

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN..... 21

CAPÍTULO I

LA REVISIÓN DE ADJUDICACIONES COMO ESTÁNDAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS CONTRATACIONES

1. El Derecho Administrativo global o transnacional a partir de los derechos administrativos nacionales..... 26

2. Las organizaciones internacionales productoras del Derecho Administrativo global..... 28

3. Las formas externas de actuación del Derecho Administrativo global: tratados internacionales, normativa derivada de organismos internacionales y *softlaw*..... 32

4. La influencia sobre la actividad y la organización administrativa..... 35

5. La conformación del Derecho internacional de las contrataciones administrativas..... 38

5.1. El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio.....41

5.2. Las directivas y normativa emanada de los organismos multilaterales como el Banco Mundial, el PNUD, entre otros..... 43

5.3. Los acuerdos bilaterales o plurilaterales de integración, de libre comercio y de protección de inversiones..... 43

5.4. Los tratados anticorrupción..... 44

5.5. Los instrumentos de *softlaw* en materia de contrataciones..... 46

6. Los tratados de libre comercio como fuente desde el Derecho internacional de las contrataciones: el caso peruano..... 47

6.1. Aspectos generales de los tratados de libre comercio..... 47

6.2. Visión panorámica de los tratados de libre comercio en el Perú con capítulo dedicado a compras públicas..... 48

6.3. La normalización de las compras públicas del Perú a partir de los tratados de libre comercio vigentes..... 51

6.3.1. El principio de trato no menos favorable que el nacional (trato nacional) al proveedor de otros países.....	52
6.3.2. Principio de transparencia en la contratación pública.....	55
6.3.3. Reglas particulares de procesos de selección: condiciones de participación, especificaciones técnicas, pliegos de condiciones.....	57
6.3.4. Procedencia de la contratación directa como excepción.....	58
6.3.5. Tratamiento de la información de los postores (transparencia, acceso a terceros y confidencialidad).....	60
6.3.6. Principio de probidad y políticas anticorrupción.....	60
7. La relevancia de los recursos contra las adjudicaciones ilegales en el Derecho internacional de las contrataciones.....	61
7.1. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	63
7.1.1. Los instrumentos de control interno en las contrataciones administrativas y el recurso de apelación en particular.....	64
7.1.1.1. Los diversos elementos del control administrativo sobre las compras públicas.....	67
7.1.1.2. Las variedades del control sobre la gestión contractual en el Perú.....	69
a) Por el agente de control.....	69
b) Por el criterio del control.....	69
c) Por su activación.....	73
d) Por la oportunidad o momento del control.....	74
7.1.1.3. Los controles interno y externo en las compras públicas y sus relaciones con los controles posterior y preventivo.....	75
a) El control interno sobre las contrataciones públicas.....	75
b) El control externo sobre las contrataciones públicas.....	77
c) El control concurrente en los procesos de selección.....	78
7.1.2. Las prácticas corruptas en contrataciones que ameritarían ser controladas preventivamente mediante el recurso.....	79
7.1.3. Las condiciones que debe poseer el recurso para satisfacer exigencia de eficacia según la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.....	83

7.2. El Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas (ACP) de la Organización Mundial de Comercio..... 84

7.3. En la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública (2011) y las bases para la eficacia del sistema de recursos..... 87

7.4. Las Directivas de la Unión Europea sobre los recursos en materia de adjudicación de contratos públicos..... 92

7.4.1. La Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989..... 93

7.4.1.1. Legitimidad amplia para interponerlo..... 95

7.4.1.2. Competencias suficientes de las autoridades que participan en el sistema de recursos..... 95

7.4.1.3. Capacidad para dictar medidas cautelares de suspensión de los procedimientos de adjudicación..... 97

7.4.1.4. Independencia de la autoridad competente..... 97

7.4.1.5. Debido procedimiento contradictorio antes de emitir la decisión..... 99

7.4.2. La Directiva 92/13/CEE de 25 de febrero de 1992 del Consejo de las Comunidades Europeas..... 99

7.4.3. La Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea..... 101

7.4.3.1. El plazo de espera o suspensivo de la adjudicación (*standstill*)..... 102

7.4.3.2. La ineficacia del contrato adjudicado ilegalmente..... 105

7.4.3.3. Otras medidas de tutela restitutiva contempladas en la Directiva en caso de mantenimiento del contrato ilegalmente adjudicado..... 107

