

Propuesta de herramienta de gestión pública para mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos cuando se trate del procedimiento de contratación directa: contratos interadministrativos

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Roberto José Maldonado Martínez

María Catalina Guerrero Cárdenas

Magíster en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá

28/05/2020

Tabla de contenidos

Resumen.....	1
Introducción.....	2
Capítulo I: Marco teórico.....	4
Mapa conceptual	4
Desarrollo conceptual de la perspectiva teórica.....	4
Conclusiones del marco.....	14
Capítulo II: Desarrollo metodológico del análisis crítico del problema de administración y gestión pública.....	19
Un cambio en el papel del Estado: Constitución de 1991.....	19
Contratación Directa y Contratos Interadministrativos.....	25
La problemática en la toma de decisiones de los ordenadores del gasto.....	30
Capítulo III: Análisis de caso.....	37
La Agencia Logística	37
Raciones de Campaña.....	40
Tabla de Precios Unitarios.....	45
Capítulo IV: Conclusiones y justificación del producto práctico.....	47
Producto Práctico: Circular Externa CCE.....	49
De la contratación directa y la selección de la oferta más favorable en tiempos de Emergencia Sanitaria.....	54
Referencias.....	59
Anexo I: Circular Externa.....	67

Resumen

A pesar de los controles existentes en la contratación pública, el contexto social del país ha demostrado la necesidad de realizar esfuerzos para optimizar los recursos utilizados en el funcionamiento del Estado. Este texto tiene como propósito evidenciar una falencia en la aplicación de la *Ley 1150 de 2007* y proponer una solución que busca optimizar el uso de recursos afectos a la contratación pública, cuando se trata de la causal de contratación directa: contratos interadministrativos. Para ello, se abordarán una serie de conceptos jurídicos y económicos y se analizará un caso que permite identificar puntos de la normativa actual que se alejan de lo deseable. La propuesta busca utilizar herramientas de gestión pública existentes para fijar directrices que exijan una real demostración de la aplicación del principio de selección objetiva y la escogencia de la oferta más favorable en la contratación directa para viabilizar la suscripción de contratos interadministrativos. Así, preservando la celeridad existente para aquellos contratos en que las entidades tienen un ánimo meramente colaborativo los cuales son diferentes a los contratos interadministrativos; y afrontando situaciones problemáticas como la ejemplificada en el caso objeto de estudio: la falta de optimización cuando se utilizan sociedades del Estado como contratistas intermediarios, generando costos adicionales. La conclusión: se debe modificar la situación que desincentiva a las entidades estatales de obtener los beneficios que se adquieren con las otras modalidades de selección gracias a la competencia, maximizando el uso de los recursos públicos.

Palabras clave: selección objetiva, contratación directa, contrato interadministrativo, competencia, excedente del consumidor, barreras de entrada legales.

Introducción

La Corporación Transparencia por Colombia (2019) calcula que entre 2015 y 2018 estuvieron en peligro \$17,9 billones de pesos de recursos públicos, el equivalente a la mitad del presupuesto del sector educativo en el 2018. De todos los hechos reportados durante ese periodo, el 73% corresponden a corrupción administrativa y el 46% de estos están relacionados con contratación pública. Ahora bien, aunque es posible ver que una gran cantidad de recursos públicos se pone en riesgo a través de la corrupción, este no es el único problema de la contratación pública en la actualidad. ¿Qué ocurre con aquellos casos en que se contratan y ejecutan obras a satisfacción, pero se eluden principios como la transparencia o la libre competencia? ¿Qué consecuencias hay para una entidad que, pudiendo ahorrar dinero u obtener otros beneficios, prescinde de estos sin justificación? Lo anterior son escenarios que ocurren comúnmente en los contratos interadministrativos y que no son fácilmente catalogables como corrupción. Un ejemplo es cuando las entidades estatales, como por ejemplo una alcaldía, celebran contratos con sociedades de economía mixta—SEM—con participación mayoritaria del Estado, puesto que estas a su vez, a pesar de ser consideradas parte de la estructura del Estado —rama ejecutiva del poder público—, tienen como potestad acudir a la contratación directa, y, sin mayor restricción, pueden subcontratar las obligaciones que contrajeron con la entidad estatal, derivando en un mayor precio para la entidad estatal, dado que al utilizar intermediarios inevitablemente se incrementan los costos de lo que se pretende contratar sin agregar valor adicional. Todo lo anterior sin que las conductas mencionadas necesariamente configuren los tipos penales previstos en el código penal, o que sean reprochables desde el punto de vista disciplinario.

Dicho privilegio del que gozan ciertas entidades públicas de regirse bajo derecho privado encuentra su razón de ser en que estas requieren regirse bajo las mismas reglas que los otros competidores del mercado para poder ser competitivas, en tanto participan en el mercado con aquellas. Si bien este raciocinio encuentra asidero en teorías económicas, el legislador parece omitir convenientemente esta igualdad a la hora de determinar las causales para acudir a la contratación directa, otorgándole ventajas a las empresas y establecimientos públicos del Estado, que, en últimas, termina restándoles competitividad, puesto que no se generan incentivos para que estas mejoren y se renuncia al excedente del consumidor que tendrían las entidades si contrataran con firmas en competencia.

Este documento pretende, mediante el análisis del caso de la adquisición de las raciones de campaña que el Ministerio de Defensa Nacional destina para las Fuerzas Armadas, abordar una falencia normativa identificada en las leyes de contratación pública que permite la ocurrencia de situaciones de contratación directa que resultan anticompetitivas y donde es posible la configuración de destinación adicional de recursos públicos, sin que necesariamente se esté obteniendo a una mejor calidad del bien o servicio.

Este caso mostrará cómo la entidad, cuando pasó de reiteradas ocasiones de celebrar el proceso con un establecimiento público, a finalmente permitir la participación de varios oferentes, logró obtener reducciones significativas en los precios que permitieron alimentar a una mayor cantidad de personal de las Fuerzas Armadas.

Para resolver la carencia normativa evidenciada en ambos casos, se propone una modificación de la *Ley 1150 de 2007* que traerá beneficios relacionados con los procesos competitivos. Adicionalmente, al extraer de las causales de la contratación directa ciertos

contratos interadministrativos, cuando se pretenda que estos sean ejecutados por entidades que puedan, a su vez, contratar bajo régimen de derecho privado, se puede evitar un mayor gasto de recursos públicos, implementando restricciones similares a las existentes para las universidades públicas y lograr una reducción en los precios que pagan las entidades estatales.

La *Constitución de 1991* asigna gran importancia al libre mercado y la apertura económica (Cruz, 2010). Esto es visible, por ejemplo, en su artículo 333, donde se establece que: “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades” y encarga al Estado el estímulo del desarrollo empresarial e impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica, limitando únicamente temas de interés social, ambiente y patrimonio cultural de la nación. El objetivo de este texto no es agregar una norma más a la ya extensa colección colombiana, sino modificar la ya existente para adecuarla a los principios que motivaron la Constitución de 1991. En la búsqueda de la eficiencia y eficacia del gasto público, se pretende fomentar que los agentes del mercado participen en más procesos de contratación, eliminando la potestad del Estado de ejecutar ciertos contratos directamente, sin considerar otras ofertas potencialmente mejores.

Teniendo en cuenta lo anterior, el primer capítulo de este texto será la exposición del marco teórico. Este incluirá un mapa conceptual como herramienta visual de comprensión, un desarrollo conceptual de la perspectiva teórica y unas breves conclusiones que permiten comprender el contexto y el ámbito de aplicación de la norma que es objeto de análisis en este documento.

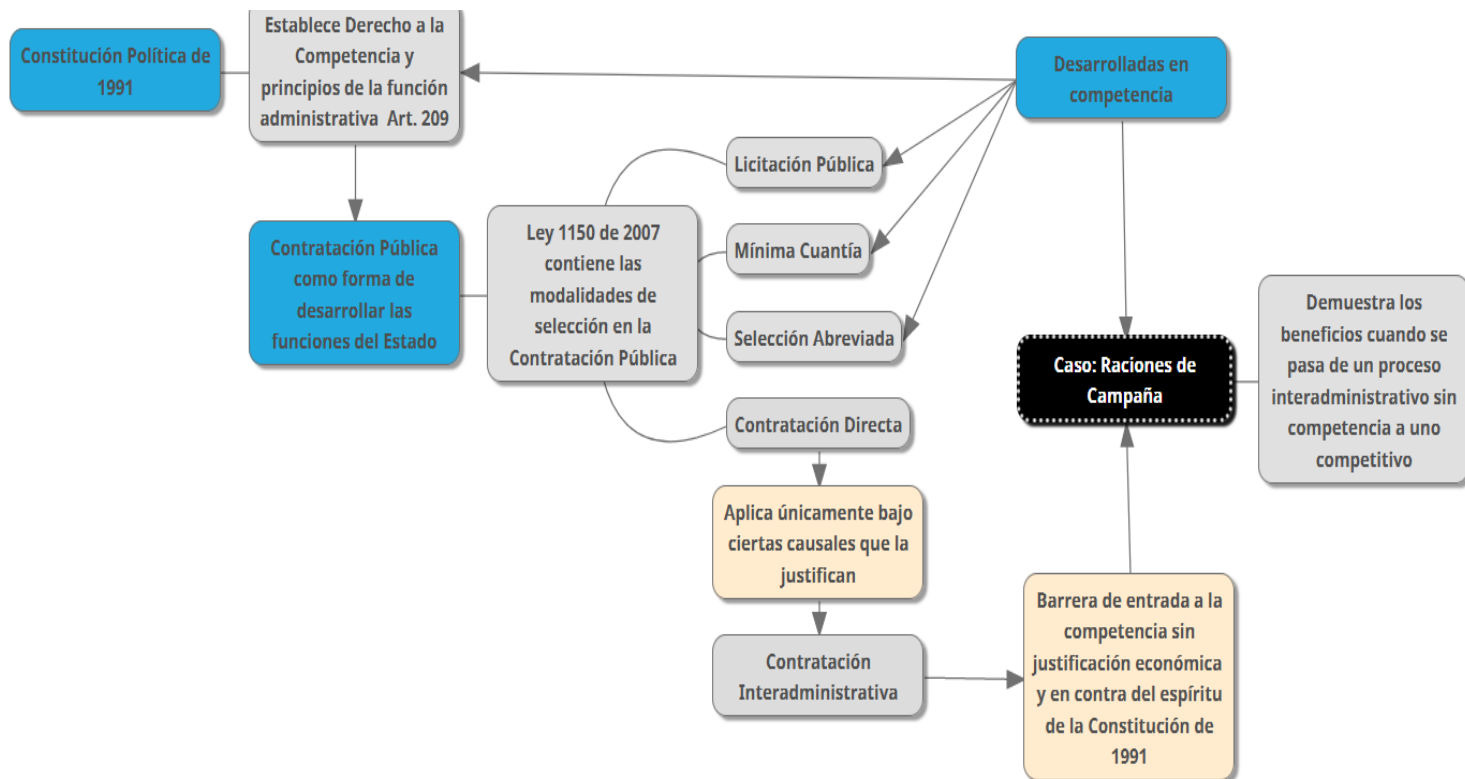
El segundo capítulo de este texto se encuentra dividido en tres partes. Primero procederá con un recuento del cambio que la Constitución de 1991 trajo en la forma como se concibe el papel del Estado en relación con los negocios y la contratación presentación de conceptos económicos necesarios para analizar críticamente el statu quo de la contratación interadministrativa. Así, habiendo entendido la motivación y los principios que consagra la Constitución Política de 1991, se abordarán las figuras de la contratación directa y los contratos interadministrativos y se examinará como caben estas figuras dentro del marco normativo fijado por la Carta. Por último, el segundo capítulo introducirá los conceptos económicos necesarios para analizar críticamente el caso de las raciones de campaña.

