

ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES QUE CARECEN DE OPORTUNIDAD
DE IMPUGNAR EN EL PROCESO DE CONTRATACION ESTATAL EN COLOMBIA

JORGE ALEJANDRO MESA ALBARRACION - ABOGADO

SANDRA MILENA VARGAS JURADO - ABOGADA

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO

Directora

RUTH BASTIDAS CASTRO

DOCENTE

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2017

RESUMEN

El acto administrativo es la manifestación de la administración pública, con el fin de producir efectos jurídicos a sujetos determinados o indeterminables, el cual posee, entre otras características, el ser impugnabile ante la misma autoridad que lo emite, no obstante por ley hay ciertas prohibiciones, como es el caso de los actos administrativos de adjudicación dentro del proceso de contratación estatal. Partiendo de ese panorama, señalaremos las implicaciones jurídicas y procuraremos evidenciar las consecuencias ante la rama judicial al igual que ante los proponentes de un proceso de contratación estatal.

Es de señalar, que existen versiones encontradas respecto de si dicha prohibición es respetuosa o no de los principios de la contratación estatal tales como economía y equilibrio contractual.

ABSTRACT

The administrative act is the manifestation of the public administration in order to produce legal effects to certain or indeterminate, which has other characteristics to be challengeable before the same authority that issues it, however by law there are certain prohibitions, as is the case of the administrative acts of adjudication within the state contracting process. Based on this scenario, we will point out the legal implications and seek to show the consequences ahead the judiciary as well as ahead the proponents of a state contracting process.

It should be noted that there is the possibility of changing the version with respect to the principles of state contracting, such as economy and contractual equilibrium.

PALABRAS CLAVE

Contratación Estatal. Acto Administrativo. Adjudicación. Impugnar. Proponentes. Corrupción. Economía procesal. Principios de la contratación estatal. Jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

La investigación se propuso identificar si existe un vacío en el derecho administrativo Colombiano, respecto de la posibilidad o no de impugnar los actos administrativos de adjudicación dentro del proceso de contratación estatal y sus diferentes modalidades.

El proceso avanzó en un juicioso análisis de las altas cortes para conocer si se han pronunciado respecto de la imposibilidad de impugnar los actos administrativos de adjudicación dentro de un proceso de contratación estatal.

Con el fin de lograr lo anterior, se buscó la fuente más cercana a esta problemática, y por medio de entrevistas a dos proponentes expertos en la materia, se identificó esta problemática de manera más palpable y práctica, toda vez que el investigar en la ley, la jurisprudencia y la doctrina es de un modo más abstracto y teórico.

En el mismo sentido, el artículo demostró la congestión que viene sufriendo la administración de justicia, con cifras que determinan la imposibilidad de agilizar los procesos que en el caso de demandar un proceso licitatorio tomaría más de una década agotar todas las instancias y llegar a un fallo ejecutoriado.

Es por lo anterior que si hipotéticamente la ley o la jurisprudencia otorgaran la posibilidad procesal de interponer el recurso para impugnar el acto administrativo, se estaría en armonía con el principio de economía que es rector en temas de contratación estatal, pues se acortarían tiempos y recursos que resuelven las controversias en los procesos licitatorios.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

Los principales hallazgos en el artículo son:

- El vacío que se encontró en la contratación estatal, específicamente en el acto administrativo que adjudica un proceso licitatorio a un determinado proponente denominado acto de adjudicación; lo anterior tiene fundamento en que no existe la posibilidad de impugnar este acto de adjudicación, obligando de esta manera a los proponentes derrotados acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de controvertir dicha decisión.
- Se llegó a la conclusión que no se tiene la posibilidad de impugnar el acto de adjudicación de un proceso licitatorio, luego de examinar la ley y la jurisprudencia que estudian el tema y lo regulan a profundidad.
- Dicha imposibilidad ha generado congestión en la jurisdicción contenciosa administrativa, pues son procesos licitatorios con mucha tecnicidad en algunos casos que requiere peritaje técnico, lo que conlleva a un avanzar lento en los procesos en que se debata si el acto de adjudicación fue ajustado a derecho o no, inclusive lleva más de una década tomar una decisión ejecutoriada, lo que genera un desgaste para el estado tanto de recursos humanos como físicos tecnológicos y económicos.
- Por último, dicha situación ha venido trayendo consigo una oleada de corrupción, que como públicamente ha salido a la luz, los procesos de contratación son amañados en complicidad con los funcionarios públicos en algunos casos coadyuvan a que se configure tal irregularidad, es por lo anterior que se necesitan más garantías y transparencia que es un principio rector en la contratación pública de la mano con el principio de economía, y que se legisle respecto de la posibilidad de impugnar el acto de adjudicación de un proceso licitatorio, y se logre evidenciar las irregularidades que en este momento pasan desapercibidas.

