

ÍNDICE

Introducción 25

Capítulo I

El recurso en materia de contratación como estándar en el Derecho global

1. El Derecho Administrativo global o transnacional a partir de los derechos administrativos nacionales 31
 - 1.1. Las organizaciones internacionales productoras del Derecho Administrativo global 34
 - 1.2. Las formas externas de actuación del Derecho Administrativo global: tratados internacionales, normativa derivada de organismos internacionales y softlaw 38
 - 1.3. La influencia sobre la actividad y la organización administrativa 41
2. La conformación del Derecho internacional de las contrataciones administrativas 45
 - 2.1. El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio 47
 - 2.2. Las directivas y normativa emanada de los organismos multilaterales como el Banco Mundial, el PNUD, entre otros 49
 - 2.3. Los acuerdos bilaterales o plurilaterales de integración, de libre comercio y de protección de inversiones 50
 - 2.4. Los tratados anticorrupción 51
 - 2.5. Los instrumentos de softlaw en materia de contrataciones 52
 - 2.6. Los tratados de libre comercio como fuente desde el Derecho internacional de las contrataciones: 54
 - 2.6.1. Aspectos generales de los tratados de libre comercio 54
 - 2.6.2. Visión panorámica de los tratados de libre comercio con capítulo dedicado a compras públicas 55
 - 2.6.3. La normalización de las compras públicas a partir de los tratados de libre comercio vigentes 58
 - 2.6.4. El principio de trato no menos favorable que el nacional (trato nacional) al proveedor de otros países 59
 - 2.6.5. Principio de transparencia en la contratación pública 62
 - 2.6.6. Reglas particulares de procesos de selección: condiciones de participación, especificaciones técnicas, pliegos de condiciones 64
 - 2.6.7. Procedencia de la contratación directa como excepción 66
 - 2.6.8. Tratamiento de la información de los postores (transparencia, acceso a terceros y confidencialidad) 67
 - 2.6.9. Principio de probidad y políticas anticorrupción 67
3. La relevancia del recurso en materia de contrataciones en el Derecho internacional de las contrataciones 68
 - 3.1. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 70
 - 3.2. En el Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio 72
 - 3.3. En la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública (2011) 76
 - 3.4. En las Directivas de la Unión Europea sobre los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos 80
 - 3.4.1. La Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989 82
 - 3.4.2. La Directiva 92/13/CEE de 25 de febrero de 1992 del Consejo de las Comunidades Europeas 88
 - 3.4.3. La Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea 90
 - 3.5. En los tratados de libre comercio como fuente del sistema revisión de adjudicaciones 96

4. El recurso en materia de contrataciones como instrumento de control participativo, interno y previo en las contrataciones administrativas 101
5. Los elementos del control administrativo concurrentes en el recurso en materia de contratación 105
6. Las prácticas contrarias a la integridad en contrataciones que son susceptibles de recurrir mediante el recurso en materia de contrataciones 108

Capítulo II

Los diseños plurales del recursos en materia de contratación

1. Inexistencia de un modelo único de recurso en Hispanoamérica 113
2. La autonomía y la imparcialidad de la autoridad competente para resolver el recurso contractual 120
 - 2.1. ¿Cuál es el alcance de la autonomía e imparcialidad en esta materia? 120
 - 2.2. La tendencia a la autonomía de las funciones administrativas especializadas 121
 - 2.3. Las posibilidades organizacionales para dotar de autonomía a las autoridades del recurso 127
3. Revisión de las experiencias de recursos contractuales en Hispanoamérica 132
 - 3.1. La opción judicial para conocer el recurso en materia de contratación 133
 - 3.2. La opción administrativa para conocer el recurso contractual 134
 - 3.3. Los recursos administrativos previo y contencioso administrativo en Argentina 138
 - 3.4. Los recursos de objeción y de apelación/revocatoria ante la Contraloría General de la República en Costa Rica 140
 - 3.5. La acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública en Chile 148
 - 3.6. El recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de Panamá 158
 - 3.7. Los recursos administrativos especiales ante la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República en Nicaragua 163
 - 3.8. Las protestas ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas en Paraguay 167
 - 3.9. La instancia de inconformidad mexicano 172
 - 3.10. Los recursos ordinarios con particularidades en materia de contratación en Uruguay 178
 - 3.11. El Tribunal de contrataciones peruano, las observaciones y el recurso de apelación 181
 - 3.11.1. Las observaciones a las bases del proceso ante la entidad y el OSCE 184
 - 3.11.2. El recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado 189
4. La valoración de los modelos existentes desde la perspectiva del Derecho internacional de las contrataciones 214
 - 4.1. La autoridad competente para conocer los recursos en materia de contratación: ¿modelo jurisdiccional o administrativo? 215
 - 4.1.1. Los tribunales administrativos especializados en Perú y Panamá 215
 - 4.1.2. Las contralorías generales como autoridades de control de contrataciones: Costa Rica y Nicaragua 217
 - 4.1.3. Los organismos de control dependientes del Poder Ejecutivo 222
 - 4.1.4. La presencia del modelo jurisdiccional en la región 223
 - 4.2. ¿Uno o varios recursos contra los actos formativos del contrato reputados ilegales? 225
 - 4.3. ¿Los umbrales económicos para diferenciar competencias y recursos en materia de contratación? 227