El tercer capítulo del texto busca, a través de un caso real de una entidad estatal, demostrar las falencias que para el autor del texto tiene la normatividad actual. Este caso fue seleccionado porque permite ver los potenciales beneficios de modificarse la normativa actual en el sentido propuesto por el autor. De esta forma, se juntan argumentos teóricos respaldados por la experiencia de un caso práctico para justificar una modificación de la normativa vigente en aras de optimizar el uso de los recursos públicos.

Finalmente, el texto recopilará unas conclusiones generales y describirá acto administrativo que se considera necesario para solucionar la problemática actual. Un borrador de dicho acto estará disponible para anexo a este documento, de manera que el lector pueda visualizar y criticar la solución propuesta.

Capítulo I: Marco Teórico

Mapa conceptual



Desarrollo conceptual de la perspectiva teórica

La corrupción en la contratación estatal es uno de los factores que más genera desigualdad, puesto que sus efectos tienen mayor impacto en los sectores de educación, infraestructura, transporte y salud (Botero, 2019). En el informe *Así se mueve la corrupción*, la Corporación Transparencia por Colombia (2019) concluye que esta es un fenómeno estructural y que el punto más álgido del problema es la contratación pública; afirmando que el 73% de todos los casos de corrupción en el país ocurren en el sector público y, de estos, el 46% corresponden a hechos de corrupción en la contratación, porcentaje discriminado así: 29% se relaciona con

adjudicación irregular de contratos, 17% con violación a los principios de transparencia, idoneidad y responsabilidad; 8% con abuso de la contratación directa, 8% con detrimento patrimonial por incumplimiento del objeto, 6% con apropiación ilegal de recursos y 6% con sobrecostos e irregularidades en la celebración. Este texto tratará sobre falencias de la contratación pública, en particular, guarda relación con aquel 8% atribuido a la contratación directa, mecanismo de selección que incluye los contratos interadministrativos como una de sus causales.

Las críticas que se le hacen a la magnitud de la contratación directa en Colombia no son recientes, pero en los últimos años parece haberse acrecentado la cantidad de artículos e informes resaltando los abusos y polémicas que suscita esta modalidad de selección objetiva. Los cuestionamientos que se le hacen a la contratación directa usualmente guardan relación únicamente con temas de corrupción. En mayo de 2019 el portal web de RCN radio publicó un artículo titulado “Entidades estatales “abusan” de la contratación pública en Colombia” donde, citando a la Contraloría General de la República, reporta que la contratación directa fue la principal modalidad de selección utilizada por los ordenadores del gasto entre 2016 y 2018, respondiendo a un 35 % de toda la contratación.

En 2015 Colombia Compra Eficiente publicó un cuadro que permite ver la cantidad de contratos discriminados por modalidad de contratación que considero pertinente aportar. No obstante, es importante resaltar que, en respuesta PQRS N°4202012000002413, a una solicitud hecha por el autor de este texto, Colombia Compra Eficiente afirmó no tener estudios que permitan determinar la proporción de contratos interadministrativos en relación con la contratación directa que se lleva a cabo en el país, sin perjuicio de reconocer que dicho

estudio podría ser llevado a cabo con la información que contiene la plataforma electrónica para la contratación pública SECOP, puesto que las entidades públicas se encuentra en la obligación de publicar sus contratos en esta en cumplimiento del principio de transparencia.

Lo que se evidencia del cuadro que se incluye a continuación, es que la proporción de contratos celebrados con ocasión de la modalidad de selección de contratación directa, representa el 55.4348% por ciento de la proporción de contratación. Ese es una alerta que debe llamar la atención a la hora de verificar las causales que tienen mayor incidencia.

Indicadores Sistema de Compras Públicas 2015			
Tipo de Proceso	Cuantía a Contratar	Cuantía Definitiva Contratada	N° de Procesos
Asociación Público Privada	\$12.644.169.193.475	\$16.567.582.184.612	29
Concurso de Méritos Abierto	\$ 3.765.389.748.250	\$ 1.792.781.769.031	4.049
Concurso de Méritos con Lista Corta	\$1.201.366.982	\$1.329.568.689	26
Contratación Directa (Ley 1150 de 2007)	\$67.985.278.150.969	\$42.366.781.661.529	491.388
Contratación Mínima Cuantía	\$ 1.952.097.498.056	\$ 1.868.368.665.595	114.209
Licitación Pública	\$19.770.179.172.917	\$14.651.154.655.335	6.320
Régimen Especial	\$40.637.824.637.802	\$34.329.365.719.743	251.130
Selección Abreviada de Menor Cuantía (Ley 1150 de 2007)	\$ 5.964.290.404.956	\$ 3.295.990.057.661	12.554
Selección Abreviada del literal h del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007	\$ 1.101.644.585.113	\$535.892.885.685	103
Selección Abreviada servicios de Salud	\$401.226.023.503	\$181.510.872.794	395
Subasta	\$ 6.045.550.855.687	\$ 2.236.962.860.714	6.041

Fuente: Colombia Compra Eficiente (2015)

Ahora bien, vale la pena aclarar que en opinión del autor de este texto la posibilidad de corrupción no abarca satisfactoriamente todas las críticas a esta modalidad de selección y esto resulta especialmente cierto cuando se trata de los contratos interadministrativos. ¿Puede tildarse de “corrupta” la contratación entre entidades del Estado? Existirán casos en los que sí, por ejemplo, cuando es utilizada como una especie de intermediación para esconder los verdaderos beneficiarios de los contratos. No obstante, la normativa actual permite acudir, de forma completamente legal, a la contratación directa en otras ocasiones donde si bien no

parece adecuado afirmar la existencia de un hecho de corrupción, sí es posible decir que no existe certeza de que se seleccionó la mejor oferta posible para el Estado, y esta, es la otra cara de la contratación directa que es poco analizada.

En conjunto, las partes de este texto sustentan el siguiente argumento: existen falencias que justifican modificar la forma como se aplica la regla actual para lograr una reducción en el uso de esta figura y simultáneamente mejorando el uso de los recursos del Estado al forzar a las entidades estatales a satisfacer sus necesidades a través de mercados en competencia en un mayor número de ocasiones.

En el 2012 el Comité de Gobernanza Pública de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE había emitido una serie de recomendaciones para la contratación pública, entre estas se encuentra el numeral iii) del punto IV: “Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor”. La legislación colombiana contiene ocho excepciones a la regla general de licitación pública que permiten acudir a la contratación directa, contenidas en el numeral cuarto del artículo segundo de la *Ley 1150 de 2007*, a saber: I. Urgencia manifiesta; II. Contratación de empréstitos; III. Contratos o convenios interadministrativos; IV. Eventos en que no existe pluralidad de oferentes; V. Contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a ciertas personas; VI. Contratos para el arrendamiento de inmuebles; VII. Contratos de encargo fiduciario de ciertas entidades territoriales, en situación de reestructuración de pasivos, cuando se celebren con entidades financieras del sector público, y VIII. contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva para su

adquisición. Debe aclararse que, a pesar de la multiplicidad de excepciones a la regla general, este texto no propone que la modalidad debe desaparecer, ni que todas las excepciones carecen de propósito. La Corte Constitucional no se ha opuesto a la expedición de un reglamento de contratación directa, por el contrario, en sentencia ha afirmado, incluso antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, que:

Con todo, el legislador para facilitar al máximo la actuación de la administración en casos excepcionales que reclamen su pronta intervención y, teniendo en cuenta que no todos los contratos son susceptibles de aplicarles las reglas de la licitación pública o el concurso, bien porque la cuantía del mismo no justifique el procedimiento de la licitación o concurso, ya por la naturaleza misma del contrato, por su finalidad, por su objeto, en fin, por circunstancias especiales, contempló otra forma o manera de celebrar los contratos estatales, en busca de una mayor agilidad en la celebración de éstos a fin de dar plena efectividad a los fines que persigue la función administrativa. Siendo ello así, estableció como excepción a la licitación o concurso, la contratación directa, entendida como la facultad que tiene el jefe de una entidad del Estado para escoger a la persona que ha de celebrar el contrato con la entidad, prescindiendo del procedimiento de licitación pública o concurso, pero sujeto en todo caso al principio de transparencia y al ejercicio del control de esa forma o manera de contratar por parte de las autoridades competentes. (CConst. *Sentencia C-508/2002*, A. Beltrán [M.P], p. 13)

Dicho pronunciamiento se debe tener en cuenta a la hora de proponer nuevos controles o modificaciones a la norma, puesto que en nombre de combatir la corrupción y

optimizar el gasto no se debe dejar a los gestores públicos sin herramientas que les permitan ejercer la función pública adecuadamente. La solución debe ser más sensata que prohibir todo tipo de contratación directa y desnaturalizar la figura, después de todo, resulta difícil justificar una espera de seis meses para que una alcaldía lleve a cabo una licitación para contratar un arreglo urgente de un derrumbe en una vía que pone en riesgo la vida de los ciudadanos o que se debe abrir un proceso competitivo para adquisición de bienes de salud que resulta menester comprar con toda celeridad para frenar el avance de una pandemia.

De las causales anteriormente enumeradas, para acudir a la modalidad de selección de contratación directa, la de la contratación interadministrativa es llamativa por ya haber sido reformada y será el foco de este texto, puesto que, en opinión del autor, dicha causal no está cumpliendo un propósito que justifique apartarse de la regla general. Se debe tener en cuenta que la contratación interadministrativa no es en sí misma un procedimiento de selección —el procedimiento de selección es la contratación directa—, lo que hace interadministrativo un contrato es la calidad de los sujetos contratantes, es decir, las dos partes de la relación contractual jurídica son entidades estatales (CConst. *Sentencia C-671/2015*. A. Rojas [M.P.]).

La *Ley 1474 de 2011* modificó el inciso primero del anteriormente mencionado artículo segundo de la *Ley 1150 de 2007*, restringiendo la aplicación de la modalidad de contratación directa-contrato interadministrativo en los casos de los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad con respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando: “*Las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación*

mayoritaria del Estado [...] Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada” (Art. 92. Cursivas fuera del texto original). Lo anterior cobra sentido teniendo en cuenta que, por ejemplo, los contratos de obra suelen ser aquellos con las mayores cuantías e importancia, y exigen mayor rigurosidad para garantizar una correcta ejecución de estos. Existen numerosos constructores, tanto en el mercado nacional como en el internacional, con gran experiencia y que tienen como oficio permanente el desarrollo y vigilancia, a modo de muestra, de obras públicas de infraestructura; en contraste, por ejemplo, con instituciones públicas educativas que ejecutan este tipo de actividades con menor frecuencia. No había motivo para excluir a estos posibles participantes en los procesos de selección para obras públicas, y en opinión del autor, no existe motivo para dicha discriminación, como existe hoy, para otras tipologías contractuales.

Aunado a lo anterior, existen ejemplos de contratos de inmensa cuantía celebrados mediante contratación directa con empresas del Estado y otras entidades estatales que, a su vez, pueden operar bajo el régimen de derecho privado conforme al artículo 93 de la *Ley 1474 de 2011* que modificó el artículo 14 de la *Ley 1150 de 2007*. Esto resulta problemático, puesto que la posibilidad de subcontratar estas actividades, de manera legal, implica que el Estado está asumiendo costos de manera innecesaria en beneficio de un privado que termina ejecutando realmente las labores que debía ejecutar la entidad pública fungiendo de contratista. Para comprender el raciocinio detrás de los reproches que se le hacen a la norma es necesario definir, dentro del ámbito de la contratación estatal, que son los conceptos de selección objetiva, transparencia y libre concurrencia que rigen los negocios jurídicos de la

administración y, habiendo comprendido estos, dar un contexto que permita comprender que es un contrato interadministrativo.

El concepto de libre concurrencia ha sido tratado por la Corte Constitucional en la *Sentencia C-713 de 2009*. Al respecto ha planteado la Corte que:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación...Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal. (CConst. *Sentencia C-713/2009*. M.V. Correa [M.P], p. 33).