I. ANTECEDENTES

La contratación estatal existe por la necesidad del estado de cumplir con las obligaciones impuestas por la Constitución Política, lo que hace que acuda a los particulares en razón a que el mismo no puede satisfacer las necesidades que se presentan, es por lo anterior que se adoptó el modelo de licitación pública para que el estado pueda adquirir bienes y servicios con el fin de garantizar la correcta administración de los recursos con que cuenta y propender por cumplir con los derechos fundamentales a sus asociados que no es otra cosas que los ciudadanos y tener un correcto funcionamiento.

Dado que en este trabajo analizaremos la ausencia de mecanismos de impugnación para el Acto Administrativo de adjudicación de un contrato, y este es emitido con ocasión a la llegada de una etapa procedimental en el proceso de contratación estatal, iniciaremos haciendo un esbozo en lo relativo a la historia de la contratación estatal, y sus etapas, para posteriormente pasar a explicar en qué momento de la etapa contractual la Administración emite los actos administrativos y finalizaremos con la definición de Acto Administrativo de Adjudicación, desde el punto de vista de la jurisprudencia, la ley y la doctrina más relevante que históricamente existe en el conglomerado jurídico.

Los inicios de la Contratación Estatal en Colombia datan de los años 1909 a 1912 con la expedición del código fiscal y algunas leyes como la 130 de 1913, además se expide el primer estatuto procesal de lo contencioso, éste estatuto tenía consignado el principio de meros actos de derecho privado de los contratos, se comenzó a hablar de principios contractuales como la caducidad, así el derecho administrativo arrancó una carrera alejada de la doctrina, que venía siendo en gran parte su materia prima.

Ahora bien, en el transcurso del siglo XX, el poder ejecutivo tuvo un importante aporte en materia de contratación pública, pues fomentó la reglamentación y legalización, sin

éxito toda vez que nunca se concretó un real estatuto que garantizará los principios de economía, celeridad, objetividad, transparencia, moralidad administrativa y sobre todo la seguridad jurídica de los ordenadores del gasto, entre otros.

Con la llegada de la Constitución de 1991, el Congreso se apropia de su obligación jurídica de establecer un estatuto contractual, tarea la cual le encargó la carta magna, norma que debería contener la manera en que las administraciones públicas deben contratar con los particulares y como estas deben de actuar de acuerdo a unos principios taxativos, tratándole de dar orden y legalidad al sistema de compras públicas y estableciendo los procedimientos y etapas para ello.

En consecuencia de lo anterior, se expide el estatuto general de contratación de la administración pública ley 80 de 1993, teniendo en cuenta hechos históricos, y un país con miras a la globalización, encontrando nuevas fuentes de economía pública y con un gran impacto en el mundo del derecho administrativo. La norma ibídem ha sufrido diversas modificaciones, haciéndola una norma fuente de trabajo para profesionales del derecho, así como administradores públicos y múltiples profesiones involucradas en los procesos licitatorios, que denotan, la trascendencia que tuvo para el país la expedición de la ley 80 de 1993, y sus normas subsiguientes con suma importancia como:

- Ley 1150 de 2007 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Ley 1474 de 2011 Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- Decreto Ley 019 de 2012 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

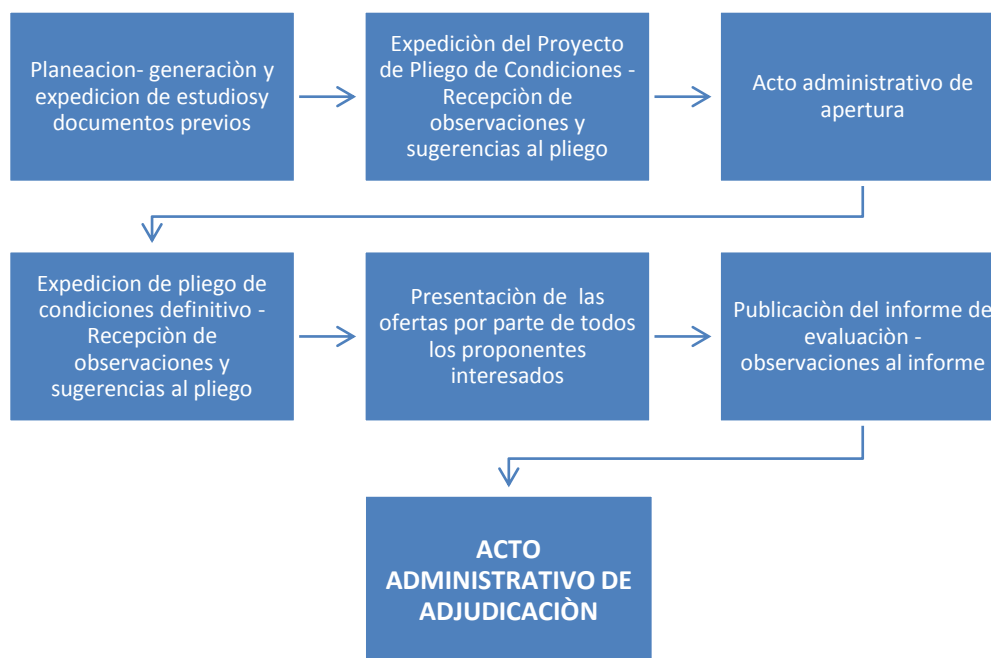
- Los tratados internacionales.
- La jurisprudencia del Consejo de Estado
- Decreto 1510 de 2013 Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.
- Decreto 1082 de 2015 Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