Capítulo III

Las garantías necesarias para un eficaz recurso en materia de contratación

1. La eficacia del recurso como atributo esencial: el denominado “efecto útil” 230
 - 1.1. Elementos propios del diseño para que el recurso posea un efecto útil 230
 - 1.2. La propiedad suspensiva sobre el acto de contratación impugnada 234
 - 1.2.1. La suspensión como aspecto problemático para el diseño 234
 - 1.2.2. El efecto suspensivo de los recursos en el derecho internacional de la contratación pública
 - 1.2.3. El efecto suspensivo del recurso en los ordenamientos de España y de América 242
 - 1.3. La excepcional procedencia del recurso extemporáneo en casos de irregularidades graves

1.4.	La celeridad en el procedimiento recursal. La tramitación electrónica	251
1.5.	La ejecución diligente de la decisión sobre el recurso	253
2.	La tendencia expansiva de las materias impugnables. Del recurso precontractual al contractual	
3.	El plazo suficiente para presentar la impugnación, y el previo necesario acceso al expediente de la licitación	260
3.1.	El reconocimiento al tiempo suficiente de preparación del recurso en el Acuerdo OMC	263
3.2.	El reconocimiento al tiempo suficiente para preparar la impugnación en el Acuerdo OMC	265
3.3.	El acceso oportuno al expediente de contratación como condición necesaria	270
3.4.	¿Qué información debe ser accesible al legitimado para preparar el recurso?	273
3.5.	El acceso a la información durante los procesos de selección y cómo configurar su ejercicio	
3.6.	La legitimidad del potencial recurrente para el acceso a la información	277
3.7.	La oportunidad del acceso a la información para preparar el recurso	278
3.8.	La información de las entidades y de los postores: excepcionalidad de la confidencialidad	282
3.9.	La confidencialidad de la información de secreto comercial presentada por el postor en su oferta	284
3.10.	El caso peruano: el tratamiento de la información confidencial suministrada por los postores a las entidades	292
3.11.	La calificación de secreto de la información presentada y los supuestos que esto conlleva	
4.	El debido proceso y la participación de los interesados en el procedimiento del recurso en materia de contratación	297
4.1.	El debido procedimiento del recurso en el Derecho internacional de las contrataciones	297
4.2.	Las garantías mínimas para asegurar el debido proceso en el trámite del recurso	299
4.2.1.	El contradictorio: la exigencia que la entidad contratante participe y responda la impugnación	
4.2.2.	El derecho de los participantes a ser oídos antes de que la autoridad se pronuncie sobre la impugnación	301
4.2.3.	El derecho a ser representados y estar asistidos	302
4.2.4.	El derecho al acceso público a todas las actuaciones	303
4.2.5.	El deber de decidir escrito, debidamente motivada y en plazo razonable	303
5.	La garantía del recurrente a la indemnidad	304
5.1.	La garantía de indemnidad para el recurrente en el Derecho internacional de la contratación pública	304
5.2.	La cuestionable exigencia de garantizar el recurso por transgredir la garantía de indemnidad	
5.2.1.	La temeridad y la mala fe procesal y el acceso al recurso de revisión administrativa	306
5.2.2.	El equivocado modelo preventivo contra los recursos temerarios	308
5.2.3.	El modelo represivo contra recursos temerarios o de mala fe: la sanción administrativa (España, Uruguay, México y Perú)	323
6.	La mínima onerosidad del procedimiento del recurso	328
6.1.	La gratuidad como principio procedimental, particularmente del recurso	329
6.2.	La mínima onerosidad del recurso en materia de contratación	330
7.	La transparencia como regla y la confidencialidad como excepción en el procedimiento del recurso	334

Capítulo IV

La legitimidad activa para promover el recurso en materia de contrataciones

1.	¿Interés individual o supraindividual para resguardar la correcta formación del contrato?	337
2.	La legitimidad para recurrir actuaciones de formación de contrato en el Derecho internacional de las contrataciones	342
3.	La legitimidad activa en los modelos de control de Hispanoamérica	348
3.1.	La legitimidad activa ante el Tribunal de Contratación Pública de Chile	348
3.2.	La legitimidad activa para plantear recursos de objeción y de apelación en Costa Rica	350
3.2.1.	La legitimidad activa para proponer recurso de objeción contra las bases de los procesos	
3.2.2.	La legitimidad activa para proponer recurso de apelación contra la adjudicación del contrato	
3.3.	La legitimidad activa para interponer el recurso especial en materia de contratación de España	
3.3.1.	Aspectos generales de la legitimidad en el modelo español	356
3.3.2.	El concepto de interés legítimo como eje para la determinación de la legitimidad para presentar el recurso especial en materia de contratación	358

