

ano 24 – n. 97 | julho/setembro – 2024
Belo Horizonte | p. 1-234 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v24i97
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Revisão: Nathalia Campos
Diagramação: Derval Braga

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

La compra eficiente en los territorios: un gran reto para el mercado de compra pública colombiano en un ambiente ampliamente regulado

*Efficient procurement in the territories:
A big challenge for the Colombian
public procurement market in a highly
regulated environment*

Antonio Alejandro Barreto Moreno*

Universidad de La Sabana (Chía, Colombia)
<https://orcid.org/0000-0003-2180-9864>
antonio.barreto@unisabana.edu.co

Recibido/Received: 18.12.2023 / 18 December 2023

Aprobado/Approved: 07.09.2024 / 07 September 2024

Resumen: El mercado de compra pública se consolida como un sistema para entender las transacciones entre las entidades públicas y el sector privado. Esto hace que la perspectiva económica de esta relación gire en torno a disponer medidas que persigan su eficiencia. En este texto se sostiene que tal eficiencia se alcanza cuando se identifican y asignan los roles precisos del agente regulador y el agente de compra cuyos objetivos son distintos pero su carácter colaborativo es el que genera el ambiente de normalidad mercantil; tal postura se explica a través de un análisis del caso colombiano con los riesgos que representa una regulación dirigida exclusivamente desde el sector central y se propone una medida institucional para mitigarlos que busca desconcentrar las decisiones del órgano de regulación.

Como citar este artículo/How to cite this article: BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. La compra eficiente en los territorios: un gran reto para el mercado de compra pública colombiano en un ambiente ampliamente regulado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 97, p. 11-35, jul./set. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i97.1884.

* Profesor Asociado y director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana (Chía, Colombia). Director de la Especialización y Maestría de Contratación Estatal. Doctor y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Pasantía Doctoral de la Universidad de Nantes, Francia. Pasantía posdoctoral de la Universidad de Génova (Génova, Italia).

Palabras-clave: Regulación. Compra pública. Objetivos de sector. Análisis de eficiencia. Centralización.

Abstract: The public procurement market is consolidated as the new paradigm to understand transactions between public authorities and the private sector to meet their needs. This makes the economic perspective of this discipline revolve around providing measures that seek the efficiency of the market. This text argues that such efficiency is achieved when the precise roles of the regulatory agent and the purchasing agent whose objectives are different but their harmonious collaboration is what generates the environment of commercial normality are identified and assigned; this position is explained through an analysis of the Colombian case with the risks to efficiency represented by a regulation directed exclusively from the central sector and an institutional measure is proposed to mitigate them.

Keywords: Regulation. Public procurement. Sector objectives. Efficiency analysis. Centralization.

Sumario: **1** Introducción – **2** Las compras públicas: cómo la noción del término afecta el rumbo de su regulación – **2.1** Objetivos del mercado de compra pública – **2.2** Entender la regulación: sus usos, formas y objetivos de regulación – **3** Retos y problemáticas de la compra pública en Colombia – **3.1** Efectos de la confusión entre los fines de la regulación y los de la compra pública ¿por qué persiste la ineficiencia del mercado en un entorno regulado? – **3.2** Una propuesta institucional para superar la ineficiencia del mercado en un contexto regulado – **4** Conclusiones – Referencias

1 Introducción

Desde la creación de los primeros sistemas jurídicos que regularon los negocios entre los entes públicos y los particulares, su vocación era la de constituirse en herramientas para la consecución de los fines de la colectividad; de esta manera, el régimen de contratación estatal ha sido, históricamente, el vehículo para la satisfacción de necesidades sociales. No obstante, con el paso de los años, tal régimen ha tenido que adecuarse a la velocidad que exige tanto la atención de los requerimientos públicos como del mercado mismo y por ello, los debates relativos a su reforma, en la mayoría de los casos, procuran por el alcance de su eficiencia.

Por tal razón, desde finales del siglo XX y en lo corrido del XXI se ha acuñado el término de ‘compras públicas’ en las prácticas jurídicas que desarrollan la materia, bajo el entendido de considerarlo un mercado con elementos y características propias, como en su momento se describió en mi libro “el derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto”. En un primer momento, hablar del particular era dar respuesta a cuestiones apremiantes de su trasegar como la gestión de riesgos, el cumplimiento eficiente de las obligaciones de los proveedores, la especialización del sector público y privado para entender este nuevo paradigma, la confianza y trato igualitario en el sector, la innovación y, sobre todo, la eficiencia.

Sin embargo, desde 2010, en el hemisferio sur del *nuevo mundo* las compras públicas han adquirido una connotación de mercado en sí mismo. Por lo tanto, tener

un acercamiento de estos regímenes desde una perspectiva económica, dirige la discusión a asuntos que, inicialmente, no gozaban de gran relevancia, pero que con el desarrollo de su operación se ha evidenciado que son igual de importantes.

Por mencionar algunos ejemplos, se ha encontrado que el mercado de compra pública es ineficiente a consecuencia de las fallas que padece. Tales errores de funcionamiento hacen referencia a la constitución de monopsonios (i); asimetrías de la información (ii); el ejercicio de prácticas restrictivas de la competencia como la colusión y la corrupción (iii); las externalidades (iv); la ineficiencia de la propia administración pública (v); las distorsiones regulatorias (vi); y el mal ejercicio del principio de planeación.¹

Con estos antecedentes, es fundamental que la política pública en materia de compras de los entes estatales, procuren la eficiencia del mercado a través de la corrección de sus fallas y la generación de *valor por dinero*. Lo anterior, hace necesario que las nuevas fórmulas normativas se fijen por norte la puesta en marcha de la eficiencia, la eficacia y la economía, pero ya no como simples principios que en su rol de mandatos de optimización pueden aplicarse o no según el devenir de cada circunstancia específica, sino como verdaderas metas o fines del sistema de compra pública.

En el caso colombiano, desde 2011 se observa el intento de los agentes reguladores primigenios de especializar la compra pública y buscar su eficiencia con la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, entidad que tiene a su cargo la emisión de directrices para ajustar las condiciones del mercado con el propósito de generar valor por dinero; además, se le otorgó la potestad a tal ente de celebrar y ejecutar mecanismos de agregación de demanda² y la confección de herramientas de estandarización y digitalización de las operaciones transaccionales.

Pese a lo anterior y a las innumerables normas expedidas por los órganos competentes, no es claro el rumbo que la entidad ha de tomar, en tanto su actuación como órgano del nivel central ha despertado llamados desde los entes territoriales para que la regulación tenga en cuenta sus condiciones particulares. De esta manera, se ha pretendido cargar al órgano rector con deberes de coordinación y capacitación que merman su eficiencia y otorgando facultades regulatorias *de facto*

¹ BARRETO MORENO, Alejandro Antonio. *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2019. p. 62-70.

² En la legislación actual y en los propios actos de regulación de la entidad se habla de '*mecanismos de agregación de demanda*' término que es poco preciso y del que se prescinde su uso por ahora, obediendo a algunas consideraciones ulteriores.

a órganos compradores que no cuentan con capacidad técnica para tal cosa; esto, no es más que la puesta en evidencia de la inexistente claridad en los objetivos de la regulación y de la compra pública en este entorno mercantil, que lleva a confundir tales actividades como ejercicios equiparables.

De esta manera existen circunstancias que se manifiestan como síntomas de lo anterior, por ejemplo, la tensión entre los principios de autonomía territorial y eficiencia del mercado que aparece en la adopción obligatoria por parte de los entes territoriales de los instrumentos de agregación de compra y la aplicación de los documentos tipo en los procesos de selección determinados por el regulador.