De lo anterior es posible ver que existen razones por las cuales se puede limitar dicho principio; sin embargo, ninguna de las esbozadas por la Corte parecería tener relevancia en materia de contratación interadministrativa.

Respecto del principio de transparencia, Rico (2017), citando a Martínez y González, lo define como:

Las actuaciones sean conocidas y consultables por toda la población y/o por los organismos interesados, a fin de que se realice la escogencia del contratista en virtud de las condiciones técnicas y económicas de su oferta; buscando de esta manera, el logro de un control eficiente y oportuno acorde con las exigencias de la contratación pública. (p. 23)

Finalmente, respecto de la selección objetiva, Nieves-López (2017) señala que este principio se desprende del artículo 209 constitucional, su desarrollo implica que la administración no goza de discrecionalidad *per se*, concluyendo que el procedimiento de la adjudicación en audiencia pública de un proceso licitatorio es la materialización de dicho principio. Basándose en providencias de la Corte Constitucional, el mismo documento explica que la igualdad de oportunidades, junto con la libre concurrencia, son dos elementos medulares de los procesos de selección objetiva y que la contratación directa enturbia de manera latente dichos principios. Ahora bien, compartiendo una opinión similar a la planteada anteriormente en este marco teórico, Nieves-López (2017) concuerda con que es posible justificar la contratación directa en ocasiones, siempre con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Similarmente, la Procuraduría General, en *Circular conjunta de 2011* cita al Consejo de Estado para definir su entendimiento del concepto de selección objetiva como:

En efecto, en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la

contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato. Respecto a la contratación directa, en interpretación de la norma precitada, la Sala observa que, con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata. (Villamizar cdt. en PGN, 2011, p. 26)

El Estado tiene diversas formas de lograr sus cometidos y una de estas es la contratación estatal. Vale la pena mencionar, antes de abordar el contrato interadministrativo en sí, que la administración puede manifestar su voluntad de diferentes formas. Una de estas, comúnmente denominada como convenios interadministrativos, tiende a ser confundida con los contratos interadministrativos. Es la opinión de Perdomo Guerrero (2014) que, para explicar satisfactoriamente las diferencias entre un contrato y un convenio interadministrativo, hay que partir de la base que un negocio jurídico es un acuerdo de voluntades encaminado a producir efectos jurídicos.

En este orden, existen negocios jurídicos de colaboración y de contraprestación. Ahora bien, el artículo 32 de la *Ley 80 de 1993* contiene la definición de contrato estatal: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

De este modo, tanto los convenios como los contratos interadministrativos caben dentro de la definición de contrato estatal, puesto que para pertenecer a esta clasificación únicamente se requiere de un negocio jurídico que sea celebrado por una entidad estatal. Retomando lo dicho por Perdomo Guerrero (2014), este concluye que, si bien existe normativa confusa y antitécnica que resulta en confusiones a la hora de distinguir los convenios de los contratos, lo cierto es que los convenios pertenecen a la categoría de negocios jurídicos donde las partes tienen intereses iguales tendientes a la consecución de un interés común y los contratos se caracterizan por partes cuyos intereses son contrapuestos. Afirma Santos Rodríguez (pp. 10, 2008) que "...convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas, en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales.", en los siguientes renglones (pp. 11), el autor define el contrato interadministrativo como:

"Es también celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular. (p.11)

Habiendo definido los conceptos, la medida propuesta debe tener en cuenta los anteriores principios y la realidad de la función pública para no desnaturalizar la figura de la contratación directa, aunque los datos presentados indican la existencia

de evidencia para argumentar que la contratación directa ya ha sido desnaturalizada, pues su carácter de excepcional ha sido ignorado, tal y como es posible evidenciar de la *Circular Conjunta 014 de 2011* emitida por la Procuraduría General de la Nación, junto con la Contraloría y la Auditoría, y esta se ha convertido en una herramienta para evadir los procesos competitivos. En dicha circular, la Auditoría estima que el 47% de los procesos contractuales sujetos a vigilancia de las contralorías se han realizado por contratación directa. Adicionalmente, en el mismo documento, la Procuraduría y Contraloría identifican el fenómeno mediante el cual se transfieren recursos del presupuesto estatal a particulares y sociedades de economía mixta, que será objeto de control por la reforma propuesta como producto práctico.

Conclusiones del marco

Una opción para mejorar el uso de los recursos estatales ejecutados a través de los contratos interadministrativos se puede desarrollar mediante un *Proyecto de Ley* que modifique el artículo segundo de la *Ley 1150 de 2007*, que contiene las causales para acudir a las modalidades de selección. Dicha reforma busca extraer ciertos contratos interadministrativos de las causales de contratación directa, en aras de garantizar los principios de transparencia, libre concurrencia y selección objetiva. Así las cosas, la propuesta busca atacar: I. Los costos extras en que incurre el Estado al contratar directamente con otras entidades del Estado que, funcionando como un intermediario, a su vez contratan bajo derecho privado a personas naturales y jurídicas para desarrollar las labores para las que originalmente fueron contratadas. II. Forzar a las entidades estatales a optimizar el uso de sus recursos, facultándolas para contratar con otras entidades estatales únicamente si estas presentan la

oferta más favorable dentro de un proceso competitivo, de manera que los recursos públicos siempre estén optimizados, y no se acuda a la contratación interadministrativa simplemente por la simplicidad y celeridad con la que las entidades pueden celebrar este tipo de contratos.

Capítulo 2: Desarrollo metodológico del análisis crítico del problema de administración y gestión pública

Un cambio en el papel del Estado: Constitución de 1991

Afirma Ospina Riaño (2013) que: “De igual forma, corrigiendo vicios anteriores a nuestra actual Constitución, se promueve la participación de particulares en la prestación de los servicios, a través de fórmulas que faciliten la libre competencia y la libre contratación”. Si bien no son necesariamente vicios, la *Constitución Política de 1991* encarna una forma diferente de concebir el papel del Estado en la economía. Ospina Riaño (2013) lo expresa como:

La Carta Política también ha establecido un modelo de economía social de mercado, en el que la libre empresa e iniciativa privada juegan un papel fundamental en el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. De esta forma, la Constitución Política reconoce la libertad de empresa, como la posibilidad que tiene cualquier persona de realizar actividades de carácter económico, para incrementar su patrimonio, con los límites que imponga la búsqueda del bien común...En ese mismo sentido el artículo 333 superior antes citado señala que la actividad económica y la actividad privada son libres, dentro de los límites del bien común, y más adelante señala que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, y que el Estado, por mandato de la ley, está en la obligación de impedir que obstruya o restrinja a libertad económica. (p.19-20)

Esta concepción de un Estado que reconoce la libertad de empresa solo limitada por el bien común tiene origen en acontecimientos históricos y el cambio de la concepción del

Estado en la economía es visible en las diferentes constituciones que ha tenido Colombia. Mosquera (2017) hace un recuento de estos cambios, determinando que fue apenas en 1821 cuando en una constitución colombiana se reconoció el derecho a la propiedad privada, la libertad de trabajo y de industria, y es posible empezar a vislumbrar los principios liberales ir reemplazando concepciones coloniales.

Desde 1853 es posible ver al Estado regulando la libertad del trabajo, industria y comercio; sin embargo, aún no se ve el papel marcado de intervencionista del Estado que vendría a caracterizarlo por una época; de hecho, en la *Constitución de 1886* los temas económicos no habrían sido mencionados y su posterior reforma en 1910 no habría ahondado mucho en ellos. En 1936 se habrían introducido los primeros cambios intervencionistas, estableciendo la intervención del Estado en la empresa, la función social de la propiedad, la expropiación sin indemnización y la protección al trabajador. Así se mantuvo durante la época posterior a la primera guerra mundial, momento en que se puede ver la fundación de Colombiana de Petróleos–ECOPETROL, Telecom e Indumil, todas empresas estatales, y no fue sino hasta 1968 que las reformas trajeron consigo la libertad económica en forma de libertad de empresa e iniciativa privada.

Si bien el Estado afianzó su capacidad de intervenir en asuntos específicos y por motivos del interés general, es claro que hubo una transformación de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho. Mongui Merchán (pp. 170, 2012) identifica la aparición del Estado Social de Derecho en la Alemania post segunda guerra mundial y lo caracteriza como uno donde “existe empresa privada con regulación estatal pero los servicios básicos como la salud, la educación son prestados por el Estado, a muy bajo costo o gratuitos” (p.170).

Esta transición en la forma de actuar del Estado que trajo la *Constitución de 1991*, por supuesto, se vería reflejada en las leyes destinadas a erigirse en desarrollo de la función pública y, como se ha planteado anteriormente, la contratación estatal es una de las formas en las cuales el Estado lleva a cabo su función, por lo que la *Ley 80 de 1993* no es la excepción a esta premisa. Esta norma construiría los cimientos de la unión entre el Estado y los privados, en desarrollo del bien común. En palabras de la exposición de motivos, en relación con la necesidad de introducir modificaciones a la norma de contratación estatal vigente, “... Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el *Decreto-ley 222 de 1983*, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias.”

Vale la pena resaltar, a modo de paréntesis, que los problemas con la contratación directa fueron también motivo para la expedición del estatuto contractual del 93, lo que de alguna forma ilustra que el problema actual tiene orígenes históricos que no pueden considerarse contemporáneos. La exposición de motivos de la *Ley 80 de 1993* contiene el siguiente aparte en el numeral titulado II. FRACASO DE LOS FINES BUSCADOS:

“Adicionalmente, la administración se vio rodeada de obstáculos y pleitos que la obligaron a buscar atajos para substraerse de las leyes de la contratación pública. En este sentido es significativo el hecho de que de un total de 1.380 contratos de obra pública celebrados por la administración central, 880 se llevaron a cabo mediante la modalidad de contratación directa, tal como lo ha puesto de presente la Contraloría

General de la República en un documento elaborado en marzo de 1989,1 lo cual evidencia la aludida tendencia.”

Retomando la materia de la unión entre privados y públicos, el numeral V. DISPOSICIONES GENERALES de la exposición de motivos de la *Ley 80 de 1993* contiene una sección dedicada a la finalidad de la contratación estatal. Esta sección, que contiene los fines de la actividad estatal, contiene los primeros avances en reconocer al particular como colaborador del Estado, sin desconocer el interés lucrativo que motiva a los particulares, pero siempre en el marco de la satisfacción del interés general. Por ello contiene frases como: “Las razones de conveniencia social que sustentan ya sea de manera directa e inmediata o bien en forma indirecta mediata la celebración de un contrato tampoco pueden ser extrañas al particular que contrata con el Estado. Por el contrario, su adecuado entendimiento contribuye al cabal y eficiente desarrollo y ejecución del contrato (...) Unida a esa finalidad, es clara la intención lucrativa que orienta la participación del particular y la cual tampoco puede ser desconocida ni afectada por el Estado.”.

Esta unión no es de poca monta, porque, como identifica Palacio (2002) mucha de la inversión extranjera en nuestro país ha sido impulsada a través de la actividad contractual del Estado, en forma de carreteras, obras de telecomunicaciones y de energía. Palacio (2002) resalta que la *Constitución de 1991* “abrió las puertas de nuestra Colombia a un mundo competitivo, desregulado”(p. 20) y la cuestión de la contratación estatal trasciende el ámbito doméstico y se convierte en un importante canal de inversión y es que, como establece a renglón seguido, la *Ley 80 de 1993* no fue un pequeño cambio del *Decreto Ley 222 de 1983*, norma que regía anteriormente, sino que es la respuesta a este nuevo Estado Social de

Derecho anunciado por la Constitución de 1991. La autora desarrolla esta idea cuando menciona que (2002) “No podría pensarse que las regulaciones contractuales públicas fueran idénticas en un Estado de corte o concepción liberal manchesteriano, como el que iluminó la Carta Política de 1886, en donde la misión del Estado se limitaba principalmente al desarrollo de lo que se ha dado en llamar ‘cometidos esenciales’, y se difería el manejo de la riqueza principalmente al sector privado.”(p.21). En otras palabras, el Estado de 1886 no era un gran *contratante*, sino que desarrollaba otro tipo de tareas y el manejo de la riqueza quedaba en manos de los privados. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, el Estado adoptó un papel más intervencionista por el fracaso del Estado liberal y de los particulares de satisfacer todas las tareas sociales. Fue entonces cuando el Estado se tornó intervencionista y la normatividad de contratación así lo reflejó. Con la reforma de 1968 se preparó el terreno para que el Estado asumiera de manera monopólica, directa, exclusiva y excluyente, el manejo de lo que nuestra constitución actual identificaría como servicios públicos, y en este orden de ideas, se volvió protagónico el papel de la contratación estatal en Colombia (Palacio, 2002).