3.3.3.	Legitimidad del licitador concurrente	360
3.3.4.	Legitimidad del potencial licitador	360
3.3.5.	Legitimidad del licitador excluido	361
3.3.6.	Legitimidad de integrante de una unión temporal de empresas	362
3.3.7.	Legitimidad de sujetos que no participaron en la licitación	364
3.3.8.	Legitimidad ex lege: el concejal con votación adversa a los actos y acuerdos impugnados	
3.4.	La legitimidad activa para promover el recurso de nulidad en Nicaragua	369
3.5.	La legitimidad activa para promover protestas en Paraguay	370
3.6.	La legitimidad activa para promover la inconformidad ante la Secretaría de la Función Pública en México	371
3.7.	La legitimidad activa para promover el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones de Panamá	373
3.8.	La legitimidad activa en las observaciones a las bases y en la apelación ante el Tribunal de Contrataciones peruano	373
3.9.	El caso colombiano: la acción popular de moralidad en materia de contratación	378
3.9.1.	Las acciones populares en el Derecho Administrativo colombiano	378
3.9.2.	La moralidad administrativa, derecho colectivo protector de la correcta contratación estatal	
3.9.3.	Las características jurídicas de la acción popular en particular	383
3.9.4.	Una particularidad relevante pero dejada de lado: el incentivo económico en las acciones populares sobre moralidad administrativa	387
4.	El sometimiento voluntario a los pliegos como límite a la legitimidad para recurrir actos del proceso de selección y el efecto útil del recurso especial	389
4.1.	Aspectos generales de esta teoría	389
4.2.	La prohibición de ir contra los actos propios como sustento de la regla del sometimiento voluntario	394
4.3.	La excepción a la regla: el recurrente licitador	396
4.4.	Las condiciones que tendrían que converger para aplicar esta teoría	397
4.4.1.	La posibilidad efectiva de recurrencia previa para el postor	398
4.4.2.	El cuestionamiento no verse sobre una ilegalidad grave de una regla del proceso	399
4.4.3.	Que la regla objeto de cuestionamiento permita una interpretación unívoca	400
4.4.4.	La inexistencia de dolo por parte de la autoridad administrativa convocante que pretenda alcanzar la pervivencia de la regla indebida	401
5.	La valoración de las opciones de legitimidad para activar el control administrativo en la formación del contrato	403

Capítulo V

Los poderes decisorios de los tribunales de contratación al resolver el recurso

1.	Relevancia de los poderes asignados a los Tribunales que conocen del recurso	407
2.	El restablecimiento de la legalidad transgredida y de resarcimiento del control administrativo sobre actos precontractuales en el Derecho internacional de las contrataciones	409
3.	Las expresiones de la tutela restitutiva al postor: grados de restablecimiento de la legalidad transgredida por las actuaciones indebidas	415
3.1.	La pura declaración de ilegalidad de la actuación incurrida	416
3.2.	La invalidación de la actuación recurrida y el reenvío a la propia autoridad contratante	417
3.2.1.	La competencia exclusivamente revisora del órgano de control	417
3.2.2.	¿Es posible declarar la nulidad a partir de vicios no invocados en el recurso?	423
3.2.3.	¿Es posible proseguir el proceso pese a la existencia de vicios, pero de trascendencia menor o no relevante?	425
3.3.	La reposición de las actuaciones hasta el momento anterior a la comisión del vicio	428
3.4.	La imposición de deberes de hacer positivos a la entidad	429
3.5.	La sustitución del acto inválido por una decisión conforme a derecho y la declaración de situación jurídica en favor de los postores	430
3.6.	La nulidad total del procedimiento de contratación	432
3.7.	La ineficacia y liquidación del contrato adjudicado indebidamente	433
3.8.	Los efectos indirectos negativos de la decisión anulatoria sobre la gestión administrativa en	

curso	435
3.8.1. Los efectos negativos sobre el proceso de contratación en curso	436
3.8.2. Los efectos negativos sobre un contrato en ejecución	437
3.9. Las sanciones alternativas a la ineficacia del contrato antecedido de un procedimiento viciado: multas y reducción del plazo contractual	443
4. La tutela resarcitoria en favor del postor afectado: el resarcimiento de daños y perjuicios	444
4.1. La competencia resarcitoria en el derecho internacional de las contrataciones	445
4.2. Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado por su accionar ilegal en los procesos de contratación	450
4.2.1. La acción o hecho dañoso	451
4.2.2. Los daños producidos: los costos de participación y la pérdida de oportunidad	452
4.2.3. La relación de causalidad entre la acción y el daño: debilitada porque se exige solo posibilidad real de haber sido adjudicatario	453
4.3. La pérdida de chance como daño al postor afectado	454
4.3.1. Aspectos generales de la doctrina de la pérdida de oportunidad o de chance	456
4.3.2. La pérdida de oportunidad del postor en materia de contratación pública	458
4.4. Experiencias contemporáneas sobre pérdida de chance como tutela resarcitoria a postores en Hispanoamérica	460
4.4.1. La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones español	460
4.4.2. La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones chileno	464
4.4.3. La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones colombiano	468

Conclusiones 475

Bibliografía fundamental 491