En ese contexto, se generan algunos interrogantes que se espera sean atendidos en este escrito, por una parte, ¿cuál es la diferencia entre los objetivos de la regulación de los mercados y de la compra pública en particular?, por otro lado, ¿de qué manera este juego de finalidades se ha confundido en el régimen colombiano de compras públicas coadyuvando en una ralentización de su eficacia? y finalmente, ¿de qué forma se pueden corregir estas circunstancias?

Para responder a estos interrogantes, se indagará en lo relativo al concepto de compras públicas y los debates acerca del despliegue de la facultad regulatoria del Estado en procura de su eficacia (1) y posteriormente se describirán las circunstancias problemáticas que tal asunto suscita en el mercado colombiano de compras y contratación pública para luego hacer un aporte en su corrección a través de una propuesta institucional (2).

2 Las compras públicas: cómo la noción del término afecta el rumbo de su regulación

La literatura europea especializada en la materia ha observado la compra pública como la suma de todas las transacciones económicas privadas donde las organizaciones del sector público logran la adquisición de bienes y servicios para satisfacer sus necesidades de consumo.³ Esta primera noción se orienta al análisis de la compra pública desde una perspectiva eminentemente privada en donde las entidades contratantes solo son vistas como consumidores y no como agentes con poder de decisión regulatoria en ese sector económico.

³ RHODE, Alexander. *Public Procurement in the European Union: How Contracting Authorities can Improve their Procurement Performance in Tenders*. Berlin: Springer Gabler Wiesbaden, 2019. p. 17.

En la misma línea se encuentran posturas como las de Kunzlick,⁴ para quien la compra pública es la adquisición de bienes y/o servicios por parte de organismos públicos que se valen de transacciones mercantiles de carácter privado. De esta manera, las entidades públicas solamente ocupan el rol de compradores de naturaleza pública que ejecutan sus recursos para satisfacer sus específicas necesidades, como cualquier otro consumidor en el mercado.

Por otro lado, autores como Sánchez Graells le dan a la compra pública un sentido más complejo en donde los entes estatales tienen un rol determinante para el comportamiento de los demás actores del mercado. De esta manera, en su postura no existe un concepto análogo de compra pública, sino que este varía de acuerdo con la finalidad para la que es utilizado; por lo que es posible contar con una noción para las compras públicas como instrumento de inversión o gasto estatal (visión macroeconómica) (i); como una herramienta de trabajo o mecanismo de regulación de la administración pública (ii); o como una herramienta de regulación sectorial (iii).⁵

En ese contexto, desde la perspectiva del autor, el mercado de compra pública hace referencia a relaciones de oferta y demanda que existen entre entidades públicas que ejecutan recursos del fisco (es decir, como demandantes o consumidores de bienes y servicios) y proveedores que pueden ser personas naturales o jurídicas de derecho privado o público con capacidad productiva o ánimo de lucro (esto es, oferentes de bienes y servicios).⁶

En ese sentido, para desarrollar el primer objetivo del escrito es necesario entender las características de la compra pública (1.1) y, posteriormente comprender sus principales diferencias con la función regulatoria del Estado (1.2).

2.1 Objetivos del mercado de compra pública

El mercado de compra pública es fecundo en sus fallas. Como se ha mencionado con precedencia,⁷ la conformación de monopsonios, la falta de planeación adecuada, la afectación del régimen de competencia, las dificultades innumerables de la administración, las asimetrías de la información, las externalidades y, sobre todo, la distorsión de la función regulatoria son tan solo algunas de las fallas que desde una perspectiva amplia aquejan a la compra pública y le hacen ineficiente.

⁴ KUNZLICK, Peter. Neoliberalism and the European Public Procurement regime. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 15, p. 283-356, 2013.

⁵ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 36.

⁶ BARRETO MORENO, Alejandro Antonio. *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2019. p. 23.

⁷ BARRETO MORENO, Alejandro Antonio. *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2019. p. 62.

Estas fallas se manifiestan a los operadores contractuales en situaciones donde se ven empujados a balancear la dinámica tensión entre el régimen de competencia, los fines del Estado y los intereses económicos de la Nación (i); la satisfacción de los principios de justicia, equidad y transparencia (ii); el mantenimiento y optimización de la competencia (iii); y la utilización de las nuevas tecnologías para mejorar la eficiencia y llevar al mercado de compra pública al comercio electrónico (iv).⁸

En ese contexto, no se cuenta con el nivel de especialización requerido para comprender el régimen de competencia por el mercado, los intereses que en materia económica tiene la Nación o la propia entidad para la que se suscriben los actos contractuales; así mismo, en muchas ocasiones se observa que los operadores públicos contractuales hacen uso inadecuado de las potestades públicas de ponderación, discrecionalidad y proporcionalidad por lo que sus actuaciones administrativas y negociales suelen chocar con los principios de transparencia, justicia y equidad; por otro lado, con la entrada en vigor de la reglamentación que hace obligatorio el uso de plataformas transaccionales que, en muchas ocasiones, presentan fallas que impiden ejecutar las actuaciones propias de la construcción del negocio jurídico, es natural que se dilate el proceso de migración de la compra pública al comercio electrónico, situación deseada justamente como una manera de enfrentar diferentes fallas del mercado.

No obstante, el atractivo que conserva el estudio del mercado de compra pública no se da simplemente por las fallas que presenta, sino por otros elementos tales como los objetivos que pretende alcanzar, los instrumentos a través de los cuales pretende hacerlo y las herramientas para remover las fallas de las que se habló al principio de este escrito. Pero en la identificación de estos elementos, los objetivos de la compra pública tienen un rasgo particular cuya individualización requiere la observancia de la siguiente premisa: el objeto de la compra pública en sí misma no es el mismo de la regulación. En ese sentido, el fin del procedimiento de compra es alcanzar las metas de la función pública contractual y no las de la regulación, pues esta función es desplegada mucho antes del acto que abre el evento público transaccional.

Llegar a cada uno de los objetivos de la compra pública no es una tarea sencilla si se consideran cada una de las circunstancias y actores que demandan resultados diferentes a este sector y que son confundidas por los operadores de compra que carecen de especialización en la materia. Así, los objetivos serán el resultado de

⁸ THAI, Khi V. *Global Public Procurement Theories and Practices: An introduction*. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 16.

la sumatoria o subsunción de las múltiples demandas que el cúmulo fáctico hace al mercado en un contexto jurídico-administrativo determinado.

Telgen y otros⁹ aportan al análisis que se presenta, la existencia de cinco estadios que actúan como acreedores de resultados al mercado de compra pública, a saber: las demandas que provienen de los administrados o el sector externo a la entidad, en donde prima la exigencia de transparencia, integridad, responsabilidad y comportamiento ejemplar de quienes desempeñan la función contractual (i); en segundo lugar, aparecen las demandas internas de la administración relativas a requerir una priorización de las metas del sector público tales como las socio-políticas y las económicas (ii); luego, aparecen las demandas relativas al contexto regulatorio de orden superior, en donde se encuentra la eficiente gestión del presupuesto y el tratamiento de la costumbre comercial del sector donde se realizan las compras (iii); la cuarta arista de este pentágono está conformada por los requisitos procedimentales de la compra que exigen la observancia y seguimiento de las instrucciones proferidas por las autoridades competentes a los agentes del mercado en determinada transacción (iv); y finalmente, se encuentran los requerimientos del sector público relativos a la compresión del agente estatal de su rol en el mercado (como entidad compradora, como entidad proveedora, como entidad reguladora o como árbitro del conflicto) (v).

