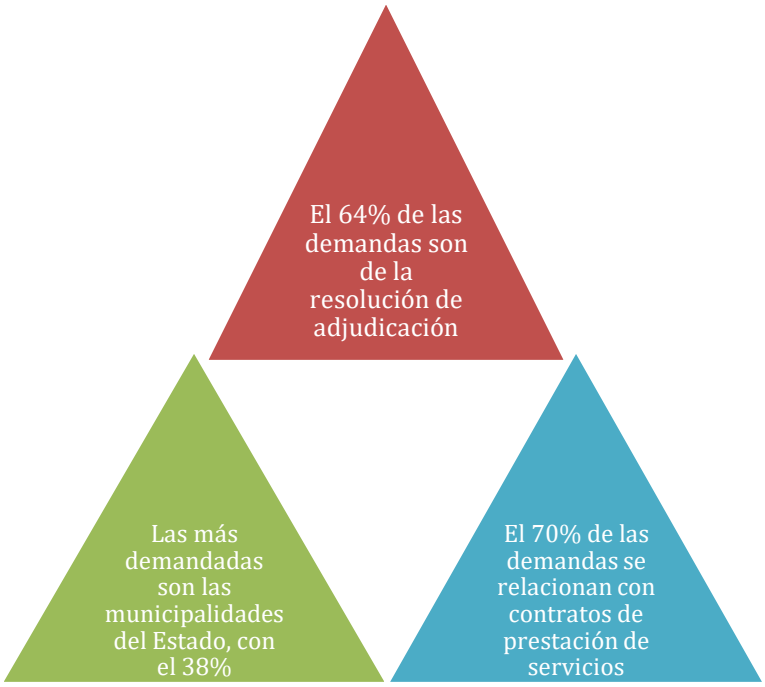

Gráfico 3. Elaboración propia con información de la fuente.

(Fuente: Tribunal de Contratación Pública de Chile. Estadística general disponible en: http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/estadistica-general/).

De 2005 a 2016 ingresaron un total de 2.462 demandas al Tribunal de Contratación Pública de Chile, pero el cambio en cantidad de demandas recibidas se dio entre 2010 (169 demandas) y 2011 (282 demandas); finalizando en 2016 con 252 causas. (Tribunal de Contratación Pública de Chile disponible en: http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/estadistica-de-gestion/).

La rendición de cuentas del Tribunal para agosto de 2018 señala que del año 2005 al año 2008 se tramitaron las demandas en términos sin retrasos, pero a partir del año 2009 el aumento de casos afecta la tramitación expedita, lo cual en 2015 se supera permitiendo a los jueces suplentes integrarse al Tribunal cuando las audiencias excedan de 12. La efectividad de las decisiones del Tribunal se asegura cuando el proceso es suspendido, lo cual es excepcional y sucede “cuando del mérito del proceso apareció que existían graves vulneraciones a principios de contratación administrativa en los procesos licitatorios, tales como, admitir boletas de garantías que no estaban vigentes en todo el periodo exigido por las bases, requerir una experiencia que constituía una barrera de entrada para los proponentes o adjudicar sin dar motivo al oferente que no resultaba con la mejor calificación durante la evaluación. Sin embargo, la medida cautelar es utilizada excepcionalmente porque tomamos en consideración elementos que miran al interés de los oferentes y de la comunidad, tales como si la licitación está adjudicada, si el contrato está ejecutándose y la importancia de la necesidad pública destinada a satisfacerse con él. Por ejemplo, si hay una licitación para adquirir vacunas por una influenza que se va a producir, según estimación de la autoridad sanitaria, dentro de dos meses, es muy difícil acceder a suspender una licitación de esa especie.

Con todo, en los últimos dos años, el Tribunal ha suspendido el procedimiento administrativo licitatorio en 44 casos." (Tribunal de Contratación Pública de Chile (9 de agosto de 2018) p.5 y 6)

El 47,3% de las sentencias del Tribunal fueron favorables y el 52,7% fueron desfavorables. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el 87% de los fallos del Tribunal que fueron recurridos con el recurso de reclamación y el 13% fueron revocados. La Corte Suprema de Chile sólo conoce recursos de queja interpuestos contra la sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago, sin embargo, ha ratificado la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos que han sido dejados sin efectos por la administración; y que este órgano no está restringido al problema planteado, además de que la indemnización de perjuicios debe ser perseguida en sede civil, con lo cual hay problemas porque no se reconoce la resolución del Tribunal y se debe probar desde cero el derecho a la misma.

A pesar de lo anterior, no se ha realizado un análisis de los datos estadísticos señalados en la página web del Tribunal chileno, en comparación con lo que sucede en sede judicial.

(b) España

En el Reino de España, el organismo administrativo es denominado Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), y fue creado con la modificación que realizó el país en el año 2010 a la Ley 30 de 2007 por medio de la cual se regulan los Contratos del Sector Público (L.34/10, Art. 311-1).

Este Tribunal que se constituyó en octubre de 2010 es una Entidad Estatal adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, con competencia en todo el territorio español. Sin embargo, si las Comunidades Autónomas lo consideran necesario por el número de causas, pueden subrogar la competencia del Tribunal y crear uno nuevo que tenga competencia exclusivamente en la Comunidad Autónoma (L.34/10, Art 311-1 y 2). Por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Catalunya creó el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.

El TACRC puede conocer de controversias contractuales, siempre y cuando se trate de contratos de obras públicas, concesión, suministro, de colaboración entre el sector público y privado, acuerdos marco de precios, de prestación de servicios con cuantías mayores a 193.000 EUR – aproximadamente 218.000 USD-, o para la gestión de servicios públicos con valores superiores a 500.000 EUR – aproximadamente 565.000 USD (L.34/10, Art 310-1); así como de controversias precontractuales relacionadas con los anuncios de licitación, los pliegos de condiciones, el acto de adjudicación, y en general, cualquier acto de trámite relacionado con la actividad precontractual de las Entidades Estatales (L.34/10, Art 310-2).

Para acceder al Tribunal, las partes deben interponer el recurso especial en materia de contratación, el cual puede ser sobre cualquier asunto precontractual o contractual, siempre y cuando esté dentro de la competencia objetiva descrita anteriormente (L.34/10, Art 310-2).

El procedimiento legal del recurso especial en materia de contratación pública establece que una vez interpuesto, el Tribunal tiene hasta 5 días hábiles para decidir sobre su admisión y aceptar o negar las medidas cautelares interpuestas por el impugnante. Admitido el recurso, el Tribunal debe dar traslado del recurso por 5 días hábiles a terceros interesados en coadyuvar, y por otros 5 días hábiles a la Entidad Estatal impugnada. Vencido este plazo, se abre un periodo probatorio por 10 días hábiles, y finalizado este plazo debe fallar en los 5 días hábiles siguientes (L.34/10, Art 316-1 y

317). En total, el recurso especial de contratación pública demora 30 días hábiles para tener una decisión.