Rezagos de este Estado monopólico pueden ser vistos en nuestra normativa actual y los motivos que dieron origen a la transición a nuestro modelo vigente constituyen observaciones válidas en el contexto de los contratos interadministrativos como existen hoy en día. No en vano afirma Palacio (2002) que al tratarse de un Estado monopólico era necesario mantener un control estricto de las empresas y funcionarios públicos, debido a que, al no estar en competencia libre, las hacía más vulnerables a la manipulación e ineficiencia y al abuso de la posición dominante.

Para concluir el recuento de la historia de la contratación estatal y el cambio en el rol del Estado, se debe mencionar que la nueva Carta Política trae consigo un Estado Competitivo, en lugar de uno monopólico, resaltando Palacio, los artículos 333, 365, 209 y 90, algunos ya explorados en este texto, como fundamento de la competencia como un derecho de todos. Se entiende entonces que:

El Estado adopta un papel protagónico y dinámico en el manejo de la economía y de la riqueza, como un agente más en competencia con cualquiera otro, llámese persona jurídica natural, nacional o extranjera, pública o privada...Sin duda, el nuevo planteamiento del Estado colombiano y su orientación hacia la libre competencia con los particulares, lógicamente en igualdad de oportunidades, garantías y por ende de regulaciones, va encaminado a democratizar la economía y enmarcar la actividad pública dentro de los principios de eficiencia, eficacia, igualdad, economía y moralidad entre otros, de conformidad con lo establecido en la propia Carta (artículo 209) [...] Obviamente, no hay posibilidad alguna de llevar a efecto con éxito un proceso de competencia si no existe igualdad de tratamiento entre quienes compiten. (Palacio, 2002, p.24)

Lo anterior se debe tener muy en cuenta durante el estudio de las particularidades de los contratos interadministrativos de la siguiente sección, puesto que, en concepto del autor, la reforma que trajo la *Ley 1150 de 2007* desconoce el espíritu y los derechos consagrados en la *Carta Política de 1991* y la *Ley 80 de 1993*. La normativa de la contratación pública es de suma importancia para materializar lo concebido por la Constitución Política y es una de las herramientas a las que tiene acceso el Estado para llevar a cabo sus funciones, de ahí la

necesidad de que esta normatividad sea modernizada para garantizar la competencia en igualdad de condiciones. Puesto que como plantea Palacio, refiriéndose a las reglas aplicables a la contratación estatal, “en un régimen competitivo y desmonopolizado, no pueden ser distintas a las aplicables para los particulares, sector con quien compite, pues así estaría violándose flagrantemente el principio de igualdad e imposibilitándose el ejercicio de la libre competencia” (2002, p.26)

Contratación Directa y Contratos Interadministrativos

El cambio que la *Constitución* trajo en la concepción del Estado colombiano, y, en consecuencia, las normas de contratación estatal se ven reflejado en los principios que rigen esta actividad de particular importancia para el desarrollo del país. De particular relevancia para este análisis es comprender qué es el principio de selección objetiva, para poder contextualizar la modalidad de selección objetiva llamada contratación directa y posteriormente, examinar la causal de exclusión denominada contratación interadministrativa.

El portal Web de Colombia Compra Eficiente –CCE–, entidad rectora de la contratación estatal en el país, contiene una síntesis de los principios de la contratación estatal. En él se dice lo siguiente en relación con el principio de selección objetiva: “Este principio se define a partir de los siguientes criterios: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales considerados integralmente (ponderación) permiten determinar la propuesta más favorable” (2015, párr.6). Como es posible ver, el principio de selección objetiva es la idea de que se deben fijar unos criterios previos, delineados técnicamente, para luego medir las propuestas y contratistas con el

mismo rasero, de manera que se acceda a la mejor oferta para celebrar un negocio jurídico. CCE lo resumió como la obligación de fijar previamente los criterios de selección, un llamado al público para que presente ofertas, en igualdad de oportunidades y transparencia. Estos elementos pueden parecer ausentes en ciertas modalidades de selección, las cuales están contenidas en el artículo 2° de la *Ley 1150 de 2007*, pero no es necesariamente cierto y esto también fue parte del cambio en normativa de contratación estatal al pasar del Decreto *Ley 222 de 1983* a la *Ley 80 de 1993*. Palacio (2014) afirma que:

En efecto, la anterior normativa establecía que la selección de contratistas debía hacerse a través de los mecanismos de licitación pública, la licitación privada o concurso de méritos, conduciendo con ello la idea errada y generalizada de que procedimientos de escogencia de contratistas diferentes a los señalados, como por ejemplo la contratación directa, se constituían en la excepción al principio de selección objetiva, lo que llevó a funcionarios a adoptar posiciones discrecionales subjetivas y en muchas ocasiones arbitrarias, en la escogencia de oferentes a través de procesos de contratación directa. (p.89)

Es posible comprender, entonces, que el principio de selección objetiva debe estar presente en todas las modalidades de selección y no puede ser descartado al arbitrio de los funcionarios públicos. La contratación directa no es sinónimo de contratación sin la observancia del principio de selección objetiva, en tanto éste es transversal a cualquier proceso de selección en la medida en que el objetivo del Estado debe ser la selección de la mejor oferta para satisfacer sus necesidades.

Así, la diferencia entre modalidades de selección no puede ser la carencia del principio de selección objetiva, sino simplemente el desarrollar un trámite diferente para escoger la mejor oferta, puesto que, el único resultado posible si hay ausencia o imposibilidad de seleccionar objetivamente, es declarar desierto el proceso (Palacio, 2014). Teniendo en cuenta que, en últimas, la selección objetiva debe dar como resultado la selección de la oferta más favorable para la entidad, es necesario que las entidades definan y conozcan, con absoluta certeza, sus necesidades, los recursos disponibles, su análisis técnico, realicen estudios de mercado, en otras palabras, se doten de elementos durante la etapa de elaboración de los estudios previos que permitan identificar la oferta más favorable cuando esta presente, con base en un conocimiento profundo de las minucias de cada entidad y ajena a factores de interés, afecto personal, y otro tipo de motivaciones (Palacio, 2014).

Respecto a la modalidad de selección denominada contratación directa, existen percepciones erróneas, puesto que por el mal uso que se le da en algunas ocasiones, dicha modalidad puede dar la impresión de acolitar motivaciones diferentes para la selección de la oferta más favorable. Esta es, más bien, un instrumento concebido para darle herramientas idóneas a los gestores públicos según las condiciones del objeto a contratar (Palacio, 2002) y agregaría, el contexto del momento. Hay un aspecto adicional a las particularidades en la selección del contratista que caracteriza a la contratación directa y vale la pena considerar, este es la libre competencia. Palacio considera que esta herramienta fue concebida para ceder a la libre competencia debido a que existen supuestos fácticos, circunstancias específicas u otras consideraciones donde se hace evidente que no resulta posible, conveniente o adecuado

al interés general acudir ante una modalidad abierta y de pública competencia (Palacio, 2002).

Esto resulta aparente de una lectura de las causales contenidas en la *Ley 1150 de 2007* que permiten acudir a la contratación directa. Por ejemplo, la urgencia manifiesta –donde se cede la libre concurrencia en aras de actuar con la celeridad necesaria sin sacrificar el uso eficiente de los recursos públicos– o cuando no hay pluralidad de oferentes en el mercado – pues el supuesto fáctico hace imposible la libre concurrencia–. En este orden, es de suponerse que debería existir una motivación similar en todas las causales que contiene la ley para acudir a la contratación directa. Sin embargo, esta no es visible en los contratos interadministrativos, es decir, aquellos celebrados entre dos entidades estatales.

Palacio (2002) considera que esta causal debería desaparecer o ser reformulada. En primer lugar, porque si son entidades que solo ejercen funciones estrictamente públicas– es decir, no pueden ser llevadas a cabo por privados– o entidades que tengan permitido desarrollar actividades industriales y comerciales, estas no deberían someterse en ningún aspecto al estatuto general de contratación estatal. La razón es simple, si el Estado realiza convenios con el propio Estado, para el ejercicio de una función pública, de su monopolio y en la cual no hay posibilidad de competencia, no tiene sentido que exista una selección objetiva, puesto que por supuesto, no hay a quien seleccionar; y como consideración adicional, no es viable el pacto de cláusulas excepcionales o solicitar garantías. Sería el Estado utilizando su imperio sobre el mismo Estado para obligarlo a cumplir o el Estado solicitando garantías para asegurar su propio cumplimiento. En segundo lugar, si los contratos se pretenden celebrar con entidades públicas, que tengan posibilidad de competir

en igualdad de condiciones con los sujetos privados, considera la autora que no existe razón para excluirlas de un procedimiento de selección pública, salvo que por algún motivo circunstancial o de especialidad del objeto contractual se encuentre justificado apartarse del mecanismo licitatorio. Considero acertada esta propuesta, más aún teniendo en cuenta que, luego de una lectura de la *Gaceta 466 del 2005* del Congreso de la República, la cual contiene la exposición de motivos de lo que se convertiría en la *Ley 1150 de 2007* que modifica la *Ley 80 de 1993* e incluye numerosas alusiones a la búsqueda de transparencia y optimización, termina proponiendo la creación de dos causales nuevas para la contratación directa en lugar de analizar y depurar las ya existentes. La *Gaceta 75 de 1992*, que contiene la exposición de motivos de la *Ley 80 de 1993*, incluye un punto dedicado a la contratación directa, pero tampoco ofrece ningún raciocinio o criterio para haber creado la causal de contratación interadministrativa como justificación para acudir a la contratación directa. Es decir, hoy en día no existe certeza de que motivos existen, o que beneficios trae, la contratación interadministrativa como causa para acudir a la contratación directa.

En cambio, considero que existen argumentos para abolirla o reformarla. Argumentos a los cuales, mediante este texto, pretendo aportar e incluir una dimensión, si bien no muy extensa, adicional a los argumentos jurídicos; una visión desde la perspectiva económica que logre demostrar, en forma de una medición cuantitativa, el impacto monetario que tiene esta falla en el estatuto de contratación pública, los beneficios que la población colombiana, como sujetos de las acciones del Estado, está dejando de percibir.

La problemática en la toma de decisiones por parte de los ordenadores del gasto

Para abordar el análisis del caso es pertinente revisar conceptos económicos que servirán para contextualizar los casos y comprender por qué la situación actual presenta falencias, y desde los mismos, aportar un entendimiento multidisciplinario de la situación. Esta sección del texto pretende abordar problemas de la gestión pública aplicando herramientas y conceptos económicos. A esta subsección de la Economía se le conoce como *Public Choice*. Ery (2015), citando a Mueller (1979), dice que *Public Choice* asume los mismos presupuestos comportamentales que la Economía, es decir, los individuos son egoístas, racionales y buscan maximizar sus beneficios. Partiendo de esta base podemos aproximarnos al problema de gestión pública que presentan los contratos interadministrativos, pero antes de tratar las decisiones a nivel de individuo, es necesario abordar ciertos conceptos.