En esta perspectiva, se requiere ser reiterativo a la hora de reconocer cuáles son los objetivos que pretende alcanzar el mercado de compra pública en sí mismo. En ese sentido, la doctrina autorizada en la materia ha recreado un cuerpo de siete objetivos de la compra pública que se evidencian en las diferentes etapas del procedimiento.¹⁰

Así, el primer objetivo es la identificación concreta de los bienes o servicios a adquirir para la satisfacción de la necesidad administrativa particular. En términos sencillos, esta meta encierra la orientación que inicialmente se les dio a los regímenes clásicos de la contratación estatal, esto es, adquirir los bienes y servicios que realmente son requeridos, en la cantidad, tiempo y lugar donde se necesitan. Sin embargo, vale en este punto una advertencia: este objetivo, aún no se plantea la eficiencia en sí misma, pues esa característica es propia de un mercado que no

⁹ TELGEN, Jan; HARLAND, Christine; KNIGHT, Louise: Public procurement in perspective. In: KNIGHT, Louise; HARLAND, Christine; TELGEN, Jan; THAI, Khi V.; CALLENDER, Guy; McKEN, Katy (ed.). *Public Procurement: International Cases and Commentary*. New York: Routledge Taylor and Francis Group Publisher, 2007. p. 17-19.

¹⁰ SYKES, Martin. Procurement: A strategic weapon for change. In: KNIGHT, L. y otros (ed.). *Public Procurement: International Cases and Commentary*. New York: Routledge Taylor and Francis Group Publisher, 2007. p. 343-349.

cabe en la construcción de uno solo de los objetivos que se estudian aquí; en su lugar, la meta referida obedece a la satisfacción de una sola necesidad.

El segundo objetivo consiste en que los agentes del mercado den estricto cumplimiento a la legislación y la regulación de la materia. En esa medida, la meta trazada aquí busca que los actores de la compra pública no incurran en fraude, corrupción o conductas que afecten la competencia por el mercado; pues para este sector de la economía la sola adquisición de los bienes y servicios requeridos por las entidades públicas no es el único factor de interés, ya que es necesaria la observancia de las reglas de procedimiento en tanto son producto de una regulación encaminada a la eficiencia del mercado.

El siguiente objetivo tiene relación con el uso eficiente de los recursos públicos a partir de evitar el gasto que no se dirige a satisfacer la necesidad administrativa específica. En esta formulación es necesario considerar que si bien la doctrina extranjera se refiere a recursos de carácter patrimonial cuando desarrolla este objetivo, no se puede dejar de lado el recurso administrativo referido al trabajo o trámite que deben realizar las instituciones públicas en cada procedimiento de compra. Por eso, se propone que en la identificación de este objetivo se incluya el valor que genera para la entidad reducir su gasto administrativo, el cual, es un ítem tenido en cuenta cuando se proponen medidas como la compra agregada o la estandarización de documentos precontractuales para evitar la duplicación de procesos y el gasto ineficiente del trabajo administrativo.¹¹

El cuarto objetivo de la compra pública es la responsabilidad de quienes ejercen la función contractual, es decir, que esta meta se dirige a que las entidades y sus funcionarios rindan cuentas de las actividades que realizaron cuando desplegaron la función que les fue encargada. En el trasegar de alcanzar este objetivo el principio de transparencia se convierte en pieza fundamental, pues permite que las demandas de carácter externo sean satisfechas en tanto estos tengan la posibilidad de ejercer control y vigilancia sobre lo que sucede en las tres etapas del proceso de compra pública.

El siguiente objetivo en el norte de la compra pública se refiere a la generación de valor por dinero. Este principio, si es posible llamarle de esta forma, consiste en que las entidades compradoras tengan la oportunidad de realizar de manera eficiente sus actividades misionales a través de las operaciones de compra sin gastar exorbitantes sumas de dinero.

¹¹ BARRETO MORENO, Alejandro Antonio. *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2019. p. 79.

El valor por dinero en la compra pública es un concepto intrínseco de las transacciones públicas en tanto estas no tienen necesariamente una inclinación a la búsqueda del lucro en el desarrollo de su objeto misional; de ser así, el objetivo no consistiría en la búsqueda del mejor valor por dinero, sino la generación de economías de escala que es la meta de los grandes productores del sector privado. Esta situación hace que la política pública en materia de compras se permita incorporar criterios de sostenibilidad económica y social en la construcción de sus negocios jurídicos para la adquisición de bienes y servicios.

Este objetivo ha impregnado las legislaciones Europea¹² y Colombiana,¹³ por mencionar unos ejemplos, a través del abandono de las ofertas nominalmente más económicas o aquellas con el precio más bajo en el mercado para considerar factores de sostenibilidad, calidad y vida útil de los bienes que adquieren sus entidades.

El próximo objetivo de la compra pública es el relativo a servir de apoyo para la consecución de los fines más amplios del gobierno; esto quiere decir que los negocios jurídicos de las entidades también deben estar dirigidos a impulsar las políticas públicas propuestas por determinado gobierno en materia de creación de empleos, fortalecimiento de la industria, crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas, contribuir a la incorporación de sectores vulnerables al mercado laboral, estimular la innovación, impulsar la sostenibilidad e, incluso, fortalecer el comercio exterior.

Finalmente, la última meta de compra pública se debe enfocar al fortalecimiento de las economías nacionales sirviendo de instrumento de crecimiento. No puede ignorarse que el mercado de las transacciones públicas ocupa considerable espacio en las economías nacionales, por eso el fomento de eficiencia impacta las finanzas públicas de manera directa tanto en el gasto como en el recaudo.

2.2 Entender la regulación: sus usos, formas y objetivos de regulación

En la sección anterior se estudiaron las particularidades del mercado de compra pública y se dijo que era próspero en anomalías que hacían mella en su

¹² Con la adopción de la Directiva 2014/24 de la Comisión Europea se incluyeron normas relativas a considerar insumos de calidad y sostenibilidad como criterios para seleccionar la mejor oferta. Al respecto ver: SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; HERRERA ANCHUSTEGUI, Ignacio. Impact of public procurement on competition: Risk, rationale, and justification for rules in Directive 2014/24. *University of Leicester School of Law Review*, Leicester, 2014.

¹³ Por su parte, el Decreto 1.082, de 2015, en Colombia señala los criterios que las entidades compradores deben tener en cuenta para seleccionar la oferta más favorable para la entidad (Artículo 2.2.1.1.2.2.2).

eficacia. Los diferentes ordenamientos nacionales, siguiendo la línea mercantil de las transacciones públicas, han echado mano de la regulación para corregir tales fallas. La regulación de la que se habla se ha construido sobre leyes emanadas de órganos legislativos, reglamentaciones de carácter gubernamental que cambian en cada período electoral y a través de directrices o instrucciones expedidas por agencias especializadas a las que se les encarga la regulación del mercado.

La regulación ha sido vista tradicionalmente como una forma de control ejercido por una agencia gubernamental sobre actividades que tienen alguna suerte de valor para la colectividad.¹⁴ Pese a esta definición análoga de la regulación, el vocablo también ha sido utilizado en tres sentidos diferentes a saber: como el conjunto de reglas de un sector, por ejemplo, aquellas normas reglamentarias del sector salud (i); también se habla de la actividad regulatoria como el ejercicio deliberado de la influencia estatal en un sector, en este caso, no se habla de instrucciones de obligatorio cumplimiento expedidas por alguna autoridad, sino de un ejercicio de incentivos o sanciones a través del comportamiento de las entidades públicas y su impacto en determinado sector (ii); y también existe en el medio una regulación relativa al ejercicio de todas las formas de influencia económica y social, en donde adquiere relevancia las medidas que toman determinadas autoridades sobre la disposición de recursos, el recaudo de tributos o la imagen que se da al público en general de la actividad de un grupo específico (iii).