Están legitimados para usar el recurso especial en materia de contratación todas las personas físicas o jurídicas, "cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso" (L.34/10, Art 312-1).

Sobre su estructura, el Tribunal está compuesto por un presidente que siempre debe ser un abogado, y dos vocales elegidos por el Consejo de Ministros de una nominación conjunta hecha por el Ministerio de Economía y Hacienda, y el Ministerio de Justicia (L.34/10, Art 311-1).

Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación (L.34/10, Art 315). Esto implica que la suspensión del Proceso es automática, y en el término de 5 días hábiles otorgado a los interesados para formular alegaciones, simultáneamente el Tribunal resuelve acerca de las medidas cautelares si se solicitaron o si procede el sostenimiento de la suspensión automática que se mantiene vigente hasta que no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento (L.34/10, Art 316-3).

Por último, el Tribunal tiene la facultad de suspender procesos de licitación al decretarlo como medida cautelar, y de resolver controversias contractuales, teniendo en cuenta que en ambos escenarios tiene la facultad de ordenar la indemnización de los perjuicios causados por la Administración (L.34/10, Art 318-1). Los fallos del Tribunal pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo española (L.34/10, Art 319-1).

De lo anterior se desprende que el TACRC es una Entidad Estatal con competencia para resolver conflictos precontractuales y contractuales; con un procedimiento legal que tiene una duración máxima de mes y medio; con la facultad de suspender procesos de licitación y de ordenar la indemnización de los perjuicios causados por la Administración, teniendo en cuenta que la interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende automáticamente el Proceso; compuesto mínimo por un abogado y por otros dos profesionales que también pueden ser abogados o de otras profesiones; y con unos fallos que pueden ser controvertidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Ministerio de Hacienda y Función Pública del Gobierno de España publica anualmente la memoria de actividades del TACRC, y la del año 2017 publicada en febrero de 2018 en primer lugar señala que "dadas las características del procedimiento, especialmente en lo que hace referencia a la suspensión de los actos de adjudicación, es indudable que el Tribunal no puede dilatar los procedimientos para resolver los recursos fuera de los límites que exige la necesidad de que la contratación no quede paralizada más allá de lo estrictamente necesario. Con estas dos premisas como condicionantes de su actuación, los recursos se tramitan en la medida de lo posible a través de procedimientos electrónicos." (Ministerio de Hacienda y Función Pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (febrero de 2018) P.6.)

De acuerdo con la mencionada memoria, los salarios de los funcionarios que prestaron servicios en el TACRC en 2017 ascendieron a un total de 741.960,58 €, y el costo salarial total ascendió a 881.340,58 euros, sin que el Tribunal tenga presupuesto propio, sino que sus gastos materiales corren a cargo del presupuesto del Ministerio al que es adscrito; además de que sus servicios son gratuitos para los recurrentes y para los órganos de contratación. La colaboración con la Abogacía General del Estado ha permitido hacer frente al continuo incremento de actividad del Tribunal sin aumentar los miembros de este, y sin un aumento significativo de los plazos de resolución. Las tres

cuartas partes de las resoluciones acordadas en 2017 se han preparado en ponencia por los Abogados del Estado. (Ministerio de Hacienda y Función Pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. (febrero de 2018) P. 7)

La memoria de 2017 continúa señalando que se presentaron 1.329 recursos con un aumento del 6.8% respecto del año 2016; y se dictaron 1.242 resoluciones correspondientes a 1.325 recursos, lo que implica un incremento del 12.9% respecto del 2016. El 45% de los recursos (603) impugnan el acuerdo de adjudicación y el 31% (413) es contra pliegos o anuncios de licitación, en comparación con el 4% (52) contra actos de trámite como propuestas de adjudicación o informes de valoración y otros.

El 68.4% (909) de los recursos son contra contratos de servicios y 275 recursos fueron contra contratos de suministro. El organismo más demandado fue el de fomento con 86 recursos igual que en 2016 con 81 recursos, en comparación con el año 2010 que fue defensa. Del total de recursos presentados se estimaron 146, se estimaron parcialmente 94 y se desestimaron 636; por tanto, el 27% de los recursos admitidos se estimaron total o parcialmente, porcentaje inferior al de años anteriores (37 % en 2016 y 39 % en 2015).

Finalmente, la memoria ya citada presenta el plazo de resolución y los recursos contencioso-administrativos. En 2017 el plazo de resolución del recurso hasta que se notificó la resolución fue de 55 días naturales, en comparación con 2016 que fue 48 días, lo cual se debe al incremento del número de recursos, disminución del personal de apoyo y la renovación del Tribunal. Desde la creación del Tribunal en octubre de 2010 se han recurrido con recursos contencioso-administrativos 516 resoluciones (menos del 9%), y en 2017 fueron 81 (7%), es decir que más del 90% han sido asumidas por las partes, sin acudir a la vía jurisdiccional. De los 335 recursos contenciosos finalizados hasta el momento, sólo en 61 se han estimado total o parcialmente las pretensiones del recurrente.

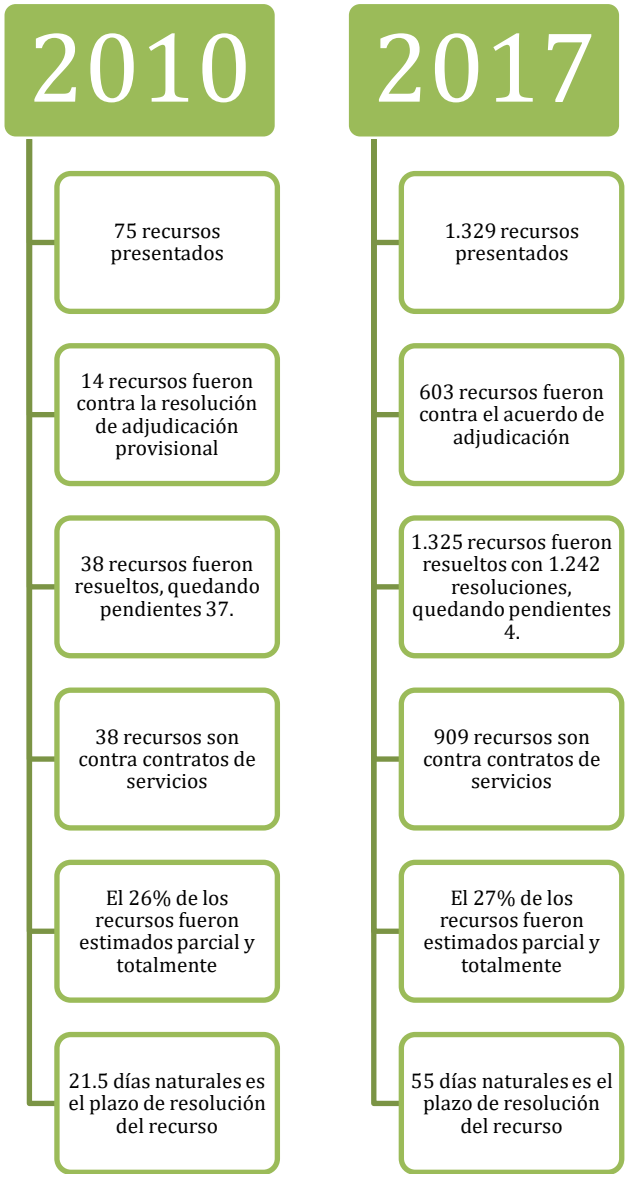

Gráfico 4. Elaboración propia con información de la fuente.