II. ¿QUÉ ES UN ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN?, REGULACIÓN LEGAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES Y CÓMO SE ORIGINA.

El acto administrativo de adjudicación se expide con ocasión a la llegada de la etapa precontractual de adjudicación, una vez la entidad ha agotado las anteriores etapas, El acto de adjudicación constituye una manifestación unilateral de voluntad por parte de una entidad estatal que se materializa en un acto administrativo por medio del cual la entidad culmina el proceso de selección con la elección del proponente “ganador”.

En dicho acto debe constar un relato de todo lo sucedido en el curso del proceso de selección, de modo que la entidad incluya todas las razones de hecho y de derecho que justifican la selección del contratista a quien resolvió adjudicar el contrato estatal (ello en armonía con lo previsto en el numeral 7° del art. 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993)).¹

A continuación se explican las etapas precontractuales, con el objetivo de identificar en cuales interviene el acto de adjudicación:



¹ Tomado de <https://vlex.com.co/vid/acto-adjudicacion-590688142>

Características: Se trata de un acto cuyo contenido es de carácter “declarativo”, ello quiere decir que éste reconoce la existencia de un derecho en cabeza de uno de los proponentes, por oposición a aquellos actos “constitutivos” a partir de los cuales nace o surge un derecho a favor de una persona (natural o jurídica).

Lo anterior se armoniza con lo explicado en el capítulo relativo al cierre del proceso de selección, en tanto que es allí donde nace el derecho del proponente —futuro contratista— a celebrar posteriormente el contrato en caso de resultar adjudicatario, de modo que, en otras palabras, el acto de adjudicación tan sólo reconoce un derecho que ya existe en cabeza del oferente desde el momento en que presentó su propuesta.

En los términos del art. 9° del Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos el acto de adjudicación “es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario”. Asimismo contra dicho acto no procede recurso alguno ante la entidad, luego, si alguno de los participantes en el proceso de selección tiene algún reparo frente a dicho acto, deberá demandarlo ante el juez de lo contencioso administrativo.²

² Tomado de <https://vlex.com.co/vid/acto-adjudicacion-590688142>

III. PRONUNCIAMIENTO DE LAS ALTAS CORTES ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE IMPUGNAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ADJUDICACIÓN

A continuación se anexa un cuadro con resumen de la jurisprudencia acerca de los presupuestos de las acciones jurisdiccionales como lo son la de nulidad y restablecimiento del derecho, así como de simple nulidad contra los actos previos en materia de procesos licitatorios de la contratación estatal³:

1.	Corte Constitucional en sentencia C-712 de 2005	La Corte dejó en claro que la posibilidad de demandar los actos administrativos precontractuales (en donde se encuentra incluido el de adjudicación) por vía de las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento cesa a partir de la celebración del contrato estatal respectivo, y que cuando tal celebración ocurre antes de que se hayan vencido los treinta días que otorga la norma como término de caducidad, opera como una causal de extinción anticipada del término para hacer uso de las referidas acciones. " (La negrilla no es del texto).
4.	Marzo 13 de 2006, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, radicación número: 50001-23-31-000-2003-00325-01(27995), actor: Constructora Canaán S.A. y otros, demandado: Departamento del Meta. Tema: Caducidad de la acción.	"La Corte entendió que los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo, es decir los licitantes o proponentes.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 13 de agosto de 2014, Radicación 250002326000200401200 01, expediente: 35965, actor: Selcomp Ingeniería Ltda., demandados Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital – Distrito Capital