Muchas son las virtudes que han sido predicadas de la competencia, y los potenciales beneficios que esta puede traer a los consumidores. La *Federal Trade Commission* de los EE. UU, por ejemplo, tiene una breve explicación en la versión en español de su página Web dedicada a cómo ganan los consumidores cuando los negocios compiten. Esta puede ser resumida en la siguiente oración: “La competencia beneficia a los consumidores porque mantiene la calidad y opciones de bienes y servicios altos y los precios bajos” (párr. 3).

Stigler (1957), en un texto que contempla el significado de competencia a través de la historia, examina el entendimiento del concepto de competencia que desarrolló Adam Smith. Smith habría entendido la competencia como un proceso de responder a una nueva fuerza y un método de alcanzar un equilibrio. De acuerdo con el texto de Stigler, Smith encontró que los rivales participando en un mercado eran más propensos a buscar más

beneficios modificando sus ofertas, ya sea restringiendo su oferta o sobre ofertando, entre más numerosos estos fueran.

Jones y Sufrin (2016), en su texto *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials* dedican el primer capítulo, *Introduction to Competition Law*, a explicar los beneficios que la competencia trae a los consumidores, puesto que dicha premisa es la razón de ser de tal rama del Derecho. Para los autores un mercado en competencia perfecta es aquel en el cual hay una multiplicidad de compradores y vendedores, hay homogeneidad en los productos, los participantes en el mercado tienen toda la información necesaria y no hay barreras de entrada o salida. Estas premisas dan lugar a un estado de las cosas en el que los vendedores resultan insignificantes en relación con la totalidad del mercado y por ello, no tienen mayor influencia en el precio de los productos ofrecidos. En este estado los consumidores tienen la posibilidad de acudir a varios vendedores y escoger aquel que esté dispuesto a ofrecer el menor precio. En el mismo texto se explica que el precio máximo que un consumidor está dispuesto a pagar por un bien es conocido como el precio de reserva y cuando un consumidor adquiere un bien por un valor menor al de este precio se le conoce como superávit o excedente del consumidor. Krugman y Wells (2013) definen el mismo concepto como: “Es la ganancia neta de un comprador individual obtenido por la compra de un bien. Es igual a la diferencia entre la disposición a pagar del consumidor y el precio pagado” (p.98).

Dicho beneficio es al que las entidades estatales suelen renunciar al acudir a la contratación directa por la causal de contrato interadministrativo, puesto que en este escenario se renuncia a un proceso donde pueden concurrir múltiples vendedores; se crea un ambiente de gestación idóneo para que las firmas vendedoras, que, en este caso, vale la pena

mencionar, también son entidades del Estado, puedan cobrar precios por encima de lo que podrían en un mercado en competencia. Vale decir, el Estado se limita de develar del mercado la mejor propuesta a la que podría acceder, por no propiciar que se desarrolle un proceso competitivo, sin justificar la causa en nada diferente a la posibilidad de suscribir el contrato de manera directa, en la mayoría de las veces.

Ahora bien, es necesario que no existan restricciones en materia de participación en el comercio para que se fomente un nivel saludable de competencia. Esta premisa es clave para el posterior análisis, puesto que puede observarse que es esto precisamente lo que hace la normativa de contratación estatal actual, instaurar una barrera de entrada.

Las barreras de entrada son un presupuesto para la existencia de los monopolios y oligopolios (Krugman & Wells, 2013. pp. 199-201). En este texto, entiendo barreras de entrada en el espíritu de la definición que McAfee, Mialon y Williams (2003) le acreditan a Fisher (1979), una barrera de entrada es aquello que previene la entrada de nuevos competidores cuando dicha entrada es beneficiosa socialmente. Difícilmente puede decirse que hay monopolios para todos los bienes y servicios que las entidades estatales buscan adquirir a través de contratos interadministrativos. Sin embargo, en la práctica, podemos identificar que la *Ley 1150 de 2007* ha generado lo que puede catalogarse como una barrera legal de acceso al mercado (Demsetz, 1982), similar, a lo que ocurre con los cupos de los taxis, pero en sentido inverso. Estas hacen parte de los cuatro tipos de barreras de entrada comúnmente identificados en la microeconomía. Ejemplos de estas barreras pueden ser las patentes, o aquellas restricciones que el Estado crea sobre la prestación de algunos servicios públicos cuando le otorga la concesión de un servicio, como el agua, a una sola firma, puesto

que sería extremadamente complejo para una ciudad soportar la infraestructura de varias compañías de agua compitiendo por llegar a los hogares de los consumidores.

Si bien es cierto que la *Ley 1150 de 2007* no obliga a las entidades del Estado a acudir a la contratación interadministrativa para satisfacer sus necesidades, ni mucho menos prohíbe contratar con privados, en la práctica, genera incentivos para que las entidades, o más bien, los ordenadores del gasto, prefieran acudir a la modalidad de contratación directa sobre las otras donde la competencia es un factor característico de las mismas, y debe recordarse, que una de las causales para acudir a la contratación directa es la contratación interadministrativa.

Esto ocurre porque los procesos de licitación o de selección abreviada suelen tomar más tiempo para llevarse a cabo y ser mucho más complejos que un proceso de contratación directa. El resultado es que los ordenadores del gasto prefieren acudir a los contratos interadministrativos, y de esta forma, excluyen posibles oferentes de hacer parte del proceso contractual, renunciando así, a los beneficios que trae para un consumidor que existan varios vendedores dispuestos a ofrecerle el mismo bien. Uno de los presupuestos para la existencia de la competencia perfecta es que ninguno de los productores tenga una gran cuota de mercado, si bien hay que reconocer que existen numerosos cuestionamientos sobre la realidad de esta existencia, lo cierto es que a través de la ley se ha reducido artificialmente el número de participantes en los procesos contractuales de manera que se ha afectado la distribución de la cuota de mercado favoreciendo ciertas empresas o entidades estatales.

Consideremos la situación de un ordenador del gasto que tiene a su cargo la tarea de contratar el servicio de internet para una entidad. Una vez realizados los estudios, se ha determinado que por cuantía el proceso debería corresponder a una selección abreviada y que

hay cuatro posibles proveedores. Sin embargo, al realizar el estudio se ha advertido que uno de los proveedores es una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, lo que significa, que se encuentra en la posibilidad de acudir a la contratación directa-contrato interadministrativo. Si acude a la selección abreviada es posible que el proceso produzca un precio muy favorable para la entidad por tratarse de un servicio de características técnicas uniformes, respecto de cual podría accederse mediante una puja a la baja por el precio, pero también implica meses de trabajo, posibles denuncias ante los entes de control por empresas insatisfechas, exposición del proceso en los medios de comunicación y amplia utilización de la plataforma SECOP II.

Por el contrario, un proceso para un contrato interadministrativo es, en comparación, más rápido, sujeto a menos escrutinio y usualmente cuenta con estudios previos menos completos y complejos. Este tipo de escenarios han sido analizados bajo la Teoría de Juegos y han sido particularmente utilizados para explicar las condiciones que incentivan la corrupción en las burocracias. Si bien un análisis de Teoría de Juegos sería muy extenso y complejo para desarrollar en este texto, es importante comprender los incentivos, en el contexto de los contratos interadministrativos, que influyen en la toma de decisiones por parte de las personas competentes para ello; sin pretender hacer un juicio de la moral de los burócratas del país.

Shugart y McChesney (2010), en *Public choice theory and antitrust policy*, recuentan como Richard Posner, en su esfuerzo por comprender las actuaciones del la Federal Trade Commission –órgano encargado de vigilar la competencia en los Estados Unidos–, halló, mediante métodos de análisis económico, que la decisión de a quien investigar se encontraba

frecuentemente mejor determinada y explicada por presión del Congreso de los E.E.U.U que por una maximización del bienestar general. Si bien este texto no pretende profundizar en materia de análisis económico, el ejemplo pretende ilustrar que los burócratas de todos los niveles están sujetos al tipo de presiones que pueden llevar a decisiones que no maximizan el bienestar general.

Por este motivo, permitir la discrecionalidad de los ordenadores del gasto en la modalidad de selección, puede llevar a mayores costos en la contratación estatal. Como consideración final, valdría la pena plantear la siguiente reflexión: en el mismo sentido en que Shugart y McChesney describen que hay grupos de interés que ejercen presión sobre los legisladores en materia de regulación antimonopolios para proteger sus intereses económicos, valdría la pena considerar la posibilidad de que una situación similar ocurra en relación con los contratos interadministrativos, puesto que estos tienen potencial para ser utilizados en formas que tienen connotaciones políticas.

Retomando el tema de incentivos, es pertinente referirse a la teoría de los incentivos en la relación Principal-Agente. Sappington (1991) dice que, cuando las personas necesitan que se haga una tarea complicada, estas buscan un agente con habilidades especializadas para realizar dicha tarea. El problema, entonces, es como hacer que dicho agente tenga los incentivos apropiados para realizar esta tarea con una dedicación tal y como si fuese el principal –contratante– mismo quien la está realizando. Existen una serie problemáticas en relación con los incentivos que se han identificado, alrededor de las cuales se busca alinear los intereses de los agentes y los principales: los riesgos que toman las partes, la supervisión

sobre las tareas encargadas, la forma en que se selecciona el agente, inclusive la cercanía entre el agente y el principal.

Como consideración final, aplicable a toda la contratación estatal, valdría la pena pensar si los ordenadores del gasto tienen los incentivos adecuados para tomar las decisiones que los ciudadanos, como principales que somos, esperamos que tomen. De momento, en el contexto de la contratación interadministrativa, tenemos funcionarios mal remunerados en comparación con el sector privado, expuestos a un sin número de riesgos, procesos complicados y ejecutando dinero ajeno— que vale la pena mencionar tienen mas incentivo de gastar que de ahorrar por las normas presupuestales existentes—, en fin, desempeñándose en un ambiente donde los incentivos apropiados no se encuentran establecidos de la forma necesaria para que tomen la decisión de acudir a la modalidad que garantiza la optimización de los recursos públicos. Como seres humanos racionales que son, evidentemente, preferirán tomar la opción menos complicada y riesgosa, puesto que no reciben ningún beneficio adicional por ahorrarle al principal dinero.

Para concluir este capítulo, el autor considera pertinente manifestar que, además de reformar la contratación interadministrativa para eliminar la discrecionalidad en materia de ejecución de los recursos públicos, es menester que en Colombia se considere también una forma de alinear los incentivos de los agentes, los ordenadores del gasto, con los principales. De lo contrario, eventualmente, habrá cada vez menos gestores públicos dispuestos a ejecutar las tareas que la Nación, como principal, necesita que se ejecuten. Es innegable que para desempeñar el papel de servidor público se requiere vocación, pero esta por sí misma no

compensa las condiciones actuales de la labor, las cuales ameritan un estudio independiente de la materia.

Capítulo 3: Análisis de caso

La Agencia Logística de las Fuerzas Militares

La Agencia Logística de las Fuerzas Militares, o la ALFM/AGLO como también se le conoce, de acuerdo con la reseña histórica de su página Web, nace de los Fondos Rotatorios del Ejército, Armada Nacional y Fuerza Aérea. Estos fondos funcionaban como dependencias de cada una de las fuerzas y tenían como labor tareas logísticas, tales como la adquisición de repuestos. Estos fondos fueron fusionados y convertidos en el Comisariato Central de las Fuerzas Armadas. El Comisariato tenía un propósito similar a los fondos, esto es, coadyuvar en el aprovisionamiento de las Fuerzas Militares; y este hacía parte del Comando General, con personería jurídica y patrimonio propio.

Durante unos pocos años este se encargó de manejar temas como lavandería, panadería, transportes, fábricas de pastas de alimentos, fotografías, etc. Sin embargo, fue liquidado y retornó a los fondos rotatorios para cada una de las fuerzas. En 1971 el gobierno reorganizó estas entidades y les dio la categoría de entidades descentralizadas adscritas al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Así operaron hasta el 2005, donde nuevamente se fusionaron los tres fondos y nació la Agencia Logística de las Fuerzas Militares con el *Decreto 4746 de 2005*.