(Fuente: Ministerio de Hacienda y Función Pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (febrero de 2018))

(c) Perú

Antes de explicar cómo funciona el Tribunal de Contrataciones del Estado peruano, es indispensable señalar que las normas del Sistema de Compra Pública en la República del Perú fueron modificadas en el año 2014 (Ley 30225) con el objetivo de tener un sistema legal que respondiera a los

estándares internacionales, incluyendo los estándares de la OCDE. Esta norma (Ley 30225 de 2014) fue reglamentada por el Decreto Supremo 350/2015 expedido por parte del Gobierno peruano, el cual fue modificado con el Decreto Supremo 057/2017.

La Ley 30225 de 2014 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) fue modificada por el Decreto Legislativo 1341 de 2017, y por ende ahora el artículo 41 sobre recursos administrativos señala: *"41.1 Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación.*
A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento.
41.2 El recurso de apelación solo puede interponerse luego de otorgada la Buena Pro. El reglamento establece el procedimiento, requisitos y plazo para su presentación y resolución."

El mencionado recurso de apelación se presenta ante y es resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE) que hace parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuando el valor del proceso es mayor a 50 UIT o se trata del procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Para los procesos cuyo valor es menor a 50 UIT, el recurso de apelación se presenta ante la Entidad convocante, y es conocido y resuelto por su titular. (D. Supremo 057/2017, art. 95.1).

El Tribunal de contrataciones del Estado es un órgano resolutivo que forma parte del OSCE, una Entidad Estatal adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas (L.30225/14, Art 51) que cuenta con total autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones (L.30225/14, Art 59); y está compuesto por un presidente y 9 vocales de cualquier profesión (L.30225/14, Art 60) refrendados por el Ministro de Economía y Finanzas.

El Tribunal es competente para resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el procedimiento de selección y los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco (L.30225/14, Art 59).

El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala los actos que no pueden ser impugnados:

"1. Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones.
2. Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección.
3. Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración.
4. Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes.
5. Las contrataciones directas."

El recurso de apelación ante el TCE o ante el titular de la Entidad contratante, en ambos casos considerados sede administrativa, se debe interponer dentro de los 8 días hábiles siguientes a la notificación del otorgamiento de la Buena Pro (equivalente al Acto Administrativo de Adjudicación en Colombia). Para las Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y

Comparación de Precios, el término es de 5 días hábiles siguientes a la notificación del otorgamiento de la Buena Pro.

Las decisiones que agotan la vía administrativa pueden ser impugnadas en la vía judicial a través de una acción contencioso-administrativa. Para este recurso se tiene un término de 3 meses desde el conocimiento o notificación del acto a impugnar (lo que ocurra primero); y lo conoce en primera instancia la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia. La Sala Civil de la Corte Suprema resuelve la apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuere el caso. La admisión de la demanda contenciosa administrativa no impide la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de la aplicación de medidas cautelares conforme a la ley en la materia (Banco Interamericano de Desarrollo (2014). Estudio comparativo de modelos de protestas/impugnaciones en la región de Latinoamérica y el Caribe – Identificación de práctica óptima de sistema de contratación pública, p. 95 a p. 98)

La interposición del recurso de apelación suspende el procedimiento de selección, siendo nulos los actos expedidos con posterioridad a la suspensión y hasta antes de la expedición de la resolución que lo resuelve. Si el procedimiento de selección fue convocado según relación de ítems, la suspensión afecta únicamente al ítem impugnado. La interposición del recurso de apelación no suspende el procedimiento para la incorporación de proveedores a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco ni el procedimiento de extensión de vigencia de dichos catálogos. Tanto la Entidad como el Tribunal, según corresponda, deben informar de la interposición del recurso de apelación a través de su registro en la ficha del procedimiento de selección obrante en el SEACE (Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado), el mismo día de su interposición (L.30225/14, Art 98).

La garantía que respalda la interposición del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 30225/14 debe otorgarse a favor de la Entidad o del OSCE, según corresponda, por una suma equivalente al tres por ciento (3%) del valor referencial del procedimiento de selección impugnado; y debe tener un plazo mínimo de vigencia de sesenta (60) días calendario contados desde el día siguiente de su emisión, cuando el recurso de apelación se presenta al Tribunal, y treinta (30) días calendario si es ante la Entidad contratante; debiendo ser renovada en cualquiera de los casos hasta el momento en que se agote la vía administrativa, siendo obligación del impugnante realizar dichas renovaciones en forma oportuna.

El procedimiento legal del recurso está establecido por el reglamento de la Ley 30225/14, es decir el Decreto Supremo 057/2017. Estas normas indican que una vez interpuesto y admitido el recurso, el tribunal tiene 5 días hábiles para evaluar la documentación obrante en el expediente; y en caso de solicitar información adicional y/o programar audiencia pública, esto prorroga el plazo total de evaluación por el término necesario, el que no debe exceder de 10 días hábiles. Después el tribunal declara el expediente listo para resolver y este tiene 5 días hábiles contados a partir de dicha declaración para resolver. La resolución debe ser notificada a través del SEACE y del Sistema Informático del Tribunal, a más tardar al día siguiente hábil de emitida; y todos los documentos que se relacionen con la impugnación ante el tribunal, también deben ser publicados allí (D. Supremo 057/2017, Art 104).

En conclusión, el TCE se caracteriza por ser de naturaleza administrativa, con competencia para conocer el recurso de apelación contra actos precontractuales, después de otorgada la buena pro y que no sean de aquellos actos que no son impugnables; está integrado por 9 profesionales con facultades para suspender el proceso de selección, y con fallos que pueden ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que ello suspenda sus efectos (L.30225/14, Art 41).

Ahora sobre los resultados del TCE de Perú, en el periodo de 2002 a 2014 el incremento del ingreso de expedientes fue del 88% de acuerdo con el sistema del Tribunal, mostrando un cambio significativo en 2007 cuando se recibieron 4.109 casos frente al año anterior (2006) que fueron 1.934; llegando a la más alta recepción de casos del periodo en el año 2008 cuando se recibieron 5.246. De los casos recibidos, los pronunciamientos emitidos incrementaron pasando de 2.704 en 2007 a 4.149 en 2008, además de que en el año 2014 fue cuando más se emitieron resoluciones llegando a 4.704, esto debido a que en 2014 se concluyeron el 94% (3.783) de los expedientes que ingresaron (4.030), frente al año 2012 que fue el 70%. Esto último lo que indica es una reducción en el tiempo de atención del recurso de apelación, que pasó de 107 días hábiles en 2012, a 57 días hábiles en 2013, llegando a 37 días hábiles en 2014 que implica una reducción del 35% en el tiempo de atención al ciudadano, lo que es muy importante si se tiene en cuenta que el proceso de selección se suspende mientras se resuelve el recurso de apelación, por lo cual cuanto más rápido se resuelva más rápido se puede continuar el proceso y satisfacer la necesidad para la cual fue creado.