		En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.” (La negrilla no es del texto).
5.	<p>Abril 1º de 2009, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: 50001-23-31-000-2008-00282 – 01 (36124), actor: Wolves Security Ltda., demandado: Departamento del Guaviare, referencia: acción Contractual-apelación auto.</p> <p>Tema: Caducidad de la acción.</p>	<p>“iv) La caducidad se opera bien porque se deja vencer el término de treinta (30) días sin intentar la acción, o porque a pesar de no haberse vencido ese término se celebra el contrato como consecuencia de la ejecución del acto de adjudicación...”. Pero transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato o una vez celebrado éste, los actos precontractuales -como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales, la cual podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada directamente, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento,</p>
6.	<p>Junio 13 de 2011, Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, radicación número: 54001233100019981333 01 (19936), actor: Cámara de Comercio de Cúcuta y Personería Municipal de Cúcuta, demandado: Municipio de Cúcuta asunto: acción pública de nulidad</p> <p>Tema: Legitimación activa.</p>	<p>“Con fundamento en las consideraciones precedentes se impone aceptar que la interpretación que en oportunidad precedente había hecho la Sala, en el sentido de que el acto de adjudicación del contrato es susceptible de ser demandado por cualquier persona interesada solamente en el restablecimiento de la legalidad, ampliaba sin soporte normativo la procedencia del contencioso objetivo de anulación a este evento, para en cambio precisar que el enjuiciamiento del citado acto solo procede, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, a través del contencioso subjetivo de anulación.</p> <p>En otros términos, sólo quienes tuvieron un interés legítimo por haber formulado una oferta y la entidad que ha adelantado el proceso, tienen vocación para ocurrir ante la jurisdicción una vez concluya el procedimiento licitatorio en busca de la</p>

		<p>revisión de legalidad del acto de adjudicación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.</p> <p>Lo anterior sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato y por virtud de la acumulación de pretensiones, sea posible, a través de la acción contractual dirigida a buscar la nulidad absoluta del contrato derivada de la ilegalidad de los actos que dieron origen a su celebración, pretender también la nulidad del acto de adjudicación.” (La negrilla no es del texto).</p>
7.	<p>Febrero 15 de 2012, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 66001-23-31-000-1999-0551-01 (19.880), actor: Industrias McLaren Ltda., demandado: Municipio de Pereira, proceso: acción contractual, asunto: recurso de apelación.</p> <p>Tema: Ineptitud de la demanda.</p>	<p>“Empero, como podrá observarse, la Sección Tercera no hizo referencia ni dilucidó lo atinente a si una vez celebrado el contrato y de este se pida su nulidad absoluta con fundamento en que el acto de adjudicación es ilegal, sea ineludible incluir dentro de las pretensiones, además de la atinente a la nulidad absoluta, la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo adjudicó, lo cual se justifica por no ser ésto allí el thema decidendum, cuestión aquella que es la que constituye ahora el centro del debate en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación.</p> <p>(...)</p> <p>Pues bien, todos estos precedentes coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato.</p> <p>Y este entendimiento es el que permite darle una cabal y armónica comprensión al numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 cuando dispone que los contratos del estado son absolutamente nulos, entre otros</p>

		<p>casos, cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten."</p> <p>Con otras palabras, si la invalidez del contrato estatal es la consecuencia de la ilicitud de esos actos administrativos, hay que declarar la ilegalidad de estos para poder decretar la nulidad absoluta de aquel y por supuesto que para que aquello ocurra, tal declaratoria de ilicitud debe haber sido pretendida en la demanda ya que ese extremo no puede ser objeto de un pronunciamiento oficioso como sí lo podría ser la nulidad absoluta del contrato." (La negrilla no es del texto).</p>
8.	<p>Marzo 14 de 2.013, Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, radicación: 440012331000199900827 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila Ltda., demandado: Departamento de La Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del Derecho – Apelación Sentencia.</p> <p>Tema: Acción de nulidad y restablecimiento.</p>	<p>"De la anterior previsión legislativa se desprende que al control jurisdiccional de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, puede accederse mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, atendiendo para el efecto un término de caducidad de 30 días que se contabiliza a partir del día siguiente a aquel en que el acto se comuniquen, notifique o publique, según el caso."</p>

De la anterior recopilación de normas referentes a la impugnación de actos administrativos, se concluye que, en efecto, la única oportunidad que da la ley colombiana para impugnar los actos administrativos de adjudicación dentro de un proceso de contratación estatal, sea la modalidad que se adelante, esta oportunidad se da en vía jurisdiccional, esto es, mediante la interposición de una acción administrativa, ya sea de nulidad y restablecimiento del derecho, o de nulidad simple, según sea el caso.

IV. CONGESTIÓN EN LA RAMA JUDICIAL

En Colombia es de público conocimiento que la rama judicial no da abasto al cúmulo de procesos que se radican a diario, lo anterior se debe no únicamente al desdén de los servidores públicos, sino también se debe a la falta de personal y la adecuación de mejores herramientas tecnológicas que abrevien los interminables procesos que pueden llegar a durar hasta dos décadas en ser fallados.

De acuerdo con cifras del plan sectorial 2015-2018 del consejo superior de la judicatura, a pesar de las medidas de descongestión implementadas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se ha venido observando un represamiento en el Sistema Oral con un 11% de los procesos judiciales, que representan un crecimiento anual del 1%.