Cada una de las nociones de regulación que se mencionaron son el resultado de un acercamiento diferente que la academia realizó al ejercicio de esta actividad, pero eso no quiere decir que un órgano regulador se ligue con una de esas manifestaciones; de hecho, en lo que al mercado de compra pública respecta, es posible identificar que las autoridades investidas de esta facultad se comportan de tal forma que en una misma actuación aplican varias de las aristas del concepto de regulación al mismo tiempo.

No obstante, se advierte que las autoridades públicas necesitan de legitimidad jurídica o social para que sus actos de regulación sean efectivos en el sector donde actúan. Así, es imposible desde el punto de vista jurídico, por ejemplo, que una norma regulatoria esté llamada a prosperar si es emitida por una entidad que no tiene la facultad legal o constitucional para hacer tal cosa; correlativamente, tampoco es viable que el actuar de una entidad cuyo rol en el servicio público es débil tenga la potencialidad de generar influencia en un sector y que a eso se le pueda llamar regulación por el impacto de su comportamiento.

¹⁴ SELZNICK, Philip. Focusing Organizational Research on Regulation. In: NOLL, R. (ed.): *Regulatory Policy and the Social Sciences*. Oakland: Berkeley, 1985. p. 363-367.

Estos asertos llevan a la reflexión de evidenciar que existen diferentes mecanismos para ejercer la potestad regulatoria, es decir, no son sólo las reglas o las instrucciones las llamadas a producir determinado comportamiento en los agentes del sector regulado. En efecto, Baldwin¹⁵ reconoce la existencia de, al menos, seis formas de regulación en cualquier área y que han hecho carrera en el mercado de compra pública a saber: regulación derivada de la creación de normas (i); el despliegue de riqueza (ii); el aprovechamiento del mercado (iii); el ejercicio de informar (iv); el accionar directo (v); y la adjudicación de derechos (vi).

La regulación a través del desarrollo de actividades regladas consiste en el uso de la autoridad e imperio de la ley para alcanzar objetivos políticos y ejecutar políticas públicas. El uso de esta técnica está relacionado con el despliegue de actividades propias de los regímenes basados en el Command And Control – C&C donde una agencia tiene la responsabilidad para emitir instrucciones de carácter regulatorio con el fin de cambiar el comportamiento de los agentes del mercado.¹⁶

Ejemplos de esta técnica son observables en el régimen europeo con la creación de los cuerpos centralizados de compra (Central Purchasing Bodies – CPB's) cuya función se reserva a tres asuntos concretos: regular el mercado en el territorio de la nación donde fue creado (a); actuar como revendedores de productos previamente adquiridos para que sus entidades puedan acceder a bienes y servicios a un mejor precio (b); y ser intermediario para la construcción de acuerdos negociales previos sobre los que otras entidades puedan adherirse y adquirir bienes y servicios a un precio previamente definidos (c).¹⁷

El segundo método para ejercer regulación consiste en el despliegue de la riqueza donde los negocios jurídicos, los subsidios, préstamos, subvenciones u otros incentivos son utilizados para influenciar la conducta de los destinatarios de la regulación. Este mecanismo es utilizado en Colombia a través de acuerdos marco de precios o instrumentos de compra agregada cuyo fin es permitir a aquellos actores del sector privado a quienes, luego de someterse a un proceso competitivo se les adjudicó el derecho a ser parte del instrumento, para luego recibir órdenes de compra con el fin de adelantar la adquisición de bienes y servicios de características uniformes por parte de determinadas entidades públicas.

¹⁵ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin y LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. 2nd. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 106.

¹⁶ NAGARAJAN, Vijaya L. From 'Command-and-Control' to 'Open method coordination': Theorizing the practice of regulatory agencies. *Macquiere Law Journal*, [S. l.], v. 8, p. 5-20, 2008.

¹⁷ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; HERRERA ANCHUSTEGUI, Ignacio. Impact of public procurement on competition: Risk, rationale, and justification for rules in Directive 2014/24. *University of Leicester School of Law Review*, Leicester, p. 15, 2014.

Posteriormente, se cuenta con la técnica de aprovechamiento de los mercados o mercados de ‘arneses’ donde los gobiernos canalizan las fuerzas mercantiles para que el régimen de competencia sirva a fines particulares. En ese sentido, la técnica regulatoria se ha dirigido a incentivar la competencia por el mercado en la compra pública con el fin de que los proveedores oferten bienes y servicios de mayor calidad a un menor precio para las entidades estatales, generando valor por dinero. Puede decirse que este mecanismo apareció como respuesta a la necesidad de alcanzar la meta de la compra pública de generar valor por dinero en sus transacciones; es por esto por lo que la protección de la competencia se convirtió en un imperativo de este sector de la economía.¹⁸

A continuación, se abre camino la técnica relativa al uso estratégico de la información como una manera de ejercer potestades regulatorias. Este mecanismo conserva una funcionalidad que atiende dos aspectos concretos; el primero, hace referencia a que en el trasegar de la transacción pública los agentes tengan pleno conocimiento de los bienes y servicios que son objeto del negocio, así, por ejemplo, devendría en inoficioso que los precios de los insumos que hacen parte de un instrumento de compra agregada fueran más altos a los del mercado particular, en razón de tal es que la información sirve de insumo regulatorio en la medida que contribuye a la eficiencia del mercado actualizando constantemente las condiciones de las herramientas de agregación de compra para que ningún agente incurra en mayor valor; el segundo escenario, por su parte, tiene relación estrecha con la exigencia de transparencia por parte del sector externo, pues la información sirve de puente para la publicación de datos referidos al ejercicio de la función pública contractual y si estos han cumplido con sus cometidos.

La quinta herramienta para regular el mercado es la intervención directa del agente regulador a través de los insumos que el sistema jurídico ha puesto a su disposición para que actúe de forma inmediata cuando llegare a identificar un peligro o amenaza en el mercado. Este recurso ha de ser utilizado por los entes reguladores en eventos donde se advierta un hecho de relevancia tal que materializa por sí solo una importante falla del mercado, por ejemplo, si estos entes actúan con poderes de superintendencia podrían interrumpir o cerrar procesos de selección en los que se haya probado la materialización de prácticas de colusión o corrupción entre oferentes o entre estos y las propias entidades compradoras.

Finalmente, se encuentra la técnica de adjudicación de derechos y obligaciones relativa a la utilización de reglas expedidas por los órganos con potestad regulatoria

¹⁸ SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015. p. 105.

para la solución de controversias suscitadas entre agentes del mismo sector. Esta técnica también hace su aparición en aquellos casos donde existen términos y condiciones para el acceso a un componente determinado del ambiente regulado como bases de datos, portales transaccionales y otros en donde el incumplimiento por parte de un actor de esas normas conlleva la suspensión del permiso o autorización para hacer uso de sus nodos; esto, genera un ambiente de incentivos entre los agentes regulados para que den cumplimiento tanto a reglas superiores como aquellas que les habilitan echar mano de ciertas ventajas en el sector.

Ahora bien, todos los instrumentos vistos con anterioridad no se encuentran dispuestos para desarrollar la actividad regulatoria como otra función estatal común y corriente; por el contrario, esta arista de la administración pública se encamina a alcanzar unos objetivos propios que no son los mismos a los de la compra pública. De hecho, los objetivos de la regulación son independientes y anteriores a las metas que se proponga el sector sobre el que se desplegará la potestad en comento; por esta razón, el norte de la regulación está dispuesto en términos globales, si se quiere, que le permiten adaptarse a cualquier área del servicio público.