El artículo segundo del *Decreto 4746* anteriormente mencionado define la naturaleza de la AGLO, la cual es importante tener en cuenta para examinar las posibilidades en materia

de contratación que tiene a su disposición. La AGLO es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera patrimonio independiente. Los establecimientos públicos, como las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y aquellas de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, según el artículo 38 de la *Ley 489 de 1998* que establece la estructura del Estado, hacen parte de la rama ejecutiva del poder público. El artículo 39 establece que las entidades adscritas a un Ministerio que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio hacen parte del sector descentralizado de la administración pública.

La AGLO, según el *Decreto 4746*, tiene como objeto “Ejecutar las actividades de apoyo logístico y abastecimiento de bienes y servicios requeridos para atender as necesidades de las Fuerzas Militares.” (art. 6). Ahora bien, el artículo 7 contiene las funciones de la ALGO, entre las cuales quisiera resaltar las siguientes:

“3. Adquirir los bienes y servicios que requiera el Ministerio de Defensa Nacional, en especial el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana.”

“4. Realizar las obras de infraestructura requeridas por el Ministerio de Defensa Nacional, en especial el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana para el cumplimiento de su misión.”

“5. Negociar en el país o en el exterior bienes y servicios requeridos por el Ministerio de Defensa Nacional, en especial el Ejército Nacional la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana para el cumplimiento de su misión.”

“7. Contratar con personas naturales o jurídicas, consorcios o uniones temporales, nacionales o extranjeras, públicas, privadas o mixtas, entre otros bienes y servicios los siguientes: construcciones de infraestructura, mantenimiento preventivo y correctivo, suministros, compraventa, arrendamientos, servicios de conservación, mejoramiento y ampliación de instalaciones, fletes, transportes, seguros y los demás relacionados para el cumplimiento de su objeto.”

La AGLO parece tener como objetivo adquirir todo lo necesario para el funcionamiento del Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares. Sin embargo, el Ministerio de Defensa hace sus propias adquisiciones y las Fuerzas tienen direcciones logísticas y de adquisiciones capaces de efectuar los procesos de contratación requeridos, como de hecho, también lo hacen en algunos temas; y como puede ser evidenciado de la delegación que efectúa el ministro de defensa que posibilita a las fuerzas efectuar contrataciones. Si bien la AGLO tiene patrimonio propio, las fuerzas, en la práctica, efectúan pagos a esta, que, a su vez, contrata lo que las fuerzas necesitan. Lo que parece haber sido una entidad concebida para centralizar la contratación del Ministerio de Defensa y las Fuerzas Militares, se ha convertido en un intermediario de estas últimas.

Al ser parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva, la AGLO es, efectivamente, parte del Estado, y, por ende, cuando el Ministerio de Defensa y las Fuerzas Militares contraten con la AGLO, se encontrarán acogidas por la norma que permite la contratación directa por la causal de contratación interadministrativa. El problema radica, entonces, en que las Fuerzas Militares tienen, legalmente, la potestad discrecional de escoger entre un proceso competitivo o la contratación directa. Pero, como se mencionó

anteriormente, los ordenadores del gasto no tienen los incentivos necesarios para querer acudir a un proceso competitivo, puesto que esto implica riesgos, desgaste administrativo y otra serie de consideraciones. Es más simple asumir el costo extra de un intermediario y llevar a cabo un proceso de contratación directa con la AGLO, en esencia *outsourcing* partes poco placenteras de la gestión pública en lugar de optimizar el gasto público.

En la siguiente sección de este capítulo, mediante el uso de documentos públicos de los procesos de contratación efectuados para las raciones de campaña, el autor de este texto pretende mostrar el cambio en el gasto público que ocurre cuando el Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares, después de años de llevar a cabo la adquisición de las raciones mediante contratación directa, llevan a cabo un proceso competitivo que representa un ahorro significativo en el uso de los recursos.

Raciones de Campaña

Como consecuencia de los esfuerzos del expresidente Uribe Vélez en la lucha contra el narcotráfico, se incrementó el número de operaciones militares de manera considerable durante su periodo presidencial, y por ende, fue necesario incrementar la cantidad de raciones de campaña que se adquirirían; puesto que las raciones de campaña son, de acuerdo con la norma técnica que las rige, un conjunto de alimentos procesados semi perecederos que se le dan a miembros de las fuerzas para que suplan sus necesidades de alimentación para un periodo de 24 horas. Es decir, estas son una especie de bolsa compacta que contiene el equivalente a desayuno almuerzo y comida para ocasiones cuando las circunstancias no permiten acudir a la alimentación convencional.

Lo cierto es que hasta el año 2019 la adquisición de estos bienes se había realizado mediante contratos interadministrativos. Las Fuerzas Militares contrataban a la AGLO para suplir esta necesidad. A su vez, la AGLO adquiría la materia prima para estas a través de sus proveedores externos, ensamblaba las raciones, y luego las entregaba a la fuerza que las adquirió. Es por este motivo que es común encontrar en el SECOP II, hasta la fecha 2018, procesos como el 002-222-2018 de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares cuyo objeto es “ADQUIRIR PASTILLAS MULTIVITAMINICAS DESTINADAS AL ENSAMBLE DE RACIONES DE CAMPAÑA EN LA AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES” o el 002-215-2018 “ADQUIRIR MANI JAPONES DESTINADO AL ENSAMBLE DE RACIONES DE CAMPAÑA...” y demás similares para todos los elementos que la norma técnica respectiva establece que deben contener las raciones de campaña.

En ocasiones, el Ministerio de Defensa Nacional centralizaba la adquisición, puesto que como es lógico, todas las Fuerzas Militares y la Policía requieren este bien. No obstante, las fuerzas también adelantaban procesos por su propia cuenta, algunas veces en años donde también existieron procesos centralizados. El último de estos que fue adelantado por el Ministerio, como interadministrativo, fue el 23/2018-MDN-EJC-ARC. En este proceso se adquirieron raciones de campaña para el Ejército Nacional y la Armada Nacional por un valor de \$3.039.138.117 pesos. En esta ocasión, si bien el Ejército Nacional en su estudio de mercado logró identificar varios posibles oferentes, entre los cuales se encuentran proveedores de la AGLO, aparentemente solo habrían recibido cotización de la AGLO. Adjudicatarios de procesos de la AGLO en meses inmediatamente anteriores, como son La

Huerta del Oriente, quienes fueron proveedores de la agencia en materia de panadería y envueltos de mazorca para el ensamble de raciones en el mes inmediatamente anterior a la apertura del proceso centralizado, se habrían abstenido de presentar cotización en el proceso centralizado de aquel año.

Vale la pena resaltar, que este proveedor si decidió participar en el proceso de 2019 y también, que, en el punto 12 justificación de los factores de selección, solo se menciona que las obligaciones se enmarcan en una causal de contratación directa, específicamente, en contrato interadministrativo.

Por el lado del estudio desarrollado por la Armada Nacional, estos incluyen una relación de los precios históricos de las raciones de campaña desde el 2012, tabla que será incluida al final de esta sección para comparar con el precio del proceso de 2019. En la sección 3 “fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de contratación” es posible apreciar nuevamente que se hace alusión a que es procedente la contratación directa por tratarse de un contrato interadministrativo, sin ahondar en otro tipo de consideraciones. En materia de cotizaciones es importante resaltar que la Armada Nacional solicitó tres cotizaciones y nuevamente solo cotizó la AGLO. Al respecto, ofrecen la siguiente explicación:

“Con toda atención me permito informar que las empresas relacionadas anteriormente no han respondido a cotización mas acuerdo llamadas telefónicas solo cotizara la agencia logística de las Fuerzas Militares, vista las otras dos firmas manifiestan que no cotizaran porque es contrato Interadministrativo.” (p.9)

Lo anterior por supuesto, resulta inquietante. Es evidente que, de elegir contratar con empresas privadas, el contrato no podría ser interadministrativo; sin embargo, esto no debería ser un impedimento para que ellas participen, puesto que el contrato interadministrativo no presente ninguna ventaja per se. Más bien, la respuesta de las empresas sugiere que están al tanto de la preferencia por la Agencia Logística sin que sea tenida en cuenta una potencial optimización del gasto público a través de un proceso competitivo.

En el 2017 la FAC adelantó el proceso 068-00-A-COFAC-DIROP-2017. En la página 4 del estudio previo, antes de cualquier tipo de análisis o mención de criterios de selección, ya se está justificando que el contrato ha de ser un interadministrativo con la AGLO, además, bajo un entendimiento errado de que la AGLO es una empresa industrial y comercial del Estado con capacidad de producir bienes. En esta ocasión, la página 5 del estudio, en relación con la escogencia de la AGLO sobre otros posibles oferentes, asegura que “no existe empresa alguna que nos brinde calidad, precios y logística en los productos a contratar, afianzando así la confianza que se tiene entre las mismas entidades estatales para lograr mejores oportunidades en las condiciones de calidad y celeridad en la entrega de los mismos.”, una vez más haciendo explícita su preferencia por la contratación con entidades estatales. En este caso se habría solicitado cotizaciones únicamente a la AGLO y la Huerta del Oriente. Los resultados de estas se encuentran en la página 16 del estudio previo. A pesar de que La Huerta del Oriente ofreció las raciones por un precio inferior a la AGLO en tres mil pesos, el contrato finalmente es adjudicado a la AGLO.

Patrones similares de justificación son recurrentes en los estudios previos de estos procesos de contratación que tienen como propósito celebrar contratos interadministrativos.

En ocasiones, desde la misma elaboración del Plan Anual de Adquisiciones de la entidad, como es el caso de la Alcaldía de Medellín para la vigencia 2019, es posible identificar que se pretenden celebrar contratos interadministrativos. La evidencia fortalece la premisa de que, en efecto, hay una preferencia por la celebración de contratos interadministrativos—contratación directa sobre otros procesos desarrollados en competencia, puesto que, desde la misma concepción y planificación del gasto de la entidad para suplir sus necesidades, antes de verificar el estado del mercado y elaborar estudios al respecto, ya se tiene en mente que la modalidad deberá ser contratación directa-contrato interadministrativo.

Ahora bien, utilizaremos el caso del proceso del año 2019, el único reciente que se ha hecho mediante un proceso competitivo, para demostrar las bondades que este puede traer en materia de optimización del gasto. El día 12 de junio del 2019 el Ministerio de Defensa Nacional, centralizando la necesidad del Ejército Nacional, Armada Nacional y Policía Nacional, publicó aviso de convocatoria pública para el proceso No. 05-2019-MDN-EJC-ARC-PONAL, el cual se desarrollaría como subasta inversa. Este proceso tiene una lista de respuesta de cuatro proveedores en el SECOP II, algunos de los cuales, han sido proveedores de la AGLO en el pasado, como La Huerta del Oriente. De las cotizaciones disponibles y los precios históricos, el Ministerio habría proyectado un precio estimado unitario por ración de \$35.527 COP. Es decir, aproximadamente dos mil pesos por encima del valor unitario por ración acordado en el proceso centralizado del año 2018.

En el desarrollo de la subasta inversa, en la cual, según los registros del SECOP II, finalmente participaron tres oferentes, el proceso se adjudicó a una firma que ofreció un valor unitario de \$26.594 COP y se habría firmado el 14 de agosto del 2019. Esto representa un

ahorro de casi \$9.000 COP por ración con respecto a lo proyectado, lo que permitió que se adquirieran cantidades superiores a las inicialmente previstas para garantizar la alimentación de las tropas en desarrollo de operaciones por más tiempo. El valor unitario ofrecido, nominalmente, es inferior al precio de la AGLO para el año 2017, y si se tuviera en cuenta la inflación, es probable que el precio resulte incluso menor que años anteriores al 2017, puesto que el dinero pierde valor en el tiempo porque los precios tienden a subir.