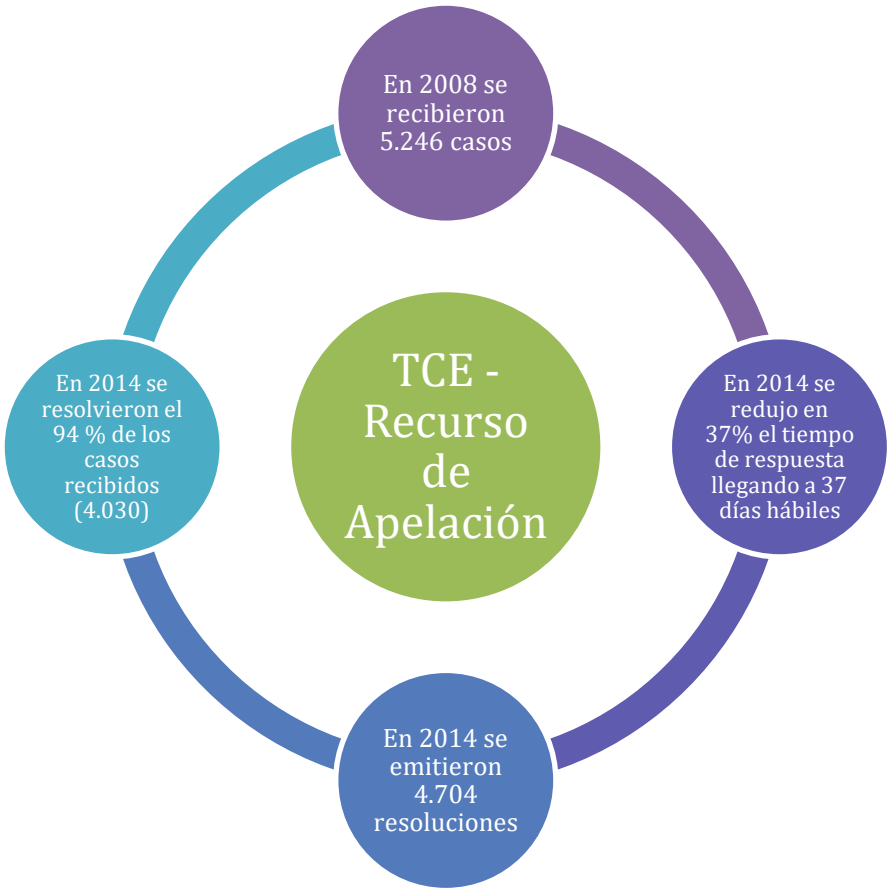

Gráfico 5. Elaboración propia con información de la fuente.

(Fuente: Becerra Farfán, M. (2015) P. 353 – 363)

De acuerdo con el último Reporte de Contrataciones Públicas publicado por el Ministerio de Economía y Finanzas de Perú que es del año 2014 y fue elaborado por el OSCE, el 54.9% (406) de los procesos impugnados con recurso de apelación ante el TCE tenían que ver con bienes, seguido de un 26,2% (194) que tratan de servicios; de un total de 739 procesos impugnados.

Finalmente, "se advierte que más del 60% de recursos de apelación que llegan al Tribunal han modificado la decisión tomada por la entidad, lo que sugiere la necesidad de capacitación de los operadores de la Ley y la importancia de la intervención del Tribunal para revisar las decisiones de las entidades durante el proceso de selección." (Becerra Farfán, M. (2015) p.357)

Capítulo V- Recapitulación de los derechos de petición

Introducción

Para analizar la realidad que enfrenta Colombia en relación con la manera como se solucionan los conflictos en la etapa precontractual de los Procesos de Contratación, consultamos a diferentes entidades del Estado quienes en virtud de sus competencias cuentan con información de primera mano respecto de la cantidad de procesos con pretensiones relacionadas con los medios de control de nulidad, nulidad simple, y controversias contractuales que con ocasión de la actividad precontractual debieron pagar.

A continuación, se demostrará frente a la actividad precontractual del Estado: i) La duración de los procesos que involucran el medio de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales; ii) el valor de las pretensiones de los procesos judiciales activos; iii) el valor de las condenas al Estado; iv) los procesos judiciales que se encuentran activos en los juzgados administrativos, en los tribunales administrativos y el Consejo de Estado; v) El presupuesto asignado por el Ministerio de Hacienda para el rubro de sentencias y conciliaciones de las Entidades del orden nacional; y VI) El costo y tiempo que tardan en resolver la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Industria y Comercio, las demandas en ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Lo anterior, se definirá con fundamento en la respuesta de los derechos de petición enviados a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado- ANDJE-, Procuraduría General de la Nación, Consejo de Estado- Sección Tercera-, Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio de Hacienda, Superintendencia Financiera de Colombia - SFC y la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC.

1. **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado- ANDJE-, Procuraduría General de la Nación, Consejo de Estado- Sección Tercera.**

Duración de los procesos judiciales relacionados con temas de la actividad precontractual del Estado. De acuerdo con la información suministrada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del Radicado de entrada No. 4201813000008096, en virtud del Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado con corte a 31 de agosto de 2018, se identificaron 67 procesos judiciales terminados por sentencia ejecutoriada relacionados con controversias contractuales, procesos judiciales terminados con sentencia ejecutoriada que involucran el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y 4 procesos terminados con sentencia ejecutoriada por nulidad de actos administrativos cuya duración se evidencia en la siguiente Tabla. No obstante, los datos suministrados por esta Entidad sólo se refieren a la actividad litigiosa de las entidades públicas del orden nacional.

Tabla 1: Duración de procesos judiciales relacionados con contratación estatal según medios de control.

Medio de Control	Duración del Proceso
Nulidad y restablecimiento del derecho	7 años, 9 meses y 29 días
Controversias Contractuales	6 años, 9 meses y 14 días
Nulidad de actos administrativos	7 años y 3 días

Fuente: Sistema de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – eKOGUI

Fecha de corte: 31 de agosto de 2018

Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura, en la respuesta al derecho de petición con Radicado de salida No. UDAEO18-1520 señaló que, "para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la duración promedio de procesos escritos en primera instancia es de 615 días corrientes, es decir, 369 días hábiles. En cuanto a los procesos del sistema oral tramitados en primera instancia, el promedio de duración nacional del estudio fue de 331 días corrientes que corresponde a 199 días hábiles".