La doctrina internacional y especializada en la materia ha identificado tres objetivos generales de la regulación que, pese a ser independientes uno del otro, presentan tensiones en el trasegar de la identificación concreta de las medidas regulatorias que se pretenden utilizar. Por esta razón, cuando tales objetivos se confunden con los específicos de la compra pública las tensiones que en tal foro se suscitan son trasladadas y mezcladas con las de las transacciones públicas, produciendo un estancamiento generalizado del mercado pues la conjugación de dichos roces es tal que es difícil identificar de qué manera se puede salir de ellos en tanto no se sabe si el problema es regulatorio o una falla del mercado.

Estos eventos se produjeron, por ejemplo, en Uganda donde la confusión de las metas regulatorias con las del mercado público de compra resultaron en constantes incumplimientos de los negocios jurídicos por parte de los proveedores, costos elevados de los bienes y servicios adquiridos, desfases y retardos en los tiempos de entrega, pésima calidad de los bienes, recepción de bienes que no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas por la entidad, entre otros problemas de tal calibre.¹⁹

El caso en mención puso en evidencia que pese a la creación de un agente regulador y especializado en 2003 (Autoridad de Contratación Pública y Suministro de Bienes Públicos – *Public Procurement and Disposal of Public Assets Authority*

¹⁹ KANSIIME, Desire; NTAYI, Joseph M.; AHIMBISIBWE, Arthur. Contractual Governance Mechanisms, Dynamic Capabilities, Transactional Specific Relationships and Supplier Performance in Uganda. In: THAI, K. (ed.).

PPDA) el mercado es susceptible de caer en una falla general si la regulación no se limita a sus propios fines generales que le permitan armonizarse con una compra pública que se desempeña en un rol de herramienta de política macroeconómica que le permita generar valor a la administración. En ese contexto el colapso del mercado de ese país mostró síntomas relativos a la incapacidad de sus funcionarios de entender el concepto de interés general, derivando en una débil gobernabilidad sobre los mecanismos de regulación del sector, ausencia de control y poca claridad en las relaciones transaccionales que los proveedores sostenían con las entidades.²⁰

No se puede continuar este acápite sin hablar concretamente de los fines de la regulación, pues a lo largo de esta sección se ha hecho referencia a ellos de manera omnipresente o como si tuviesen una aparición omnicompreensiva. Trepte²¹ ha ubicado a tales objetivos como tres pilares generales de la actividad regulatoria: la finalidad económica cuyo norte es el fomento de la competencia entre los actores económicos del sector y que en procura de su eficiencia reacciona a sus fallas de funcionamiento (i); una finalidad política donde la regulación es la herramienta de política pública idónea para alcanzar fines políticos y sociales (ii); y un fin internacional donde la actividad regulatoria es el vehículo para dar cumplimiento a las obligaciones de orden supranacional que el Estado suscribe con organismos multilaterales o con otros Estados de forma directa (iii).

En esta estructura de la teleología regulatoria construida de forma abstracta, la finalidad económica no indaga en otra cosa diferente al modelo clásico de la teoría del libre mercado donde la competencia suministra de combustible eficiente a la economía. Esto quiere decir que la regulación, sea cual fuere la entidad investida de la facultad para ejercerla, debe tener en cuenta que sus actividades fomenten la competencia del sector para que este naturalmente reaccione de manera tal que se normalice su funcionamiento, es decir, que sea eficiente.²²

Por su parte el pilar político busca que la regulación colabore de forma armónica con la cosecha de logros en áreas sociales. Es a través de este objetivo que las autoridades usan las facultades que les fueron adjudicadas para conducir al sector

Global Public Procurement Theories and Practices. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 139.

²⁰ KANSIIME, Desire; NTAYI, Joseph M.; AHIMBISIBWE, Arthur. Contractual Governance Mechanisms, Dynamic Capabilities, Transactional Specific Relationships and Supplier Performance in Uganda. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 140.

²¹ TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

²² HALLORAN, Deirdre. The Social Value in Social Clauses: Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 44.

por el camino de la generación del valor social a través de la implementación de políticas públicas. No obstante, en este contexto se pueden presentar tensiones con la finalidad económica pues en ocasiones ocurre que el despliegue de políticas de orden social sacrifica la competencia de un mercado y altera su eficiencia; por esto, los actores regulatorios deben ser incisivos con la forma en que ponen en práctica sus medidas de tal forma que las tensiones se puedan tramitar sin mayor traumatismo en la actividad del sector.²³

Finalmente, el norte de cumplimiento de obligaciones internacionales hace referencia a la necesidad de que la regulación tenga la capacidad para que el Estado pueda satisfacer las prestaciones que suscribió en algún foro de derecho internacional público. Esto quiere decir, que los operadores reglamentarios deben considerar qué medidas por adoptar pueden tener algún impacto en el cumplimiento de los tratados internacionales que el Estado ha suscrito bien sea en materia económica como en los TLC, TBI o en otras formas de cooperación extranjera.²⁴

3 Retos y problemáticas de la compra pública en Colombia

Con el protagonismo creciente del órgano regulador del mercado de compra pública en Colombia y el cambio de paradigma que ha suscitado para quienes se desempeñan en el medio y le estudian, es menester recalcar la necesidad de recoger la experiencia extranjera en materia de regulación de la compra pública para advertir en el ordenamiento interno las fuentes de ralentización de la eficiencia esperada y de qué manera se pueden combatir.

En ese sentido, este acápite sostendrá que la consistencia de las fallas del mercado aún bajo la existencia de un entorno regulatorio de mercado se funda en las confusiones suscitadas entre órganos reguladores y contratantes en lo relativo a los fines de la compra pública y la función reglamentaria (i); luego, se aplicarán tales correctivos en el ordenamiento colombiano a través de una propuesta para el mejoramiento de la actividad ordenadora en la compra pública y los beneficios que puede reportar (ii).

²³ HALLORAN, Deirdre. The Social Value in Social Clauses: Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 44.

²⁴ HALLORAN, Deirdre. The Social Value in Social Clauses: Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 44.

3.1 Efectos de la confusión entre los fines de la regulación y los de la compra pública ¿por qué persiste la ineficiencia del mercado en un entorno regulado?

Un par de párrafos atrás se trajo la experiencia del Estado de Uganda con su órgano de regulación del mercado: la Autoridad de Contratación Pública y Suministro de Bienes Públicos – *Public Procurement and Disposal of Public Assets Authority*, que no logró corregir las fallas de ese mercado y por el contrario profundizó las anomalías del sector al punto de llegar al colapso general por falta de *enforcement* del agente sobre sus propias medidas.

Kansiime, Ntayi y Ahimbisibwe argumentaron en su momento que las causas observables en la falla generalizada del mercado de compra pública y sistema regulatorio ugandés se produjo por una ausencia generalizada de especialización tanto de los operadores regulatorios como de los funcionarios encargados de ejercer la función contractual. Esto llevó a que el interés público de la nación y las entidades contratantes, así como la gobernanza de la política contractual, la dinámica mercantil del sector y las relaciones transaccionales con el sector privado se constituyeran en piezas imposibles de articular.²⁵

Tal situación era evidente con hechos como la caída de procesos contractuales por inobservancia de normas procesales o por situaciones en donde pese a que era posible intervenir desde la corrección de una medida mal ejecutada, los operadores optaban por cerrar el proceso y permitir que la necesidad administrativa persistiera acarreando el estancamiento en la prestación del servicio público. Así mismo, la falta de gobernanza en las medidas regulatorias llevaba a que las entidades no observaran tales directrices generando un ambiente propicio para que los proveedores incumplieran sus obligaciones contractuales. Al mismo tiempo, en el afán de suscribir acuerdos transaccionales para el suministro de bienes y servicios, los operadores de compra estructuraban procesos sin descripción de características técnicas, llegando a adquirir productos que en realidad no reportaban utilidad para satisfacer la necesidad, algunos eran recibidos con baja calidad y otros simplemente eran entregados siendo obsoletos.²⁶

²⁵ KANSIIME, Desire; NTAYI, Joseph M.; AHIMBISIBWE, Arthur. Contractual Governance Mechanisms, Dynamic Capabilities, Transactional Specific Relationships and Supplier Performance in Uganda. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 140.