Tabla de precios unitarios por ración

OBJETO	VALOR UNIT/IVA 2012	CANTIDAD	VALOR TOTAL
RACIONES DE CAMPAÑA 24 HORAS INCLUIDA LA ENTREGA EN LAS UNIDADES ACUERDO ESPECIFICACION TECNICA APROBADA POR LA SUBDIRECION DE NORMAS TECNICAS DEL MINISTERIO DE DEFENSA EL 14 DE MARZO DE 2013.	\$ 19.960.00	10.521	\$ 2.100.000.000.00
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 03/12 RO-MDN-EJC-ARC CON LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FFMM			

OBJETO	VALOR UNIT/IVA 2013	CANTIDAD	VALOR TOTAL
RACIONES DE CAMPAÑA 24 HORAS INCLUIDA LA ENTREGA EN LAS UNIDADES ACUERDO ESPECIFICACION TECNICA APROBADA POR LA SUBDIRECION DE NORMAS TECNICAS DEL MINISTERIO DE DEFENSA EL 14 DE MARZO DE 2013.	\$ 21.310.00	70.389	\$ 1.499.889.590.00
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 01/13 RO-MDN-EJC-ARC CON LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FFMM			

OBJETO	VALOR UNIT/IVA 2014	CANTIDAD	VALOR TOTAL
RACIONES DE CAMPAÑA 24 HORAS INCLUIDA LA ENTREGA EN LAS UNIDADES ACUERDO ESPECIFICACION TECNICA APROBADA POR LA SUBDIRECION DE NORMAS TECNICAS DEL MINISTERIO DE DEFENSA EL 14 DE MARZO DE 2013.	\$ 24.000.00	83.334	\$ 2.000.000.000.00
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 002/14 RO-MDN-EJC-ARC CON LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FFMM			

OBJETO	VALOR UNIT/IVA 2015	CANTIDAD	VALOR TOTAL
RACIONES DE CAMPAÑA 24 HORAS INCLUIDA LA ENTREGA EN LAS UNIDADES ACUERDO ESPECIFICACION TECNICA APROBADA POR LA SUBDIRECION DE NORMAS TECNICAS DEL MINISTERIO DE DEFENSA EL 14 DE MARZO DE 2013.	\$ 21.310.00	45.045	\$ 2.000.000.000,00
RACIONES DE CAMPAÑA 24 HORAS INCLUIDA LA ENTREGA EN LAS UNIDADES NTMD 065-A6	\$ 25.202.00	41.271	
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 002/15 RO-MDN -ARC-PONAL CON LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FFMM			

OBJETO	VALOR UNIT/IVA 2016	CANTIDAD	VALOR TOTAL
RACIONES DE CAMPAÑA 24 HORAS INCLUIDA LA ENTREGA EN LAS UNIDADES NTMD 065-A6	\$ 26.069,00	78.625	\$ 2.049.675.125,00
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 002/16 MDN -ARC-PONAL CON LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FFMM			

OBJETO	VALOR UNIT/IVA 2017	CANTIDAD	VALOR TOTAL
RACIONES DE CAMPAÑA 24 HORAS INCLUIDA LA ENTREGA EN LAS UNIDADES NTMD 065-A6	\$ 30.192,68	67.887	\$ 2.049.690.487,18
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 010/17 MDN -ARC-PONAL CON LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FFMM			

Fuente: Tomada del Estudio Previo de la Armada Nacional para el proceso 23/2018-MDN-EJC-ARC

DESCRIPCIÓN	UNIDAD EJECUTORA	CANTIDADES MINIMAS	VALOR UNITARIO INCLUIDO IVA	VALOR TOTAL INCLUIDO IVA	PLAZO DE ENTREGA
Ración de campaña 24 horas listas para el consumo	EJC	29.732	\$33.279,00	\$989.451.228,00	DE CONFORMIDAD CON EL ANEXO No. 3
	ARC	61.591		\$2.049.686.889,00	
	TOTAL	91.323		\$3.039.138.117,00	

Fuente: Evaluación Económica del proceso 23/2018-MDN-EJC-ARC

Descripción	Cantidad	Unidad	Precio unitario estimado	Precio unitario
Ración de campaña 24 horas Norma Técnica NTMD 065-A6	139.770,00	UN	35.527,00	26.594,32

Fuente: Contrato No. 09/2019-MDN-EJC-ARC-PONAL

Capítulo IV: Conclusiones Generales y Justificación del Producto Práctico

En primer lugar, los procesos competitivos producen mejores oportunidades para las entidades estatales que aquellos en los que no hay competencia, situación ilustrada perfectamente por lo ocurrido al realizar el cambio en la modalidad de selección del contratista en el caso de las raciones de campaña, representando un ahorro significativo para la entidad. Esto como consecuencia del incentivo que tienen las firmas de rebajar los precios cuando están en competencia, generando así un excedente para el consumidor, que, en este caso, estaba dispuesto a pagar \$35.000 pesos por ración, pero se ahorró \$9.000 tras adelantar el proceso competitivo.

En segundo lugar, los ordenadores del gasto no tienen los incentivos adecuados para decidir acudir a procesos competitivos por encima de los procesos de contratación directa, en especial los contratos interadministrativos, los cuales, por su misma naturaleza, resultan más simples y menos riesgosos. Lo anterior puede ser visto en la tabla histórica de precios unitarios de las raciones. Por al menos siete años el proceso se realizó mediante interadministrativos, sin justificación relacionada con factores de selección objetiva. Simplemente se consignaba en los estudios unos párrafos que, si bien extensos, resultan tautológicos, puesto que la única justificación para la modalidad de selección es que se pretende adelantar el proceso con una entidad estatal. No se evidencia análisis relacionado con los factores de selección objetiva, es decir, de requisitos técnicos previos establecidos a priori los cuales tienen como función servir de rasero para evaluar a todos los proponentes. De hecho, uno de los procesos tratados en el capítulo anterior nos muestra que incluso en situaciones donde existía evidencia de que había un proponente distinto a la Agencia

Logística, y que este estaba dispuesto a ofrecer un mejor precio, la entidad descartó esta posibilidad en favor de continuar con el contrato interadministrativo.

La optimización de los recursos públicos no es una prioridad para los ordenadores del gasto, puesto que, al verse amparados por la ley, estos preferirán el proceso más simple y menos riesgoso que maximiza su utilidad marginal, en vista de que el resultado de este no impacta necesaria ni directamente su remuneración ni continuidad en la entidad estatal de la cual están a cargo.

La contratación directa sigue siendo la modalidad de selección predominante en Colombia, incluso cuando las normas y los entes de control han intentado, infructuosamente, establecer todo tipo de sanciones y controles para corregir esta situación. Paradójicamente, el celo de los entes de control y los medios en relación con la contratación estatal podría ser uno de los factores que han llevado a que los ordenadores del gasto prefieran la contratación directa–contrato interadministrativo; la contratación pública en Colombia es de alto riesgo para los ordenadores del gasto y se ha tornado sumamente compleja dada la incidencia de múltiples actores. Si bien, este texto no pretende abogar por menos controles en materia de contratación estatal, si busca llamar la atención respecto de las decisiones y situaciones que enfrentan los servidores públicos que fungen como ordenadores del gasto, de manera que sea posible comprender cuales son las medidas necesarias para optimizar el uso de los recursos públicos.

En tercer lugar, y siguiendo el hilo del párrafo anterior, la normativa actual parece no estar en consonancia con el derecho constitucional a la libre competencia, y en la práctica, tampoco se respetan los principios de la *Ley 80 de 1993*, a saber, transparencia, libre

conurrencia y selección objetiva. Puesto que, como se ve ilustrado en el caso, los estudios previos parecen no contener consideraciones objetivas utilizadas para la selección del contratista, la motivación detrás de la selección poco guarda relación con ser la oferta más favorable para la entidad y claramente no se está permitiendo que todas las empresas con deseos e idoneidad para participar, así lo hagan.

Producto Práctico: Circular Colombia Compra Eficiente

Como solución a las problemáticas planteadas por este texto, resulta pertinente evaluar el rol de Colombia Compra Eficiente –CCE– en la contratación estatal. Mediante el Decreto Ley 4170 de 2011 fue creada la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, como Unidad Administrativa Especial descentralizada parte de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, adscrita al Departamento Nacional de Planeación. Su objetivo: ser el ente rector de la contratación pública. Desarrollar e impulsar políticas públicas con la meta de alcanzar mayores niveles de eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado (art. 2).

Una de las funciones de la entidad es la expedición de circulares externas en materia de compras y contratación pública. De acuerdo con la Circular Externa Única (2019) expedida por la CCE, las circulares externas proferidas por la entidad “Son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público general y son de obligatorio cumplimiento” (p.8). Patiño (2020), en su análisis sobre la naturaleza de CCE y los instrumentos de esta, considera que, si bien esta entidad puede considerarse disruptiva para el sistema de fuentes jurídicas piramidal imperante en Colombia, y la vinculatoriedad de algunos de sus instrumentos no es

universalmente reconocida, no existe duda en relación con las circulares externas que esta expide, puesto que el Consejo de Estado las ha reconocido como actos administrativos. En auto del 14 de agosto de 2017, tratándose de la expedición de circulares que hace CCE, el Consejo de Estado manifestó que estas se encuentran circunscritas dentro de la potestad reglamentaria competencia de esta entidad. Difiere Safar (2018) de Patiño al considerar que CCE se encuentra enmarcada dentro de la jerarquía normativa clásica, siendo una entidad técnica especializada, encargada de estudiar la materia del sector y generar instrumentos de materialización de lo dispuesto explícitamente en las normas. Su argumento radica en que con la expedición del *Decreto 1082 de 2015*, se reconoció su naturaleza y ubicación dentro de la estructura del Estado. Dado que sus poderes se derivan de la potestad reglamentaria del presidente, como autoridad administrativa suprema, le asiste a esta ejecutar la ley; y es así como deben entenderse los instrumentos de CCE. No como una intromisión en las competencias legislativas en cabeza del Congreso de la República, sino como la ejecución de estas. Otros autores concuerdan en la naturaleza vinculante de estos instrumentos y su carácter de acto administrativo. De Vivero (2013) afirma que “si la circular que emita la Agencia como manifestación de la voluntad tiene, en el marco de las normas que regulan la contratación estatal, la potencialidad de producir efectos jurídicos, se tendrá como un verdadero acto administrativo, revestido de presunción de legalidad y de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios” (p. 1198). Para Patiño (2020) es posible concluir que “los instrumentos de CCE no son un consejo o un dato carente de efectos jurídicos, son auténticas normas que se insertan en el sistema de fuentes de derecho, en cuanto imponen pautas que se “deben” seguir, acoger, desarrollar y observar.” (p.26).

Las tesis anteriores resultan particularmente relevantes para este caso, puesto que es claro que los principios constitucionales y aquellos contenidos en la *Ley 80 de 1993* son suficientemente claros como para comprender que las entidades estatales deben actuar respetando siempre el derecho a la competencia, teniendo en cuenta los factores de selección objetiva y escogiendo la oferta más favorable para ellas. Cuando el legislador creó las modalidades de selección objetiva como las conocemos en la actualidad, mediante la *Ley 1150 de 2007*, no podía desconocer los principios constitucionales de la función administrativa, por supuesto, dado que esta última es la norma superior; los artículos de Ley 1150 de 2007 que establecen los contratos interadministrativos como causal para acudir a la contratación directa, no pueden interpretarse de tal forma que vulneren principios superiores, sino que se debe entender que en estos procesos también se debe optimizar el uso de los recursos públicos, se escoja la mejor oferta, simplemente, se permite que se acuda a procesos simplificados si existe evidencia suficiente durante la etapa de estructuración que demuestre que la oferta más favorable para una entidad estatal viene de otra entidad estatal.