Aunado a lo anterior, el índice de evacuación parcial demuestra que son más los procesos que ingresan que aquellos que se evacuan, por ejemplo en la sección 2.2.5.1. del Plan Sectorial de Desarrollo 2015-2018⁴ “Justicia para la Paz”, se evidencia que entre los años 2010 y 2013 en el Consejo de Estado han quedado más de 20.000 procesos sin fallar, en los Tribunales Administrativos más de 60.000 y en los Juzgados Administrativos más de 100.000.

Adicionalmente, la gestión adelantada por las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, evidencia la insuficiencia de funcionarios juzgadores y la necesidad de crear nuevas sub-secciones en las Salas Primera y Tercera del Consejo de Estado, que propendan por la maximización de los índices de evacuación parcial, los cuales a 31 de diciembre de 2013 se encontraban en niveles del 64.30% y 83.12% respectivamente.

⁴ Tomado de <https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/informacion-general/plan-sectorial-de-desarrollo>

Ahora bien, la administración de justicia y en especial los juzgados y tribunales administrativos, podrían mermar el cúmulo de demandas presentadas en contra de las entidades públicas que emiten los actos administrativos de adjudicación dentro de un proceso de contratación estatal, incoando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o de simple nulidad, en el evento que dichos actos se pudieran impugnar.

Estas demandas son en específico muy prolongadas en el tiempo por el nivel de tecnicidad que exigen los temas tratantes, es por lo anterior que la administración de justicia podría enfocar sus esfuerzos en temas judiciales de diferente naturaleza, y de esta manera se lograría economizar tanto en recursos humanos, técnicos, de infraestructura y tecnológicos, si existiese una merma significativa en las demandas presentadas contra los actos de adjudicación de los procesos licitatorios.

V. PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Son tres los principios rectores de la contratación estatal en Colombia la transparencia, la economía y la responsabilidad; de acuerdo con el principio de economía, los procesos de selección deberán estructurarse de tal manera que únicamente se tengan que surtir las etapas estrictamente necesarias y responderán a términos y plazos preclusivos y perentorios, asegurando el uso de la menor cantidad de recursos⁵.

Justificar el principio de economía, tiene su cimiento en el sentido que beneficiaría al estado al tener la posibilidad los participantes en los procesos de contratación estatal de impugnar los actos administrativos de adjudicación, esto tiene relación estrecha con el capítulo inmediatamente anterior, puesto que el estado salvaguarda recursos y respeta los principios de la contratación estatal.

Ahora bien en los procesos licitatorios debe existir inequívocamente un equilibrio contractual, se entiende que los contratos estatales deben mantener la igualdad entre las partes frente a sus obligaciones, derechos y contraprestaciones que se establecieron al momento de la contratación. Por lo cual, en caso que se llegue a romper dicha igualdad, por causas ajenas a las partes o incluso por causas imputables a la entidad, se deben tomar las medidas necesarias para restablecer el equilibrio contractual⁶.

Para significar de mejor modo lo anterior es menester un ejemplo: una entidad estatal adjudica un proceso licitatorio, un proponente de los que no ganaron se percata de un error jurídico de la entidad o un acto de corrupción, y en el panorama actual en Colombia, tendría que incoar una demanda ante un juez administrativo, toda vez que la entidad no tiene oportunidad de corregir de oficio o a solicitud de parte, que como se señaló con antelación, el desgaste para el estado es muy grande tanto en recursos humanos como recursos económicos; sin embargo, si existiera la posibilidad de

⁵ Tomado de <http://www.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/ConEst/ConEst/Paginas/PCEst.aspx>

⁶ Tomado de <http://www.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/ConEst/ConEst/Paginas/PCEst.aspx>

impugnar el acto que adjudico ese proceso, la administración en cuestión de no más de dos meses resolvería el recurso, y si es el caso corrige la inminente ilegalidad del proceso licitatorio.

En este mismo sentido, la administración y los proponentes no están en igualdad de condiciones, toda vez que si la entidad pública emite un acto administrativo este debería ser susceptible de impugnación, haciendo gala del principio del equilibrio contractual, sin embargo, la realidad es que hay un desequilibrio, puesto que se debe poner en acción todo el aparato judicial, con el fin de determinar situaciones jurídicas que deberían ser debatidas y corregidas de ser el caso en sede administrativa.

En armonía con lo anterior, se daría estricto cumplimiento a los principio rectores ya citados, toda vez que el estado gasta muchos menos recursos, resolviendo el mismo asunto que a la rama judicial le tardaría entre 12 y 16 años, a la entidad le tomaría 1 o 2 meses hipotéticamente.

En el mismo sentido, si existiese más controles a la actividad contractual estatal, se haría gala del principio de transparencia, ya que los mismos proponentes tendrían la oportunidad de evidenciar las irregularidades que eventualmente se avizoren en la etapa final del proceso licitatorio, así de la mano de este principio iría el principio de responsabilidad, pues tanto los servidores públicos como los proponentes no entrarían en artimañas ni corrupción como en capítulo venidero se manifestará.