²⁶ KANSIIME, Desire; NTAYI, Joseph M.; AHIMBISIBWE, Arthur. Contractual Governance Mechanisms, Dynamic Capabilities, Transactional Specific Relationships and Supplier Performance in Uganda. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 140.

En este contexto ocurre que los funcionarios encargados de ejercer la actividad contractual en la entidad compradora lidian con asuntos que son del resorte de los entes reguladores como por ejemplo, llevar la carga fiscal de un acuerdo de compra agregada mal diseñado por organismo central de compra; incluso, también se puede presentar la situación contraria donde el ente regulador debe afectar su legitimidad frente a los proveedores cuando una entidad compradora incumple con el pago de una transacción que nació de un mecanismo de compra agregada celebrado por aquel.

Pero ¿por qué persistían estas anomalías tan críticas en el mercado de compras ugandés si habían previsto todo un esquema regulatorio precisamente para evitarlas? Se recuerda que los objetivos de la función regulatoria y la función contractual son distintos, los primeros tienen un sentido general y se encamina a establecer condiciones de normalidad económica, política e internacional; mientras que los segundos son de orden específico y se edifican para dar respuesta a los requerimientos de sectores y circunstancias diversas.

Ahora bien, pese a que esta diferencia es clave tenerla en cuenta a la hora de poner en marcha una u otra función, es claro que los dos mecanismos se dirigen a una sola cosa: producir un entorno económico y de compra funcional, eficiente y continuo. Ese ambiente ideal del que se habla se construye sobre tres pilares fundamentales: economía, eficiencia y eficacia;²⁷ tales pilares constituyen lo que en Colombia se denomina como ‘generar valor por dinero’.

No obstante, tales conceptos no flotan en este contexto como elementos aislados, sino que tienen un sentido práctico en la conformación y funcionamiento de la política pública de compras de las entidades del Estado. Por tal razón, un mercado de compras públicas sano es aquel donde los diseñadores de las instituciones públicas determinan en concreto los fines de la regulación del sector en procura de su *eficacia* (a); para que luego los agentes de poder regulatorio les tengan en cuenta a la hora de emitir sus directrices que, en su mayoría, son de carácter procesal y se encaminan a potenciar la *economía* en el despliegue de las actividades propias del sector (b); y así, dejar en manos de los funcionarios encargados de las operaciones públicas contractuales su celebración y atención de necesidades administrativas para ver allí los frutos de este modelo: la *eficiencia* del mercado.²⁸

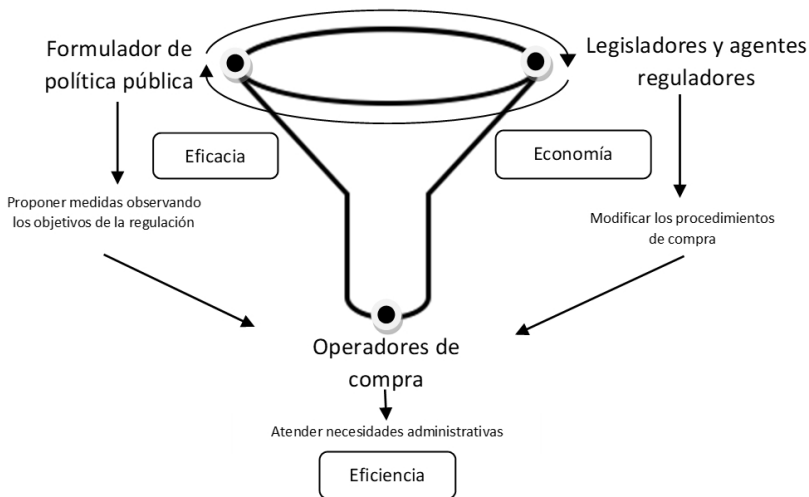
²⁷ RHODE, Alexander. *Public Procurement in the European Union: How Contracting Authorities can Improve their Procurement Performance in Tenders*. Berlin: Springer Gabler Wiesbaden, 2019. p. 17.

²⁸ SCHAPPER, Paul R.; VEIGA MALTA, João N.; GILBERT, Diane L. An analytical framework for the management and reform of public procurement. *Journal of Public Procurement*, [S. l.], v. 6, n. 1/2, p. 1-26, 2006.

En términos más sencillos, la compra pública así concebida se constituye en un mercado donde confluyen agentes reguladores y agentes negociadores en el que es necesario desplegar medidas para corregir sus fallas y crear un ambiente de normalidad que está dado en términos de eficacia de la que se deben encargar los diseñadores de políticas públicas y en términos de economía cuyo fomento es tarea de los legisladores y aquellos que ejercen función regulatoria; de esta manera los dos actores mencionados y las dos tareas que les deben ser asignadas tienen por norte las metas económicas, políticas e internacionales del Estado que conforman los fines de la regulación como se vio con precedencia.

Por su parte, los operadores de compra o los funcionarios a quienes se le encarga ejercer la actividad contractual dentro de las entidades adquirentes tienen por deber principal y exclusivo atender necesidades administrativas a través de las transacciones que la ley y los reglamentos les permiten hacer, ley que si es confeccionada por los actores y en los términos explicados en el párrafo anterior hará que las entidades públicas disfruten de un mercado eficiente y generen mayor valor por dinero. Con esto en mente, se propone ilustrar un mercado eficiente de compras públicas de la siguiente manera.

Figura 1 - Mercado eficiente de compras públicas



Fuente: Datos de la investigación (2024).

Con este esquema vale preguntarse si existe un diseño de mercado llamado a la eficiencia en Colombia. En primer lugar, un método para validar tal cosa no está reservado exclusivamente al reparto de roles de los agentes del mercado en la

forma y condiciones planteadas anteriormente, aunque ideal sería que así lo fuera; en esa medida, se validará tal aspecto a través de los síntomas que ha mostrado en su desempeño al igual que se hizo con el régimen ugandés y posteriormente se analizarán tales anomalías a la luz de la estructura de mercado planteada.

Para el año 2020, la Corte Constitucional colombiana expidió la Sentencia C-119 donde se decidió un demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 1.882, de 2018, que adicionaba un parágrafo al artículo 20 de la Ley 1.150, de 2007, referido a la utilización obligatoria de documentos tipo o documentos estándar en los pliegos de condiciones o fase precontractual para la selección de contratistas de obras públicas, interventoría de obras públicas, interventoría para la consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría para ingeniería de obras.

Las razones de la demanda giraban en torno a la presunta vulneración de los artículos 1 y 287 de la Constitución Política de Colombia por el despojo a las entidades territoriales de la potestad para elaborar sus pliegos de condiciones en la medida que la norma acusada le confería facultades a un ente del orden nacional para hacer tal cosa y sobre los contratos que a bien tuvieran regular. Tal circunstancia, hacía presuntamente mella en el principio de la autonomía territorial de las autoridades locales pues no se les permitiría a los entes de tal nivel expedir su 'propia regulación'.

Este conflicto regulatorio suscitó un importante debate en el plano jurídico nacional sobre el que autores como Sánchez-Graells en conjunto con autoridades europeas ya se habían pronunciado. En el contexto exterior, la concentración del mercado en los Organismos Centralizados de Compra Pública suscitaba una dificultad en materia de inclusión de las condiciones económicas particulares de las regiones en los instrumentos de estandarización que impactaba la regulación en general.