Asimismo, señaló en el documento anexado a la respuesta del derecho de petición "Resultado del Estudio de Tiempos Procesales", expedido en abril de 2016, que la duración en promedio de la primera instancia por tipo de proceso, específicamente, el medio de control de controversias contractuales, nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho se discrimina en el siguiente cuadro. Sin embargo, la información suministrada se relaciona de forma general a los medios de control, y no se discrimina si se refiere a actos administrativos relacionados con controversias precontractuales del Estado.

Tabla 209.Tiempos de duración de la primera instancia por tipo de proceso, en el promedio general y en la media eficiente.

TIPO DE PROCESO	PROCESOS PARA EL CÁLCULO DEL TIEMPO PROMEDIO	DURACIÓN	NÚMERO EN LA MEDIA EFICIENTE	DURACIÓN
Contractual	3	843 días corrientes – 506 hábiles.	NR	NR
Nulidad Simple	8	768 días corrientes – 461 días hábiles.	2	338 días corrientes – 203 días hábiles.
Nulidad y Restablecimiento	169	549 días corrientes - 330 días hábiles.	69	285 días corrientes – 171 días hábiles.

A su vez, el Consejo de Estado- Sección Tercera en su respuesta dada el 31 de octubre de 2018, por medio del Radicado No, C-2018-01464-O, señala que sólo tiene información relacionada con los procesos adelantados en la Sección Tercera del Alto Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En relación con la duración de los procesos, en los expedientes con medios de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, los cuales tengan como base el contrato estatal o sus etapas previas, señaló que no es posible otorgar dicha información, toda vez que, el sistema de gestión de los procesos no contiene los campos de información relativa a la duración del trámite de los expedientes.

Por su parte señala que la duración del proceso dependerá de factores endógenos a la complejidad del proceso en su trámite (pruebas, traslados, actuaciones de las partes, etc.), así como de factores exógenos al proceso como la congestión de expedientes de la Sección Tercera y los tiempos con que las salas de decisión organizan temáticamente su trabajo.

Conforme a lo anterior, en razón a que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue la única autoridad que otorgó información actualizada sobre la duración de los procesos de las Entidades de Orden Nacional en los procesos judiciales relacionados con contratación estatal, esta información será el referente para determinar que, los procesos judiciales relacionados con asuntos contractuales se demoran en promedio entre 6 a 7 años para resolver estos procesos.

Valor de las pretensiones de los procesos judiciales activos.

A continuación, se determinará el valor de las pretensiones en los procesos judiciales activos para los medios de control relacionados con contratación estatal. Lo anterior con el fin de determinar el valor que, los afectados con ocasión de un proceso contractual, esperan obtener en un proceso judicial.

El valor reportado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de las pretensiones en los procesos judiciales activos para los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales y nulidad de actos administrativos relacionados con Procesos contractuales, a corte 31 de agosto de 2018 es el siguiente:

Tabla 2: Valor total indexado de las pretensiones de los procesos judiciales activos por medio de control.

Medio de control	Valor total indexado de las pretensiones en pesos
Nulidad y restablecimiento del derecho	$ 549.944.314.644
Controversias Contractuales	$ 1.035.107.686.063
Nulidad de actos administrativos	$ 0

Fuente: Sistema de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – eKOGUI

Por otro lado, el Consejo Superior de la Judicatura señaló que no es posible informar el valor de las pretensiones de los procesos judiciales que involucran el medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales relacionados con contratación estatal, toda vez que, dicha información no consta en el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial.

A su vez, el Consejo de Estado- Sección Tercera señala que, los datos que pueden otorgarse son sólo relacionados con la Sección Tercera del Consejo de Estado, y, en este sentido, no articula los datos de los juzgados y los Tribunales. Por su parte, se reitera que no es posible señalar el valor de las pretensiones en los expedientes con medios de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, las cuales tengan como base el contrato

estatal o sus etapas previas, toda vez que, el sistema de gestión de los procesos no contiene la información relativa a pretensiones.

La Procuraduría General de la Nación señaló el 14 de noviembre de 2018, por medio de radicado No. 002962 que, el valor de las pretensiones solicitadas en las conciliaciones prejudiciales administrativas, surtidas como requisito de procedibilidad para el medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento de derecho y controversias contractuales relacionadas con temas de contratación estatal son las siguientes:

VIGENCIA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
2016	103.720.130.638	129.295.755.124
2017	120.161.941.125	125.229.932.599
2018	96.616.312.620	373.680.869.876

De acuerdo con la información suministrada por las Entidades Estatales, es viable concluir que, las personas que demandan a una Entidad Estatal por conflictos relativos a los contratos estatales solicitan como pretensión el pago de sumas entre $549.944.314.644 a $1.035.107.686.063. Estas sumas se encuentran indexadas a la fecha actual, puesto que, en razón a que los procesos duran más de 6 años se actualiza el valor de la pretensión. Y, además, el valor de las pretensiones en las conciliaciones prejudiciales está entre $103.720.130.638 y $373.680.876.

Si bien, en la mayoría de los casos, el valor solicitado en las pretensiones es una suma completamente distinta a la que le reconoce el juez de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, estas pretensiones pueden ser un referente para el pago que ordene realizar el juez.

Valor de las condenas

Por otro lado, se preguntó a las Entidades Estatales el valor de las condenas del Estado en los procesos judiciales que involucraron el medio de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento de derecho y controversias contractuales.

En relación con este tema, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica señaló que el Sistema Unión de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado no registra de manera estructurada los valores de condenas a Entidades Estatales.

Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura tampoco tiene la información relacionada con el valor de las condenas del Estado en los procesos judiciales que involucran el medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales y, en consecuencia, remitió la consulta a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica para el trámite respectivo.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado indicó que, no es posible atender la solicitud relacionada con las condenas que registran los expedientes en los medios de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales en los expedientes de la Sección Tercera del Consejo; toda vez que, dicha información no se encuentra en el sistema de gestión de los procesos.

Conforme con lo anterior, se concluye que, actualmente, ninguna Entidad Estatal cuenta con información que nos permita determinar con certeza cuántos recursos ha gastado el Estado por condenas en los procesos judiciales relacionados con contratos estatales.

Procesos judiciales activos que involucran el medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales con ocasión de los procesos de contratación.

A continuación, se explicará el número de procesos judiciales activos relacionados con procesos de contratación que involucran medios de control que se relacionan con la actividad contractual del Estado. Lo anterior, con el objetivo de dimensionar la congestión judicial que existe tanto en las entidades estatales de orden nacional como las entidades de orden territorial.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado señaló que el número de procesos judiciales activos relacionados con contratación estatal que se encuentran actualmente en las Entidades Estatales de orden nacional son los siguientes:

Tabla 5: Numero de procesos judiciales activos relacionados con contratación estatal desagregados por tipo de despacho ACTUAL y medio de control.