VI. ENTREVISTA

Las siguientes entrevistas fueron realizadas a dos proponentes, quienes se encuentran vinculados con una empresa que participa activamente en los procesos de contratación, nos compartieron sus experiencias que tuvieron en algunos procesos de contratación estatal, lo anterior con el fin de traer casos reales que evidencien la problemática acá planteada:

El primero de ellos se llama Edwin Alirio Ahumada y trabaja como abogado en el área de licitaciones en una empresa del sector privado, y esta fue su experiencia compartida:

Pregunta 1: ¿Cree usted que hay implicaciones jurídicas cuando la ley no permite la impugnación de los actos administrativos de adjudicación generados en un proceso contractual?

R/ “Claro que si las hay, pues es una trasgresión a los principios constitucionales y a la misma normatividad que rige la contratación estatal, la cual dice que todos los procesos contractuales deben ceñirse bajo los principios de transparencia, planeación, derecho de defensa, entre otros, y estos principios se ven coartados al no permitirse que se impugnen estos actos administrativos, es una contradicción que tiene la ley”.

Pregunta 2: ¿Qué consecuencias cree usted que se generan ante todo el sistema judicial que no se permita impugnar el acto administrativo de adjudicación dentro de un proceso de contratación?

R/ “Las consecuencias son claras, y es una acumulación de demandas sin resolver en todo el sistema judicial, pues si esto se lograra resolver desde las entidades, permitiendo que este acto se pudiera controvertir en esta instancia, y no pasar directamente a la vía de lo contencioso administrativo, el panorama judicial sería diferente, pues todos aquellas situaciones hubieran haberse podido discutir y atender

más acuosamente en las entidades por medio de funcionarios completamente facultados para dilucidar estas controversias, y en muchas ocasiones, incluso se daría una respuesta y una solución más efectiva desde allí, que desde los mismas instancias de la jurisdicción contenciosa administrativa”.

Pregunta 3: ¿Que consecuencias cree usted que se generan para los proponentes el que no se permita impugnar el acto administrativo de adjudicación dentro de un proceso de contratación?

R/ “Pienso que es una vulneración a los principios de contradicción y de planeación de la administración, en donde quien tiene que soportar la carga de este vacío legal, es el proponente, pues es la parte débil en la relación –administración vs proponente- ya que sobre el recae todas las consecuencias cuando el acto que se expidió no fue conforme a ley, pues finalmente es quien se queda sin el contrato a causa de una infundada decisión de la entidad de adjudicar caprichosamente un contrato a quien no debía hacerlo”.

Pregunta 4: ¿Como cree usted que se podría sanear este vacío legal del derecho administrativo colombiano?

R/ “ Esto es algo que debe venir desde las conductas transparentes de los servidores públicos que están facultados para emitir estos actos administrativos, pues si estos fueran completamente transparentes y honestos, no habrían proponentes que reclamaran o estuvieran inconformes con la adjudicación de contratos, ya que durante el proceso de adjudicación se evidenciaría la conducta transparente del servidor público, lo que conllevaría a que el proponente reconociera que no le fue adjudicado el contrato por que había alguien con mayores capacidades que él, mas no porque fue un acto de corrupción. Pero el método más eficaz para sanear el vicio es legislando sobre este, aplicando correctivos de carácter legal para impedir que los ordenadores del gasto de las entidades, trasgredan la ley a su antojo”.

Pregunta 5: ¿Conoce o a leído usted jurisprudencia acerca de este tema?

R/ “No, si he leído jurisprudencia acerca de los contratos que se han adjudicado arbitrariamente, pero dentro de estas no he visto a alguien preocupado por una reforma a la normatividad en materia de contratación estatal, la cual permita que los actos sean controvertidos, y con la situación de corrupción que hay en Colombia, creo que vendría muy bien una rápida y efectiva reforma a la ley en esta materia”.

Pregunta 6: ¿Cuáles cree usted que serían los beneficios que traería al país, a las empresas y al sistema judicial si existiera la posibilidad de impugnar los actos administrativos de adjudicación?

R/ “Los beneficios serian que tendríamos un país más garante de los principios constitucionales, mas protector con la industria colombiana, un país que salvaguarda, apoya y ayuda en el crecimiento de las empresas colombianas, y que ante todo se preocupa por corregir aquellos sesgos legales que no permiten surgir y dar una visión diferente a la que tenemos los ciudadanos de la administración y sus funcionarios públicos”.

Pregunta 7: ¿Cuál cree usted que esta la solución para este problema?

R/ “Como se mencionaba anteriormente, la solución empieza por cada persona, por las conductas transparentes que debe tener cada servidor público, cuando desarrolla sus funciones públicas, seguido de un proyecto de ley que busque una reforma legal mediante la cual permita cerrar esta brecha que no deja avanzar hacia un camino de transparencia y efectividad de los recursos económicos con los que cuenta el país, por lo que la solución es realizar una reforma legal que permita controvertir los actos administrativos de carácter contractual y de esta manera garantizar la participación ciudadana en las decisiones de la administración”.