Tal circunstancia supone que la carga de ese desfase en la lente regulatoria tuviera que ser soportada o por la entidad compradora que se vería obligada a adquirir a un mayor precio determinados bienes y servicios por costos de transacción derivados del transporte, impuestos, estampillas o licencias de la región; o debería asumirlo el ente regulador a través de la creación de condiciones particulares en los instrumentos de regulación sobre algunos territorios mermando tanto su carácter estándar como la gobernabilidad sobre el instrumento, como ocurrió en Uganda. De hecho, ya Baeyens²⁹ en un estudio de los regímenes francés, alemán y belga

²⁹ BAEYENS, Bert. Small Public Procurement Contracts: A comparison of the French, Dutch and Belgian legal treatments. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 99.

de compras públicas se había pronunciado sobre medidas de este estilo, indicando que la aplicación de políticas diferenciadas por parte de un sólo órgano central para atender a las particularidades de un mercado regional o para la inclusión de proveedores con poca capacidad productiva atentaba indefectiblemente contra la eficiencia del sistema de compras.

El Legislador trató de atender tal necesidad con la promulgación de la Ley 2.022, de 2020, a través de la cual se dispuso de las cuatro “C” para aplicación progresiva de los documentos en el territorio de la nación colombiana. Uno de los componentes de la norma incluye el deber de coordinación del órgano central con las demás autoridades involucradas en los procesos de compra que tuviesen la necesidad de introducir el documento en sus procesos de selección; incluso, se incorporó también la carga de la capacitación en el órgano regulador para que instruyera a los funcionarios encargados de la función contractual en las entidades compradoras.³⁰

Tales cargas restan eficiencia al órgano central de regulación que tendrá que expedir los actos con los que emite las instrucciones a los agentes de la compra pública y al mismo tiempo debe coordinar con cada uno o con pequeñas células de condiciones similares su adopción además de capacitarlos en la forma en la que se dará correcto uso a aquellos. Y aunque esa carga en cabeza del órgano central es inoficiosa, trasladarla a la entidad compradora tampoco es la solución en tanto esa medida atenta contra el formulado modelo eficiente de compras públicas.

Por ejemplo, la Ley 1.955, de 2019, de Colombia dispuso que la celebración de los acuerdos marco de precios sería competencia de la Agencia Nacional de Contratación y debería tener en cuenta las condiciones de los entes territoriales quienes de llegar a advertir la ausencia de un instrumento de este tipo para la adquisición de determinados bienes y servicios podría celebrar excepcionalmente uno propio. Tal medida es contraproducente en el sentido que se le asignan tácitamente facultades regulatorias al ente comprador cuya misión en el modelo eficiente de compras públicas simplemente es atender necesidades administrativas echando mano de las herramientas que, vía regulación, creó el legislador y el órgano rector de compra.

Si bien, esta última circunstancia no es extraña en el régimen colombiano, no por ello es correcta y eficiente en su despliegue práctico pues cae en la circunstancia

³⁰ BARRETO MORENO, Alejandro Antonio. Las cuatro ‘c’ de los documentos tipo. *Ámbito Jurídico*, [S. l.], 31 jul. 2020. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/las-cuatro-c-para-la-adopcion-de-los-documentos>. Acceso el: 25 jul. 2022.

que desde el inicio del texto se ha venido criticando: el operador de compra termina por confundir los objetivos de la compra pública, que son los que, en principio debe tener en cuenta, con unos objetivos que le son ajenos y superiores como los de la regulación. Este funcionario local, que debe celebrar un acuerdo marco de precios por la ausencia de un instrumento emitido por el órgano central, se ve forzado a desprender su vista de la necesidad concreta que pretendía satisfacer para entender las metas políticas, económicas e internacionales del Estado, esto es, los objetivos de la regulación para emitir un instrumento de ese calibre. En ese sentido, el funcionario ha invertido capital administrativo, recursos públicos y probablemente un capital especializado sin idoneidad para regular el sector con medidas de tal envergadura que podría estar llamado al fracaso, como lo ha mostrado la experiencia internacional reseñada hasta la saciedad.

3.2 Una propuesta institucional para superar la ineficiencia del mercado en un contexto regulado

Con todo lo anterior ¿cuál será el camino que la legislación colombiana debería seguir para reducir la ineficiencia de su mercado de compras públicas si, por un lado, asumir en el nivel central el estudio de las condiciones territoriales del mercado merma su capacidad institucional y, de otro lado, trasladar la carga a la entidad compradora del nivel local implica el otorgamiento tácito de facultades regulatorias a un órgano que cuenta con competencias muy limitadas y un nivel técnico poco especializado derivando en regulaciones llamadas al fracaso?

Es menester recordar que de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política colombiana la función administrativa de la que hacen parte tanto la regulación como el despliegue de compras públicas es ejercida a través de la descentralización, delegación y desconcentración. Si bien es cierto que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue constituida por el Decreto 4.170, de 2011, como una entidad descentralizada del sector planeación, no cuenta hoy con presencia en las entidades territoriales por lo que su gestión es susceptible de relegarse a un nivel central.

Otras Agencias y Unidades Administrativas Especiales cuentan con presencia en los entes locales a través de Direcciones Territoriales en los que se extiende el deber misional que inicialmente fue otorgado al órgano central. Un ejemplo de ello es la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas que para el cumplimiento de su objeto misional cuenta con direcciones territoriales creadas a través del artículo 20 del Decreto Nacional 4.801, de 2011, por el cual se organizó la estructura interna de la UAEGRTD.

Así mismo, a través del Decreto en mención se le otorgó competencia al director general de la entidad para definir la cantidad de direcciones territoriales y la amplitud de sus circunscripciones. De esta manera, tal entidad cuenta con una definición clara de qué órgano responde a qué aspecto de su objeto misional en los 1.109 municipios del país. Ahora bien, es claro el orden institucional que debe seguir el ente para lograr tal nivel de descentralización y cobertura a saber: una ley expedida por el Legislativo que cree la entidad y confiera facultad al Gobierno Nacional para definir su estructura interna, otra regla de habilitación emitida esta vez por el ente facultado para ordenar en donde se defina toda la estructura interna del órgano creado y que le confiera poder a su director para que disponga a través de una Resolución la cantidad, jurisdicción y facultades de las direcciones territoriales y sus funcionarios.

En esa medida, a la estructura local de la entidad en cita se les otorgó autoridad para iniciar y dar trámite al procedimiento administrativo de restitución de tierras para lo cual tienen la facultad de expedir actos administrativos suscritos por el director territorial con el fin de poner en marcha cada uno de los grupo de trabajo presentes en la unidad a saber: la dirección social, la jurídica, la de asuntos étnicos y la catastral; por lo que su trabajo es desconcentrado controlado por las autoridades del nivel central en las que reposa la información de toda la actividad del órgano.

Tal escenario es perfectamente viable en el caso de la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente que ha sido creada por el Decreto 4.170, de 2011, con la particularidad de que es necesario que el Legislador modifique tal norma en el sentido de otorgarle facultades al Gobierno Nacional para modificar la estructura interna del ente y le pueda conferir competencias al director general o al jefe del Departamento Administrativo del Sector Planeación para que determine la cantidad, jurisdicción y competencias de las direcciones territoriales del ente regulador.