7.4.4. Los tratados de libre comercio como fuente del sistema revisión de adjudicaciones. El caso peruano..... 107

CAPÍTULO II

LOS MODELOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE ACTOS PRECONTRACTUALES EN HISPANOAMÉRICA

1.	La ausencia de un modelo único de control administrativo en el Derecho internacional de las contrataciones.....	112
2.	La autonomía y la imparcialidad como factores indispensables en la autoridad que conoce de los recursos contractuales.....	118
2.1.	¿Qué comprende las exigencias de autonomía e imparcialidad en esta materia?.....	118
2.2.	La tendencia a la automatización de funciones especializadas en la organización administrativa contemporánea.....	119
2.3.	Las técnicas organizativas posibles para alcanzar la autonomía de la función de control de los actos precontractuales.....	125
3.	Panorama general en Hispanoamérica de los sistemas de recursos contra los actos formativos del contrato: entre la solución judicialista y la de órganos unipersonales o colegiados especializados.....	131
3.1.	El modelo judicialista de control de recursos en materia de contratación.....	131
3.2.	El modelo de control administrativo de recursos en materia de contratación.....	132
4.	El caso argentino: el sistema de recursos administrativos previo y posterior contencioso-administrativo.....	136
5.	El caso Costa Rica: los recursos de objeción y de apelación/revocatoria ante la Contraloría General de la República.....	138
6.	El caso chileno y la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública.....	146
7.	El caso de Panamá y el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.....	154
8.	El caso de Nicaragua y los recursos administrativos especiales ante la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República.....	158
9.	El caso paraguayo y las protestas ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.....	162
10.	El caso mexicano y la instancia de inconformidad.....	166

11. El caso uruguayo y los recursos ordinarios con particularidades en materia de contratación.....	172
12. El caso peruano y el tribunal administrativo de contrataciones más antiguo de la región.....	175
12.1. Las observaciones a las bases del proceso ante la entidad y el OSCE.....	177
12.2. El recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.....	183
12.2.1. Fase 1: de 1958 a 1961.....	183
12.2.2. Fase 2: de 1961 a 1981.....	184
12.2.3. Fase 3: de 1981 a 1997.....	186
12.2.3.1. El Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP: los recursos en materia de obras públicas.....	186
12.2.3.2. El Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales para el sector público.....	188
12.2.3.3. El Reglamento General de las Actividades de Consultoría.....	188
12.2.4. Fase 4: de 1997 a la actualidad.....	189
12.2.5. El modelo original de la Ley N° 26850 y su Reglamento.....	191
12.2.6. La Ley N° 28267 del 1 de julio del 2004 y el inicio del debilitamiento del sistema de recursos.....	193
12.2.7. La modificación vía reglamentaria por medio del Decreto Supremo N° 148-2006-EF de 22 de septiembre de 2006.....	194
12.2.8. La Ley N° 28911 y la centralización de los recursos en el Tribunal de Contrataciones del Estado.....	195
12.2.9. El Decreto Legislativo N° 1017 y el esquema actual de recursos a partir de la Ley de Contrataciones del Estado.....	196
12.2.10. En resumen: el modelo actual del recurso de apelación.....	197
12.3. Los otros instrumentos de control de los actos precontractuales.....	208
12.3.1. La denuncia por actos de corrupción en contrataciones ante el titular de la entidad.....	208
12.3.2. La denuncia ante OSCE.....	209