Medio de control	Juzgado	Tribunal	Consejo de estado	*Total*
Controversias Contractuales	41	67	44	*152*
Nulidad de actos administrativos			11	*11*
Nulidad y restablecimiento del derecho	61	76	21	*158*
Total General	*102*	*143*	*76*	*321*

Fuente: Sistema de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – eKOGUI

Fecha de corte: 31 de agosto de 2018

Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura señaló que el número de procesos judiciales activos que involucran el medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento de derecho y controversias contractuales, sin discriminar si se refiere a asuntos propios de contratación estatal, se informa en el siguiente cuadro para los años 2016 a junio 2018.

ENERO A JUNIO DE 2018

TIPO DE DESPACHO	Tipo de Proceso	INGRESOS EFECTIVOS	INVENTARIO FINAL
Alta Corte	Controversias contractuales	121	1.483
	Simple nulidad	690	3.054
	Nulidad y restablecimiento del derecho - Otros	2.747	14.398
Total Alta Corte		**3.558**	**18.935**
Tribunal Administrativo	Controversias contractuales	667	2.189
	Simple nulidad	122	428
	Nulidad y restablecimiento del derecho - Laborales	14.640	31.196
	Nulidad y restablecimiento del derecho - Otros	7.004	24.209
	Nulidad y restablecimiento del derecho - Tributarios	351	1.060
Total Tribunal Administrativo		**22.784**	**59.082**
Juzgado Administrativo	Controversias contractuales	896	2.524
	Nulidad y restablecimiento del derecho - Laborales	34.053	88.166
	Nulidad y restablecimiento del derecho - Otros	2.839	7.041
	Nulidad y restablecimiento del derecho - Tributarios	785	2.092
Total Juzgado Administrativo		**38.573**	**99.823**

Ahora bien, el Consejo de Estado – Sección Tercera en su respuesta radicada el 31 de octubre de 2018, señala que, una vez consultado el número de procesos activos para los medios de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, sin especificar si se trata de asuntos de contratación estatal se discrimina la siguiente información con corte al 25 de octubre del año 2018:

Tabla No. 1 – Inventario de procesos activos en los medios de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, y controversias contractuales

Medio de Control	Apelación de sentencia	Única Instancia	Apelación de auto	Recurso extraordinario de revisión	Recurso de queja	Consulta	Total general
ACCIÓN CONTRACTUAL - CCA	904		19	15		5	943
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - 1437	403	4	162	8	8		585
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - 1437	48	117	31	7			203
ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - CCA	129	44	3	20		1	197
NULIDAD - 1437	2	75	1				78
ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE - CCA	15	25	3	3			46
Total general	**1.501**	**265**	**219**	**53**	**8**	**6**	**2.052**

Fuente: SIGED – Consultado el 25/10/2018

Conforme con lo anterior, se concluye que, de acuerdo con la información suministrada por la Autoridad Nacional de Defensa Jurídica, actualmente, se encuentran 325 procesos activos relacionados con los medios de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales. Por su parte, en relación con las entidades de orden territorial no hay información específica sobre los medios de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del

derecho y controversias contractuales relacionados con temas propios de contratos estatales. En este sentido, se tiene información que no es completamente precisa sobre el número de procesos judiciales activos sobre los medios de control que se refiera a asuntos de contratación estatal.

Sin embargo, se puede demostrar que, los procesos activos que se encuentran en los juzgados administrativos tanto a nivel nacional como en el orden territorial son 99.823. Por su parte, en los tribunales administrativos se encuentran 59.082 procesos activos, y, finalmente, en el Consejo de Estado 18.935 procesos activos. Lo anterior, implica que, si bien en la información suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura no se discrimina la cantidad de procesos que se refieren a contratación estatal, sí demuestra el número de procesos que se encuentran en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; y, una parte de esos procesos se refieren a temas de contratos estatales.

2. **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**.

De acuerdo con la información aportada por el Ministerio de Hacienda a las Entidades del orden nacional para los años 2016 a 2108, ha sido asignado a través del Presupuesto General de la Nación - PGN para el rubro de “sentencias y Conciliaciones” la suma de:

2016	$ 1.419.869.812.781,00
2017	$ 779.203.644.578,00
2018	$ 911.329.106.328,00
Total:	$3.110.402.563.687,00

De acuerdo con la información suministrada, se observa que el Estado destina en promedio de su presupuesto anual la suma de 1.036.800.854.562,33 para atender el rubro de conciliaciones y sentencias judiciales.

Desafortunadamente esta cifra incluye las demandas con ocasión de todo el universo de pretensiones y medios de control existentes en el ordenamiento jurídico y no únicamente los medios de control por medio de los cuales es posible atacar la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual.

3. Superintendencia de Industria y Comercio.

Consultamos a la Superintendencia de Industria y Comercio para que indicara cuál es el presupuesto con el que funciona la Delegatura para los Asuntos Jurisdiccionales y la información suministrada es la siguiente:

2013	$150.000.000
2014	$420.000.000
2015	$1.543.800.000
2016	$1.962.500.000
2017	$2.959.006.251
2018	$3.214.838.039

Total	$10.250.144.290

De lo anterior, tenemos que en la actualidad la Superintendencia de Industria y Comercio funciona con un presupuesto de $3.214.838.039 para atender los asuntos que por vía del otorgamiento de las facultades jurisdiccionales le fueron encomendados a esta Entidad.

Ahora bien, de acuerdo con la información suministrada por la SIC, la Delegatura para asuntos jurisdiccionales funciona con un total de 122 servidores distribuidos en 5 grupos de trabajo.

La SIC desde su creación y puesta en funcionamiento ha recibido desde el año 2012 hasta el mes de octubre de 2018 la suma de 265.074 demandas de las cuales se han terminado un total de 251.376, teniendo actualmente la suma de 13.630 vigentes.

A continuación, presentamos un cuadro que da cuenta de la eficacia de la SIC debido a que es posible inferir que del total de las demandas presentadas desde el 2012 al 2018, cada año atiende el 100% de las demandas presentadas.

Estado de procesos Consumidor - Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, desde 2012 hasta 3 de octubre de 2018

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Demandas Presentadas	30.946	22.764	29.770	42.650	50.660	48.528	39.756
Procesos Finalizadas	30.946	22.764	29.764	42.644	50.656	48.476	26.126
Activos	0	0	6	6	4	52	13.630

Consolidado desde 2012 hasta 3 de octubre de 2018

Estado	No. procesos
Total demandas presentadas	265.074
Total procesos finalizados	251.376
Total activos	13.698

De igual manera fue consultada la SIC de manera que indicara cuánto es la duración promedio de las demandas que tramita con ocasión de la competencia otorgada y tenemos la siguiente información respecto de los años 2012 a 2018:

En la siguiente tabla se muestra el tiempo promedio anual desde el año 2013, en el cual se califica una demanda y se adopta una decisión de fondo en los procesos adelantados ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales.