Entrevista realizada al Doctor Luis Eduardo Parra Silva, quien es también un representante de uno de los proponentes:

Pregunta 1: ¿Cree usted que hay implicaciones jurídicas cuando la ley no permite la impugnación de los actos administrativos de adjudicación generados en un proceso contractual?

R/ “Pienso que si las hay, toda vez que al no permitírsele la posibilidad a los proponentes de controvertir estos actos, se abren las puertas a los caminos de la corrupción, pues en las entidades no hay quien vigile estas actuaciones de quienes están facultados para ordenar el gasto”

Pregunta 2: ¿Que consecuencias cree usted que se generan ante todo el sistema judicial que no se permita impugnar el acto administrativo de adjudicación dentro de un proceso de contratación?

R/ “Una congestión injustificada en los juzgados y tribunales en la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que solo allí se pueden debatir las decisiones que se toman mediante los actos de adjudicación, y también esto genera que cada día más los ciudadanos crean menos en la justicia colombiana, lo que puede llevar a un esta o a una teoría de –dejar hacer, dejar pasar- generándose focos de corrupción”

Pregunta 3: ¿Que consecuencias cree usted que se generan para los proponentes el que no se permita impugnar el acto administrativo de adjudicación dentro de un proceso de contratación?

R/ “Es un golpe fuerte para los proponentes que no puedan defender sus propuestas cuando con gran claridad se evidencia que son los proponentes idóneos para celebrar el contrato, y que esta decisión está en manos de la entidad, donde por las experiencias vividas, muchas veces se equivocan en sus decisiones, pero al no poseer un derecho de réplica se debe de tener a lo dicho por esta”.

Pregunta 4: ¿Como cree usted que se podría sanear este vacío legal del derecho administrativo colombiano?

R/ “generando nuevas leyes que permitan la participación de las personas ante la administración, para que estos fenómenos no se sigan dando”.

Pregunta 5: ¿Conoce o a leído usted jurisprudencia acerca de este tema?

R/ “Ha sido muy superficial la que he consultado, es decir que no tratan este tema a fondo, al parecer nadie se ha dado cuenta que aquí hay un gran problema, y eso preocupa bastante”.

Pregunta 6: ¿Cuáles cree usted que serían los beneficios que traería al país, a las empresas y al sistema judicial si existiera la posibilidad de impugnar los actos administrativos de adjudicación?

R/ “Mayor aprovechamiento de los recursos públicos, ya que si se permitiera corregir estos errores en la administración y no en la vía judicial, se lograrían ejecutar contratos con proponentes idóneos”.

Pregunta 7: ¿Cuál cree usted que es la solución para este problema?

R/ “Hacer un cambio estructural al interior de las entidades, designando equipos interdisciplinarios que estén facultados para, antes de emitir los actos de adjudicación, analizar todas y cada una de las situaciones que motivan a expedir este acto, y así estar seguros que la decisión que se toma está libre de todo vicio”.

En las anteriores entrevistas evidenciamos las posiciones de dos personas que participan activamente en los procesos contractuales, y coinciden en que han tenido experiencias infortunadas a causa del vacío legal que hay, respecto a la imposibilidad

de impugnar los actos administrativos de adjudicación de los contratos estatales, lo que nos deja como reflexión que efectivamente se prueba que hay un fenómeno de pasividad frente a este tema, y que por lo tanto es necesario generar acciones que lleven a generar cambios para buscar la efectividad de los recursos públicos, y mitigar los focos de corrupción.

A continuación mostraremos con un caso real, como se materializa lo anteriormente expuesto, lo que reafirma la tesis de la necesidad de una reforma más garantista en Colombia para acabar con esta problemática.

Corrupción en la contratación estatal Colombiana.

En Colombia se ha visto con gran impacto temas de corrupción en la contratación estatal en los últimos años, con desfalcos millonarios a las arcas del estado que en últimas esta nutrida con los aportes de los contribuyentes por medio de impuestos y demás imposiciones que el gobierno somete a sus administrados.

Uno de los casos más sonados en materia de corrupción, además de actual, para dilucidar el punto que se quiere demostrar es el caso Odebrecht, empresa contratista Brasileira que operaba de la siguiente manera: En los procesos de licitación, es decir, cuando se abre una convocatoria en la que las empresas concursan para quedarse con los contratos, Odebrecht pagó sobornos a los funcionarios encargados de comprobar los requisitos y la idoneidad de los concursantes, para ganar el concurso y quedarse con los contratos, saltándose el concurso⁷.