- 13. La valoración de los modelos existentes desde la perspectiva del Derecho internacional de las contrataciones..... 210
 - 13.1. La autoridad competente para conocer los recursos en materia de contratación: ¿modelo jurisdiccional o administrativo?..... 211
 - 13.1.1. Los tribunales administrativos especializados en Perú y Panamá..... 211
 - 13.1.2. Las contralorías generales como autoridades de control de contrataciones: Costa Rica y Nicaragua..... 213
 - 13.1.3. Los organismos de control dependientes del Poder Ejecutivo..... 218
 - 13.1.4. La presencia del modelo jurisdiccional en la región..... 219
 - 13.2. ¿Uno o varios recursos contra los actos formativos del contrato reputados ilegales?..... 221
 - 13.3. ¿Los umbrales económicos para diferenciar competencias y recursos en materia de contratación?..... 223

CAPÍTULO III

LAS CARACTERÍSTICAS JURIDICAS ESENCIALES DEL RECURSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

- 1. El efecto útil como expresión del principio de eficacia del sistema de recursos..... 226
 - 1.1. La eficacia del diseño de los recursos según el Derecho internacional de las contrataciones..... 226
 - 1.2. El efecto suspensivo del recurso sobre el acto de contratación recurrido..... 230
 - 1.2.1. El problema del efecto suspensivo o no del recurso en materia de contratación..... 230
 - 1.2.2. El efecto suspensivo de los recursos en el Derecho internacional de la contratación pública..... 233
 - 1.2.3. El efecto suspensivo del recurso en los ordenamientos de España y de América..... 237
 - 1.3. La admisión del recurso extemporáneo por razones de corrupción o fraude..... 244
 - 1.4. La celeridad de la tramitación del recurso..... 246
 - 1.5. La eficacia en la ejecución de la decisión del órgano de control del recurso..... 248
- 2. La tendencia expansiva del ámbito objetivo del recurso en materia de

contratación..... 251

3. El tiempo suficiente para preparar y presentar la impugnación, y el necesario acceso al expediente de la licitación..... 254

3.1. El tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación y el necesario acceso al expediente de la licitación en el Acuerdo OMC..... 257

3.2. El tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación, y la información de oficio en el Acuerdo OMC..... 259

3.3. Aspectos generales del acceso a la información pública..... 264

3.4. ¿Qué información es accesible al ciudadano por medio de este derecho?..... 267

3.5. El acceso a la información durante los procesos de selección y cómo configurar su ejercicio..... 268

3.6. La legitimidad de quien solicita el acceso a la información..... 271

3.7. La oportunidad en que ese derecho se puede ejercer dentro del curso del proceso de selección..... 272

3.8. La información de las entidades objeto del pedido de acceso durante el proceso licitatorio: privada presentada voluntariamente al proceso y privada protegida por su naturaleza confidencial..... 276

3.9. La confidencialidad de la información de secreto comercial presentada por el postor en su oferta..... 278

3.10. El caso peruano: el tratamiento de la información confidencial suministrada por los postores a las entidades..... 285

3.11. La calificación de secreto de la información presentada y los supuestos que esto conlleva..... 287

4. El debido procedimiento y la participación de los interesados en el procedimiento del recurso en materia de contratación..... 291

4.1. Aspectos generales del debido procedimiento del recurso en el Derecho internacional de las contrataciones..... 291

4.2. Las garantías mínimas para asegurar el debido procedimiento en el recurso..... 293

4.2.1. El contradictorio: la exigencia que la entidad contratante responderá por escrito la impugnación..... 293

4.2.2. El derecho de los participantes a ser oídos antes de que el órgano de revisión se pronuncie sobre la impugnación..... 294

4.2.3. Los participantes tendrán derecho a ser representados y estar asistidos..... 296

4.2.4. Los participantes tendrán acceso a todas las actuaciones..... 296

4.2.5. El órgano de revisión formulará sus decisiones o recomendaciones por escrito y a su debido tiempo, e incluirá una explicación del fundamento de cada decisión o recomendación..... 296