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018*
Tiempo promedio en admitir una demanda	5 meses 23 días	3 meses 22 días	2 meses 13 días	21 días	9 días	7 días
Tiempo promedio del proceso en obtener una decisión de fondo	16 meses 7días	17 meses 4 días	14 meses 7 días	7 meses 28 días	5 meses 28 días	4 meses 14 días

* Corte hasta 31 de agosto de 2018

4. Superintendencia Financiera de Colombia.

Consultamos a la Superintendencia Financiera de Colombia para que indicara cuál es el presupuesto con el que funciona la Delegatura para los Asuntos Jurisdiccionales y la información suministrada es la siguiente:

Punto No 2 Respecto del Presupuesto anual de los costos del ejercicio de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, le informo:

Que a partir de la información suministrada por la Subdirección de Recursos Humanos y de la Subdirección Financiera, se han calculado los siguientes costos presupuestales de 2014 a septiembre de 2018. (Ver cuadro)

Superintendencia Financiera de Colombia Funciones Jurisdiccionales						
	2014	2015	2016	2017	2018	*
Gastos de personal	2.231.343.723	2.241.388.616	2.331.327.186	2.655.990.189	2.189.162.807	
Gastos generales	340.913.120	270.922.508	296.902.838	227.980.906	313.069.554	
Total	**2.572.256.843**	**2.512.311.124**	**2.628.230.024**	**2.883.971.095**	**2.502.232.361**	

Fuente: Subdirección de recursos Humanos y Subdirección Financiera

* Las cifras de 2018 están a septiembre 30

De acuerdo con la información suministrada, la SFC para la vigencia 2018 funcionó con un presupuesto de $2.502.232.361.

Por otra parte, se consultó respecto del número de demandas atendidas por la SFC y de acuerdo con la información suministrada tenemos el siguiente cuadro:

Desde sus inicios la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales con corte al 31 de agosto 2018, ha recibido un total de 12.275 demandas; de esas, 2.733 en el año 2016; 2.709 en el 2017; y 1.967 hasta la fecha peticionada del 2018, conforme se observa en el siguiente gráfico:

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Del total de demandas recibidas se han finalizado 11.027 y permanecían activas 1.221. Las demandas finalizadas se discriminan de la siguiente manera:

Conciliaciones	1662
Desistimiento	1262
Transacción	104
Fallo Absolutorio	1408
Fallo condenatorio	797
Nulidad por competencia	31
Rechazo por no subsanación	3894
Rechazo por caducidad	153
Rechazo por competencia	1716

De igual manera fue consultada la SFC para que indicara cuánto es la duración promedio de las demandas que tramita con ocasión de la competencia otorgada a esta y tenemos la siguiente información respecto de los años 2016 a 2018:

Año	No. de días calendario
2016	227
2017	241
2018	249

De la información suministrada respecto del promedio de tiempo con el que es resuelta una demanda atendida por la SFC debido a las facultades otorgadas a esta tenemos un promedio de 7 meses.

Capítulo VI. Conclusión.

De acuerdo con el estudio realizado, se puede concluir que es viable otorgar facultades jurisdiccionales a Colombia Compra Eficiente para resolver las controversias que se deriven de los actos administrativos precontractuales, debido a los siguientes argumentos:

En primer lugar, de acuerdo con lo manifestado en el primer capítulo de este estudio sobre la forma como en la actualidad se controvierten los actos administrativos precontractuales, la Entidad Estatal que adelanta un Proceso de Contratación es la misma que debe resolver las observaciones e incluso los recursos que se interpongan a los actos administrativos precontractuales definitivos, es decir, aquellos en los que se decide un asunto de fondo, como es el caso del acto de declaratoria de

desierta cuando se presentan oferentes al proceso y el de preclasificación en los concursos de méritos. Lo anterior implica que no existe verdadera imparcialidad al momento de revisar el contenido de una observación o recurso interpuesto por un oferente respecto de este tipo de actos, situación que evidencia la necesidad de crear una instancia independiente de la Entidad que adelanta el Proceso de Contratación, para que decida de manera imparcial sobre la legalidad del acto administrativo precontractual.

Por otra parte, de llegar a tener una instancia imparcial que resuelva las controversias que se originen frente a los actos administrativos precontractuales sin tener que esperar a que se suscriba el contrato estatal y este sea revisado por un juez de la república, generará mayor confianza en los proponentes, pues existiría un tribunal independiente que garantice sus derechos y revise, en tiempo, las actuaciones de la Entidad que adelanta el proceso, lo que inclusive podría significar un incremento de proponentes en los Procesos de Contratación, y un mayor incentivo para controvertir aquellas decisiones que afecten sus intereses como proponentes.

En segundo lugar, de la información recopilada en el derecho de petición presentado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la duración de los procesos de las Entidades del Orden Nacional en los procesos judiciales relacionados con contratación estatal, está en promedio entre 6 a 7 años, esta realidad evidencia la necesidad que existe de crear una instancia que esté en la capacidad de resolver las controversias precontractuales en un término inferior, previo a la celebración del contrato estatal, y acorde a los tiempos de los intereses de los proponentes y de la entidad del Estado.

Finalmente, la posibilidad de otorgar facultades jurisdiccionales a una autoridad administrativa existente ya ha sido implementada con anterioridad en el ordenamiento colombiano. Experiencias como las de la Superintendencia de industria y Comercio y la Superintendencia Financiera, son ejemplos exitosos de cómo se han podido reducir los casos que antes eran llevados ante un juez y han podido resolverse de forma más rápida y eficiente. Lo anterior, tiene sustento en que, de acuerdo con la información suministrada por estas entidades en sus derechos de petición, la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2018 se demoró 4 meses en tomar una decisión de fondo y la Superintendencia Financiera en el año 2018 se demoró 249 días.

Bibliografía

Banco Interamericano de Desarrollo (2014). *Estudio comparativo de modelos de protestas/impugnaciones en la región de Latinoamérica y el Caribe – Identificación de práctica óptima de sistema de contratación pública.*

Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo (2009). *Colombia, Status of the Public Procurement System Reform, The Challenges Ahead.*

Becerra Farfán, M. (2015). *El Tribunal de Contrataciones del Estado en el periodo 2012-2014. Revista Derecho & Sociedad*, 44, [353.-363]

Berrocal Guerrero, L.E (2016) "*Manual del Acto Administrativo"* Séptima Edición, Librería Ediciones del Profesional, LTDA.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, [Código]. (2006) Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Colombia Compra Eficiente. (25 de enero de 2017) "*Plan estratégico de 2017 - 2020"* Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20170125planestrategico_0.pdf

Colombia Compra Eficiente. (03 de julio de 2018) *"Informe de rendición de cuentas. Vigencia julio 2017- Julio 2018"*. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/informe_rendicion_cuentas.pdf

Colombia Compra Eficiente. (05 de agosto de 2018). *Borrador del informe final de la evaluación del Sistema de Compras Públicas de Colombia – Metodología MAPS Versión 2017*. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/borrador_informe_final_maps.pdf

Congreso de la República de Chile. (29 de mayo de 2003) [Ley 19880 de 2003]. Recuperado de http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004

Congreso de la República de Chile. (30 de julio de 2003) Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. [Ley 19886 de 2003] Recuperado de http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993) *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"* [Ley 80 de 1993] D.O 41094