Al desconcentrar la entidad, es posible atender la necesidad de que la regulación en la compra pública sea planteada con orientación territorial sin afectar la eficiencia del órgano y sin otorgarle facultades instruccionales *de facto* a entes compradores que no tienen la capacidad institucional para realizar tal cosa. Así mismo, se pueden implementar las medidas referidas a la capacidad para contratar de las autoridades indígenas creadas a través de la Ley 2.160, de 2021, y que la dirección territorial del organismo de reglamentación sirva de apoyo para la satisfacción de los intereses de estos entes que en su mayoría se ven limitados en la realización de tales actividades por no contar con el nivel de especialización requerido, perpetuando así su exclusión de la gestión pública.

Incluso, el riesgo advertido por Scrapper sobre la merma en la eficiencia del mercado por plantear medidas que atiendan a estos pequeños sectores se minimiza en tanto la regulación es llevada en forma de direcciones territoriales a esas áreas del mercado. Así mismo, se pueden atender necesidades relativas a la inclusión de emprendimientos locales desarrollados por las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPIMES) y que en su momento se intentó apoyar mediante la Ley 2.096, de 2020, pero que al día de hoy no ha logrado mayores resultados.

4 Conclusiones

La compra pública es el nuevo paradigma para tener un acercamiento a los negocios jurídicos de las entidades públicas, no obstante, el estudio de esta disciplina económica lleva directamente a la identificación de fallas en su funcionamiento que le llevan a la ineficiencia, circunstancias que se pretenden corregir con regulación del mercado. Por otro lado, este mercado no solo es atractivo por sus anomalías sino porque en su trasegar debe responder a intereses de diferentes sectores que llevan a que los operadores públicos de compra pierdan el norte de las transacciones de carácter estatal.

Por su parte, la regulación es una forma de control estatal sobre alguna actividad que reporta valor para la colectividad, ese control es ejercido por órganos estatales a través de seis formas diferentes que no necesariamente consisten en la expedición de normas de obligatorio cumplimiento y sus objetivos tienen un carácter económico, uno político y otro internacional que no se pueden confundir con las metas del sector que se encuentra bajo el régimen regulatorio. Sobre esto último logra observar en el mercado de compra pública una confusión entre la actividad regulatoria y la transaccional a tal punto que la eficiencia queda relegada a los inacabables interrogantes de los operadores contractuales que pierden de vista tanto su rol en mercado como el objetivo que deben cumplir en el escenario al que deben su actuación.

Ahora bien, las actividades de regulación y las del ejercicio de la función contractual deben estar específicamente distribuidos entre los agentes del mercado de manera tal que los diseñadores de políticas públicas propongan las medidas de orden general que promuevan la eficacia en el gasto público, para que los legisladores y los órganos reguladores dispongan los procedimientos de selección fomentando la economía de los entes estatales. De esta manera, unos y otros deben fijar el norte de sus medidas en atender los objetivos de la regulación cuyas connotaciones son de carácter político, económico e internacional; por su parte, los

funcionarios encargados de dar trámite a los procesos de compra de sus entidades deben enfocarse en atender sus necesidades administrativas dando aplicación a las directrices de los órganos antes señalados para que puedan ver los frutos de esas medidas: la eficiencia del mercado.

En ese sentido, la misión de la compra pública es alcanzar su eficiencia a través de entender de forma separada su objeto con el de la regulación y comprender que ambos sirven a un interés: el interés general. Así mismo, cada actor del mercado tiene un rol específico que debe cumplir y no puede confundir en aras de prevenir las fallas y mermar la eficiencia del sector. En el caso colombiano, se advierte un riesgo relativo a la implementación de estrategias sobre los entes territoriales que alegan no ser tenidos en cuenta en las medidas adoptadas por el órgano regulador del nivel central y las soluciones que hasta el momento tienen dos riesgos concretos: imponer cargas inoficiosas sobre el órgano del nivel central sacrificando la gobernanza de sus reglamentaciones al incluir una variedad de criterios diferenciales que merman su carácter de estandarización (i); otorga facultades tácitamente a órganos locales que no cuentan con la capacidad técnica e institucional para hacer tal cosa.

Por tal razón, se propone la creación de direcciones territoriales de la Agencia Nacional de Contratación Pública que pueden ejercer la actividad regulatoria que le corresponde desde las particularidades de los territorios y evitar imponer cargas injustificadas a un órgano central bastante atareado con las demás fallas del mercado o a los entes compradores cuya urgencia más próxima es atender de manera eficiente las necesidades administrativas que se les presentan en su ejercicio cotidiano.

Referencias

BAEYENS, Bert. Small Public Procurement Contracts: A comparison of the French, Dutch and Belgian legal treatments. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 99-111.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin y LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. 2nd. ed. New York: Oxford University Press, 2012.

BARRETO MORENO, Alejandro Antonio. *El derecho de la compra pública*. Bogotá: Editorial Legis, 2019.

BARRETO MORENO, Alejandro Antonio. Las cuatro 'c' de los documentos tipo. *Ámbito Jurídico*, [S. l.], 31 jul. 2020. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/las-cuatro-c-para-la-adopcion-de-los-documentos>. Acceso el: 25 jul. 2022.

HALLORAN, Deirdre. The Social Value in Social Clauses: Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement. In: THAI, K. (ed.). *Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 39-58.

KANSIIME, Desire; NTAYI, Joseph M.; AHIMBISIBWE, Arthur. Contractual Governance Mechanisms, Dynamic Capabilities, Transactional Specific Relationships and Supplier Performance in Uganda. *In: THAI, K. (ed.). Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 139-155.

KUNZLICK, Peter. Neoliberalism and the European Public Procurement regime. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, [S. l.], v. 15, p. 283-356, 2013.

NAGARAJAN, Vijaya L. From 'Command-and-Control' to 'Open method coordination': Theorizing the practice of regulatory agencies. *Macquiere Law Journal*, [S. l.], v. 8, p. 5-20, 2008.

RHODE, Alexander. *Public Procurement in the European Union: How Contracting Authorities can Improve their Procurement Performance in Tenders*. Berlin: Springer Gabler Wiesbaden, 2019.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert; HERRERA ANCHUSTEGUI, Ignacio. Impact of public procurement on competition: Risk, rationale, and justification for rules in Directive 2014/24. *University of Leicester School of Law Review*, Leicester, 2014.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2015.

SCHAPPER, Paul R.; VEIGA MALTA, João N.; GILBERT, Diane L. An analytical framework for the management and reform of public procurement. *Journal of Public Procurement*, [S. l.], v. 6, n. 1/2, p. 1-26, 2006.

SELZNICK, Philip. Focusing Organizational Research on Regulation. *In: NOLL, R. (ed.). Regulatory Policy and the Social Sciences*. Oakland: Berkeley, 1985. p. 363-367.

SYKES, Martin. Procurement: A strategic weapon for change. *In: KNIGHT, L. y otros (ed.). Public Procurement: International Cases and Commentary*. New York: Routledge Taylor and Francis Group Publisher, 2007.

TELGEN, Jan; HARLAND, Christine; KNIGHT, Louise: Public procurement in perspective. *In: KNIGHT, Louise; HARLAND, Christine; TELGEN, Jan; THAI, Khi V.; CALLENDER, Guy; McKEN, Katy (ed.). Public Procurement: International Cases and Commentary*. New York: Routledge Taylor and Francis Group Publisher, 2007.

THAI, Khi V. Global Public Procurement Theories and Practices: An introduction. *In: THAI, K. (ed.). Global Public Procurement Theories and Practices*. Boca Ratón: Springer International Publishing, 2017. p. 1-14.

TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. La compra eficiente en los territorios: un gran reto para el mercado de compra pública colombiano en un ambiente amplamente regulado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 97, p. 11-35, jul./set. 2024. DOI: 10.21056/aec.v24i97.1884.