5. La garantía de indemnidad (tutela judicial efectiva)..... 297

5.1. La garantía de indemnidad para el recurrente en el Derecho internacional de la contratación pública..... 297

5.2. La exigencia de garantizar el recurso como expresión de la transgresión a la garantía de indemnidad..... 299

5.2.1. La temeridad y la mala fe procesal y el acceso al recurso de revisión administrativa..... 299

5.2.2. El equivocado modelo preventivo de tratamiento de los recursos temerarios o maliciosos adverso a la garantía de indemnidad..... 302

5.2.3. El modelo represivo contra recursos temerarios o de mala fe: la sanción administrativa (España, Uruguay, México y Perú)..... 314

6. La gratuidad o mínima onerosidad del procedimiento del recurso..... 319

6.1. La gratuidad como principio en los procedimientos administrativos, particularmente del recurso..... 320

6.2. La gratuidad en el recurso en materia de contratación..... 321

7. La transparencia como regla y la confidencialidad como excepción en el procedimiento del recurso..... 324

CAPÍTULO IV

LA LEGITIMIDAD ACTIVA EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE ACTOS PRECONTRACTUALES

1. La legitimidad en los recursos en materia de contratación administrativa: ¿interés individual o supraindividual?..... 326

2. La legitimidad para recurrir actos precontractuales en el Derecho internacional de las contrataciones..... 331

3.	La legitimidad activa en los modelos de control de actos precontractuales en Hispanoamérica: Chile, Perú, Costa Rica, Panamá, Paraguay y México.....	337
3.1.	La legitimidad activa ante el Tribunal de Contratación Pública de Chile.....	337
3.2.	La legitimidad activa para plantear recursos de objeción y de apelación ante la Contraloría General de la República en Costa Rica.....	338
3.2.1.	La legitimidad activa para proponer recurso de objeción contra las bases de los procesos.....	339
3.2.2.	La legitimidad activa para proponer recurso de apelación contra la adjudicación del contrato.....	342
3.3.	La legitimidad activa en el caso del recurso especial en materia de contratación de España.....	343
3.3.1.	Aspectos generales de la legitimidad en el modelo español.....	343
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.....	346
3.3.3.	Legitimidad del licitador concurrente.....	347
3.3.4.	Legitimidad del potencial licitador.....	348
3.3.5.	Legitimidad del licitador excluido.....	348
3.3.6.	Legitimidad de integrante de una unión temporal de empresas.....	350
3.3.7.	Legitimidad de sujetos que no participaron en la licitación.....	351
3.3.8.	Legitimidad <i>ex lege</i> : el concejal con votación adversa a los actos y acuerdos impugnados.....	354
3.4.	La legitimidad activa para promover el recurso de nulidad en Nicaragua.....	355
3.5.	La legitimidad activa para promover protestas en Paraguay.....	356
3.6.	La legitimidad activa para promover la inconformidad ante la Secretaría de la Función Pública en México.....	357
3.7.	La legitimidad activa para promover el recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones de Panamá.....	359
3.8.	La legitimidad activa en las observaciones a las bases y en la apelación ante el Tribunal de Contrataciones peruano.....	359
3.9.	El caso colombiano: la acción popular de moralidad en materia de contratación.....	364

3.9.1. Las acciones populares en el Derecho Administrativo colombiano..... 364

3.9.2. La moralidad administrativa, derecho colectivo protector de la correcta contratación estatal..... 366

3.9.3. Las características jurídicas de la acción popular en particular..... 368

3.9.4. Una particularidad relevante pero dejada de lado: el incentivo económico en las acciones populares sobre moralidad administrativa..... 372

4. El sometimiento voluntario a los pliegos y a los actos previos a la adjudicación como límite a la legitimidad para recurrir actos del proceso de selección..... 374