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007) "*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos."* [Ley 1150 de 2007] D.O 46691

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011) "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."* [Ley 1437 de 2011] D.O 47956

Congreso de la República de Colombia, (28 de octubre de 1993) *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de Administración Pública*" [Ley 80 de 1993] DO. 41.094

Congreso de la República de Colombia, (09 de junio de 2015) "*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".* [Ley 1753 de 2015] D.O 49538

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (27 de abril de 2016), Sentencia 46818, [MP: Marta Nubia Velásquez Rico]

Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, (2 de agosto de 2018) Sentencia 2015-00006-00 [MP Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, (14 de marzo de 2013) Sentencia 24059 [MP Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, (18 de junio de 2015), Sentencia 2011-00271-00, [MP: María Elizabeth García González]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (03 de mayo de 2013), Sentencia 23734, [MP: Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, (15 de agosto de 2017), Sentencia 2346, [MP: Álvaro Namen Vargas]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (26 de marzo de 2008), Sentencia 14189, [MP: Mauricio Fajardo Gómez]

Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, (14 de febrero de 2012), Sentencia 0036-01, [MP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (16 de marzo de 2015), Sentencia 50719. [MP: Olga Melida Valle de la Hoz]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (02 de mayo de 2017), Sentencia 38693, [MP: Stella Conto Díaz del Castillo]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (31 de mayo de 2016), Sentencia 30312, [MP: Ramiro Pazos Guerrero]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (10 de noviembre de 2017), Sentencia 52733, [MP: Marta Nubia Velásquez Rico]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, (21 de septiembre de 2017), Sentencia 00177, [MP: Rafael Francisco Suárez Vargas]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (24 de octubre de 2018), Sentencia 54132, [MP: Ramiro Pazos Guerrero]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (14 de mayo de 2014), Sentencia 25975, [MP: Olga Melida Valle de la Hoz]

Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera, (05 de abril de 2018), Sentencia No. 0018201. [MP: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez].

Constitución Política de Colombia [Const]. (1991) Ed. Legis.

Constitución Política de Chile [Const]. (1980) Recuperado en https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf

Comisión Intersectorial de Contratación Pública (CINCO) (2008) *Evaluación del Sistema de Contratación Pública de Colombia, Metodología OECD.*

Comisión Permanente del Congreso de la República de Perú. (8 de julio de 2014) Ley de Contrataciones del Estado. [Ley 30225 de 2014]. Recuperado de http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf

Corte Constitucional, (29 de marzo de 1993) Sentencia T-120 [MP: Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional, (28 de abril de 1994) Sentencia C- 212 [MP: José Gregorio Hernández Galindo]

Corte Constitucional, (10 de agosto de 2011) Sentencia C- 600 [MP: María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional, (25 de octubre de 2000). Sentencia C-1436 [MP: Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional, (30 de junio de 2004), Sentencia C- 620. [MP: Jaime Araujo Rentería]

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (22 de noviembre de 1969) "Convención Americana de Derechos Humanos" [Ley 16 de 1974]

Dávila, L.G. (2016) *"Régimen jurídico de la contratación estatal",* Legis Editores S.A, Bogotá, Colombia.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2010). Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS). OECD/DAC METHODOLOGY. Recuperado de http://www.oecd.org/dac/effectiveness/45181522.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2015). Colombia: Políticas Prioritarias para un desarrollo inclusivo. Recuperado de http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2016). *Metodología para la evaluación de los Sistemas de Compras Públicas*. Recuperado de http://www.oecd.org/governance/ethics/ES_MAPS_Draft_consultation.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2016). *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference, OCDE Public Governance Reviews, OCDE Publishing, Paris.* doi: 10.1787/9789264252103

OSCE (julio de 2015). Reporte de contrataciones públicas 2014. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/cont_estado/estadisticas/Informe_Anual_2014.pdf

Pachnou, D. (2003). *The effectiveness of bidder remedies for enforcing the EC public procurement: a case study of the public works sector in. Nottingham: Thesis submitted to the University of Nottingham.* Recuperado de https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdtheses/despina_pachnou_thesis.pdf

Presidencia de la República (26 de mayo de 2015) *"Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional"* [Decreto 1082 de 2015] D.O 49523

Presidencia de la República. (3 de noviembre de 2011) *"Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura"* [Decreto 4170 de 2011] D.O 48242

Presidente de la República de Perú. (9 de diciembre de 2015) [Decreto Supremo 350 de 2015]. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/254964/229139_file20181218-16260-jboddz.pdf

Presidente de la República de Perú. (6 de enero de 2017) [Decreto Supremo 1341 de 2017]. Recuperado de http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/DECRETO_LEGISLATIVO_1341_Modifica_Ley_30225.pdf

Presidente de la República de Perú. (19 de marzo de 2017) [Decreto Supremo 057 de 2017]. Recuperado de https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/226997-057-2017-ef

Reino de España, Ministerio de Hacienda y Función Pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (febrero de 2018). *Memoria de Actividades año 2017 – Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.* Recuperado de: http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/memoria_tacrc_2017.pdf

Rey Juan Carlos I del Reino de España. (9 de agosto de 2010) [Ley 34 de 2010]. Recuperado de http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-12765

Rozenwurcel, G., & Bezchinsky, G. (2012). *Compras Públicas en América Latina y el Caribe. Diagnóstico y Desafíos.* Buenos Aires: Universidad San Martín. Recuperado de http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/Compras%20publicas%20en%20AL%20y%20C.pdf

Rozenwurcel, G., & Bezchinsky, G. (2011). *La economía política de las reformas de los sistemas de compras públicas en América Latina y el Caribe.* Buenos Aires: Universidad San Martin. Recuperado de http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/tomoI.pdf

Superintendencia Financiera de Colombia. (2018) "*Informe de rendición de cuentas 2018"* Recuperado de https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/nuestra-entidad/rendicion-de-cuentas--10887

Superintendencia de Industria y Comercio. (2018) *"Informe de rendición de cuentas Periodo 2011-2018"* Recuperado de http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Control_Rendicion_de_Cuentas/Informe-Rendicion-de-Cuentas-2018.pdf

Support for Improvement in Governance and Management. (2011). Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions. Brief 12. Recuperado de http://www.sigmaweb.org/publications/Public_Procurement_EU_2011.pdf

Tribunal de Contratación Pública de Chile (9 de agosto de 2018). Cuenta del Tribunal de Contratación Pública. Recuperado de: http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/wp-content/uploads/2018/08/CUENTA_PUBLICA_Agosto2018.pdf

Tribunal de Contratación Pública de Chile. Estadística general. Recuperado de: http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/estadistica-general/

Tribunal de Contratación Pública de Chile. Estadística de gestión. Recuperado de: http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/estadistica-de-gestion/

Glosario y abreviaturas

ANDJE: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
Entidades Estatales: Es cualquiera de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.
MAPS: Methodology for Assessing Procurement Systems.
OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
Proceso de Contratación: Es el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde.
CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
L.: Ley
C.N.: Constitución Política de Colombia