Así mismo, en casos como el “cartel de la contratación”, entre otros, ha generado billonarias perdidas de dinero estatal en Colombia, dejando un hueco fiscal que el gobierno optó por llenar incrementando el IVA del 16% al 19%, lo cual ha generado una desaceleración en la economía, pues los ciudadanos cuentan con menos recursos para

⁷ Tomado de <https://www.elspectador.com/noticias/judicial/preguntas-y-respuestas-para-entender-que-es-el-caso-odebrecht-articulo-710117>

acceder a los bienes y servicios. Es por lo anterior, que la corrupción en el tema de la contratación estatal no es un tema asilado, por el contrario, es de altísimo impacto en la economía nacional.

Es en ese sentido que éste artículo va encaminado a evidenciar que se necesitan controles más rigurosos por parte de la ley y los operadores del estado en los procesos de contratación estatal, es pertinente indicar que el funcionario público encargado de adjudicar un proceso licitatorio es el nominador del gasto de la entidad pública, funcionario que puede fungir a manera ilustrativa, como jefe de la oficina jurídica, o jefe de talento humano o el coordinador del área financiera, etc, quien inequívocamente tiene un superior jerárquico que vendría siendo el director o gerente de la entidad estatal.

Es por eso, que bajo el hipotético que existiera normatividad en el sentido de que los ciudadanos o los mismos participantes no seleccionados, mediante un recurso muy bien sustentado con pruebas y anexos, pudieran impugnar el acto que adjudicó el proceso licitatorio y que dicho recurso fuera revisado por el superior jerárquico, en donde si hay algún tipo de corrupción se tomen los correctivos pertinentes, evitando así millonarios desfalcos como los ya mentados, sin mencionar la economía procesal y evitar el gasto judicial que con antelación se ha explicado.

VII. CONCLUSIONES

La contratación estatal en Colombia ha sufrido cambios de manera pausada en el último siglo, existiendo sus cambios más significativos y radicales, desde las últimas dos décadas, y debe señalarse que cada vez más hay más doctrina y jurisprudencia al respecto.

El estado para adquirir bienes y servicios necesarios para su funcionamiento lo realiza a través de procesos de licitación pública, en donde en la última etapa y tal vez la más importante, existe un vacío jurídico que no ha llenado ni la ley como ni la jurisprudencia, en el sentido que el acto administrativo de adjudicación no tiene la posibilidad de ser impugnado ante la misma autoridad administrativa que lo emite, lo cual genera una serie de cargas de alto impacto tanto a la economía del país, como a la congestión en vía judicial y actos de corrupción.

Este vacío en la contratación estatal conlleva a que los proponentes se vean obligados a acudir a la administración de justicia más exactamente a los jueces de lo contencioso administrativo, como lo evidencian las entrevistas realizadas a dos de estos proponentes, con el fin de evidenciar los yerros jurídicos que se cometieron y en algunos casos con actos arbitrarios movidos por la corrupción al interior de los procesos licitatorios, lo que genera congestión en la rama judicial y desgaste en recursos del estado en resolver las demandas que duran más de una década, este hecho conduce a una flagrante violación a los principios rectores de la contratación estatal especialmente al principio de economía.

Es por lo anterior que se intentó revisar la jurisprudencia al respecto para determinar la postura de las altas cortes al respecto de la imposibilidad de impugnar el acto de adjudicación lo cual fue imposible pues no hay pronunciamientos, y en la misma vía sucede con la ley, pues no se encontró norma alguna que regule ni siquiera sumariamente este tema. Al existir estos vacíos se logra configurar actos de corrupción, pues al no haber prácticas sanas que garanticen el correcto actuar de los funcionarios se quebranta el principio de transparencia y responsabilidad generando desfalcos millonarios como lo es de público conocimiento.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución política de 1991.
- Ley 130 de 1913
- Ley 80 de 1993
- Ley 1150 de 2007
- Ley 1474 de 2011
- Decreto Ley 019 de 2012
- Decreto 1510 de 2013
- Decreto 1082 de 2015

Sentencias Consejo de Estado y Corte Constitucional

- Corte Constitucional C-712 de 2005
- Consejo de Estado 50001-23-31-000-2003-00325-01(27995)
- Consejo de Estado 50001-23-31-000-2008-00282-01 (36124)
- Consejo de Estado 54001-23-31-000-1998-01333-01 (19936)
- Consejo de Estado 66001-23-31-000-1999-00551-01 (19.880)
- Consejo de Estado 44001-23-31-000-1999-00827-01 (24.059)

Sitios web

- <https://vlex.com.co/vid/acto-adjudicacion-590688142>
- <https://vlex.com.co/vid/acto-adjudicacion-590688142>
- <https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/informacion-general/plan-sectorial-de-desarrollo>
- <http://www.andi.com.co/es/GAI/Guilnv/ConEst/ConEst/Paginas/PCEst.aspx>
- <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/preguntas-y-respuestas-para-entender-que-es-el-caso-odebrecht-articulo-710117>