4.1. La prohibición de ir contra los actos propios como sustento de la regla del sometimiento voluntario..... 375

4.2. Las condiciones que tendrían que converger para aplicar esta teoría..... 377

4.2.1. La posibilidad efectiva de recurrencia previa para el postor..... 377

4.2.2. El cuestionamiento no verse sobre la ilegalidad de una regla del proceso..... 379

4.2.3. Que la regla objeto de cuestionamiento permita una interpretación unívoca y que esta será conforme a derecho..... 379

4.2.4. La inexistencia de dolo por parte de la autoridad administrativa convocante que pretenda alcanzar la pervivencia de la regla indebida..... 380

5. La valoración de las opciones de legitimidad para activar el control administrativo en la formación del contrato..... 381

CAPÍTULO V

LOS PODERES DECISORIOS DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE ACTOS PRECONTRACTUALES ILEGALES

1. Relevancia de los poderes asignados al órgano de control sobre los actos precontractuales..... 385

2. Los poderes de restablecimiento de la legalidad transgredida y de resarcimiento del control administrativo sobre actos precontractuales en el Derecho internacional de las contrataciones..... 387

3. Poderes de restablecimiento de la legalidad transgredida por actuaciones indebidas o la tutela restitutiva del postor..... 393

3.1.	La declaración de ilegalidad de la actuación incurrida.....	393
3.2.	La invalidación de la actuación recurrida y el reenvío a la propia autoridad Contratante.....	395
3.2.1.	La competencia meramente revisora del órgano de control.....	395
3.2.2.	¿Puede declararse la nulidad a partir de vicios no invocados por el impugnante?.....	400
3.2.3.	¿Puede proseguir el proceso pese a la existencia de vicios, pero de trascendencia menor o no relevante?.....	402
3.3.	La retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la comisión del vicio..	405
3.4.	La imposición de obligaciones de hacer a la entidad convocante.....	406
3.5.	La sustitución del acto inválido por la decisión conforme a derecho y la declaración de situación jurídica en favor de los postores.....	407
3.6.	La nulidad total del procedimiento de selección.....	409
3.7.	La ineficacia y liquidación del contrato adjudicado indebidamente.....	409
3.8.	Los efectos indirectos negativos sobre la gestión administrativa del poder invalidante.....	411
3.8.1.	Los efectos negativos de la competencia invalidatoria sobre el proceso de selección.....	412
3.8.2.	Los efectos negativos del ejercicio de la competencia invalidante sobre un contrato en ejecución.....	414
3.9.	Las sanciones alternativas a la ineficacia del contrato antecedido de un procedimiento viciado: multas y reducción del plazo del contrato vigente.....	418
4.	El poder resarcitorio por los actos ilegales precontractuales o la tutela resarcitoria en favor de los postores afectados.....	419
4.1.	La competencia resarcitoria en el derecho internacional de las contrataciones.....	420
4.2.	Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado por su accionar ilegal en los procesos de selección.....	426
4.2.1.	La acción o hecho dañoso.....	426
4.2.2.	Los daños producidos: los costos de participación y la pérdida de oportunidad.....	427
4.2.3.	La relación de causalidad entre la acción y el daño: debilitada porque se exige solo posibilidad real de haber sido adjudicatario.....	428

4.3.	La pérdida de chance como daño al postor afectado.....	429
4.3.1.	Aspectos generales de la doctrina de la pérdida de oportunidad o de chance.....	431
4.3.2.	La pérdida de oportunidad del postor en materia de contratación pública.....	432
4.4.	Aplicaciones de la pérdida de chance en protección de los postores en el Derecho comparado de las contrataciones.....	434
4.4.1.	La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones español.....	435
4.4.2.	La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones chileno.....	438
4.4.3.	La pérdida de oportunidad en el Derecho de contrataciones colombiano.....	441
	CONCLUSIONES.....	447
	BIBLIOGRAFÍA FUNDAMENTAL.....	465