No se considera prudente eliminar la modalidad de contratación directa que tiene como causal los contratos interadministrativos, puesto que como se argumentó anteriormente, pueden acaecer situaciones donde se busca salvaguardar ciertos bienes jurídicos superiores.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, una posible solución a la problemática planteada es la que la agencia Colombia Compra Eficiente, en su calidad de ente rector de la contratación pública, expida una circular recordando la obligatoriedad de la aplicación de los principios de transparencia, selección objetiva y derecho a la libre

competencia en materia de la celebración de contratos interadministrativos como materialización del procedimiento de contratación directa. Simultáneamente, delineando como práctica a llevar a cabo elaborar un acápite en los estudios previos donde se deje constancia, de manera explícita, que, una vez realizados los estudios y cotizaciones pertinentes, es posible concluir que existe una entidad estatal cuya oferta resulta, bajo criterios técnicos y económicos objetivos, más favorable que la de otros competidores del sector privado. Anexo a este documento, se allega un borrador de circular que ilustra la propuesta aquí planteada.

De la contratación directa y la selección de la oferta más favorable en tiempos de Emergencia Sanitaria

Durante la etapa final del proceso de escritura de este texto, el mundo se vio azotado por la pandemia acaecida por el virus conocido como COVID-19. Este suceso presenta una oportunidad para examinar la utilidad de la contratación directa y provee razones para argumentar que la contratación directa, aún con todos los problemas anteriormente expuestos, puede ser una herramienta de suma importancia en el ejercicio de la función pública. Por esta razón, se busca aprovechar este espacio para añadir consideraciones al tema central que, en opinión del autor, son un complemento pertinente que permite al lector tener una comprensión más completa de los retos de la gestión pública. Adicionalmente, la situación invita a reflexionar respecto del alcance del concepto de “oferta más favorable” que contiene el Estatuto General de la Contratación Pública.

El 6 de mayo de 2020, mediante Decreto 637 de 2020, el presidente de la República de Colombia declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Anteriormente, el 12 de marzo del mismo año, se había declarado la emergencia sanitaria, en ambas ocasiones, por causa del coronavirus COVID-19. La declaratoria de estados de excepción conlleva una consecuencia muy importante en materia de contratación pública.

Teniendo como referente lo anterior, cobra relevancia revisar el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 “DE LA URGENCIA MANIFIESTA” que establece que existirá urgencia manifiesta cuando se presenten situaciones relacionadas con estados de excepción. Ante la imposibilidad de acudir a procedimientos de selección públicos, por la celeridad requerida para afrontar las situaciones, el legislador previó, en la ley 1150 de 2007, la urgencia manifiesta como causal de procedencia para la contratación directa. Es decir, el presidente, al declarar un estado de excepción, otorga a las entidades del Estado la posibilidad de acudir a la declaratoria de urgencia manifiesta y, a través de esta, adelantar procesos que normalmente deberían adelantarse por alguna de las modalidades con participación plural por la modalidad de contratación directa.

Lo anterior, por supuesto, viene acompañado de sus respectivos controles. Las declaratorias de estado de excepción son objeto de control material por parte de la Corte Constitucional y los decretos legislativos dictados en uso de las facultades excepcionales deben ser enviados a esta automáticamente, al día siguiente de su expedición, para decisión definitiva sobre su constitucionalidad (Cifuentes, 2002). Similarmente, para las declaratorias de urgencia manifiesta y los contratos celebrados al amparo de esta, el artículo 43 de la Ley 80 de 1993 prevé control por parte del organismo que ejerza control fiscal en la respectiva entidad, en el caso colombiano, la Contraloría General de la República es la encargada de ejercer dicho control fiscal.

Tan excepcional como la situación, han sido las medidas tomadas por presidencia de la república en materia de contratación estatal. Mediante la firma presidencial del Decreto Legislativo 440 del 20 de marzo de 2020 y el Decreto 537 del 12 de abril de 2020, expedidos en el marco del Estado de Emergencia pero atados en uno y otro caso a condiciones distintas, se adoptaron medidas relacionadas con la urgencia manifiesta en materia de contratación estatal, entre otras decisiones.

Al respecto, según Boletín 72 del 4 de junio de 2020, la Corte Constitucional declaró ajustado a la constitución el Decreto 440 del 20 de marzo de 2020. La ponencia estuvo a cargo del magistrado Alejandro Linares Cantillo y esta fue votada 9-0. Similarmente, según Boletín 87 del 17 de junio de 2020, la Corte también habría encontrado el Decreto 537 ajustado a la constitución; la ponencia también estuvo a cargo del magistrado Linares. En ambos casos la Sala Plena consideró que “el ordenamiento ordinario no cumplía las exigencias de atención inmediata y carácter urgente que precisa la pandemia” (Corte Constitucional, 2020). De una lectura de los boletines parece ser, que el ámbito de restricción temporal de las medidas, es decir, que la vigencia de estas fuera por poco tiempo fue un factor decisorio.

Algunas de las medidas adoptadas en los mencionados decretos emitidos con ocasión de la actividad contractual del Estado, son:

5. Canalización de compras. Las Gobernaciones y Alcaldías podrán adquirir con prioridad sus bienes y servicios a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

6. Contratación Directa para la adquisición de bienes y servicios relacionados con la pandemia. Habrá construcción directa de los Acuerdos Marco de Precios de Colombia

Compra Eficiente, para la adquisición de bienes y servicios relacionados directamente con la pandemia.

8. Contratación por urgencia manifiesta. Todos los bienes que se necesiten para mitigar directamente la pandemia se podrán contratar sin proceso licitatorio alguno, a través de la declaratoria de urgencia manifiesta de cada entidad contratante.

9. Adición de contratos superior al 50%. Los contratos para la adquisición de bienes y servicios que se relacionen directamente con la pandemia, se podrán adicionar en cuantías superior al 50%.

Si bien algunas de las medidas resultan absolutamente redundantes, por ejemplo, la autorización de la contratación directa para bienes relacionados con la pandemia mediante la declaratoria de urgencia manifiesta, debido a que, como se mencionó anteriormente, la Ley 80 de 1993 en conjunto con la Ley 1150 de 2007 ya permitían esto; es posible apreciar que se valora la contratación directa como un instrumento necesario para afrontar la pandemia.

Ahora bien, se debe cuestionar la practicidad de otras de las medidas, debido a la confusión que estas han generado dentro de las entidades estatales. La ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015 han consagrado la obligatoriedad de los acuerdos marcos de precios para las Entidades Estatales del orden nacional pertenecientes a la Rama Ejecutiva para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes. Como es posible apreciar, una de las medidas tomadas por el gobierno es la construcción de acuerdos marco de precios para la adquisición de bienes relacionados con el COVID-19. Podría decirse entonces que la facultad otorgada a las entidades para acudir a la contratación directa resulta

inocua al momento de adquirir los bienes relacionados con la pandemia que puedan encontrarse cubiertos por el acuerdo marco de precios de Colombia Compra Eficiente.

En relación con dicho acuerdo vale la pena mencionar que, si se revisa la página de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, podría llegarse a la conclusión que no existe. Si se observan los ítems disponibles en la Tienda Virtual es posible apreciar que la gran mayoría de estos son denominados acuerdo marco de precios (AMP).



Tiquetes aéreos II
 Acuerdo Marco de suministro de Tiquetes Aéreos
 Número de proceso: CCENEG-008-1-2018
 Vigencia: De Marzo 20, 2019 hasta Marzo 20, 2021

El objeto del Acuerdo Marco es establecer: (i) las condiciones para la adquisición del suministro de Tiquetes Aéreos al amparo del Acuerdo Marco; (ii) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco y adquieren el suministro de Tiquetes Aéreos; y (iii) las condiciones para el pago del suministro de Tiquetes Aéreos por parte de las Entidades Compradoras.

- Documentos del Proceso CCENEG-008-1-2018
- Descargue aquí el formato para reportar posibles incumplimientos

Al comprar a través de la Tienda Virtual de Estado Colombiano (TVEC) y del Acuerdo Marco de precios (AMP), las entidades estatales pueden:

Fuente: <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/salud/instrumento-de-agregacion-de-demanda-emergencia-covid-19>

Sin embargo, existen unos cuantos ítems, entre estos el relacionado con bienes para la pandemia, denominados instrumento de agregación de demanda (IAD).



Instrumento de Agregación de Demanda Emergencia COVID-19
IAD Emergencia COVID-19
Número de proceso: IAD Emergencia COVID-19

El objeto del Instrumento de Agregación de Demanda es establecer: (i) las condiciones para la adquisición de Artículos de atención a la pandemia COVID-19 al amparo del Instrumento de Agregación de Demanda; (ii) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Instrumento de Agregación de Demanda; (iii) las condiciones para la venta de estos artículos por parte de los Proveedores vinculados; (iv) las condiciones para la adquisición de artículos de atención a la pandemia COVID-19 por parte de la Entidad Compradora; y (v) las condiciones para el pago de los artículos de atención a la pandemia COVID-19 por parte de las Entidades Compradoras.

- **Documentos del proceso** (<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.1183737>) *Comunicado proponentes y proveedores*

Al comprar a través de la Tienda Virtual de Estado Colombiano (TVEC) y del Instrumento de Agregación de Demanda (IAD), las entidades estatales pueden:

- *Adquirir a través de cualquier tipología (compraventa, suministro, arrendamiento, prestación de servicios, etc) los bienes y servicios que se requieran para atender la emergencia causada por el COVID-19 a nivel*

Fuente: <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/salud/instrumento-de-agregacion-de-demanda-emergencia-covid-19>

covid-19

¿Son los instrumentos de agregación de demanda lo mismo que los acuerdos marco de precios y, en consecuencia, igual de obligatorios, o existe una razón por la cual Colombia Compra Eficiente ha decidido darles una denominación diferente? Esta situación, por supuesto, genera confusión entre los servidores públicos; aunado a que, debido a la actualización casi diaria del catálogo del IAD, y de la fluctuación de precios y stock de los proveedores seleccionados por Colombia Compra Eficiente, se complican los procesos de contratación que, por la situación, están llamados a ser adelantados con suma celeridad.

La pandemia presenta una oportunidad para examinar también el concepto de la oferta más favorable. La idea detrás de los acuerdos marco de precios para bienes de características técnicas uniformes es adelantar procesos de contratación simplificados, estandarizados, a precios bajos, bajo el presupuesto de que la uniformidad de los bienes conlleva a no tener factores adicionales en la selección distintos al precio. Si bien es evidente que no todos los procesos de contratación guardan relación con los acuerdos marco de precios, lo cierto es que, tanto para las entidades como para los entes de control, el concepto de precio ha sido,

preponderantemente, el factor más importante al determinar la favorabilidad de una oferta, sino el único. Sin embargo, la pandemia nos presenta situaciones que llevan a cuestionar dicho presupuesto que, dicho sea de paso, ha sido desvirtuado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y que, desde un principio, desconoce un principio de la contratación pública inicialmente desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

El Consejo de Estado en Sentencia 23087 de 2012 entiende el ofrecimiento más favorable como “aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como el cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos (...) resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” (p.29)

La relevancia de los anteriores conceptos puede verse reflejada en ejemplos de dos situaciones a las que se puede ver enfrentado un servidor público en la pandemia. 1. Una entidad del Estado tiene la necesidad de adquirir mascarillas n95. Este bien se encuentra cubierto por un acuerdo marco, sin embargo, la entidad considera que sería mejor adquirir un modelo con válvula de refrigeración, más costoso que el negociado en el acuerdo marco, puesto que sus funcionarios realizan extensos desplazamientos a pie en tierra caliente. ¿Puede la entidad apartarse de la obligación de compra del acuerdo marco? 2. Un hospital público tiene la necesidad de adquirir ventiladores para tratar pacientes infectados por COVID-19. Recibe dos ofertas, una que entregaría equipos mejores y a menor precio, pero dentro de dos

meses; la otra promete equipos a mayor costo, pero el contratista dice poder realizar una entrega inmediata. ¿Qué debe hacer el hospital?

Los ejemplos permiten ver con mayor claridad que el precio no es el único factor de favorabilidad. De hecho, en ocasiones como la pandemia actual, los precios tienden a fluctuar por el efecto que la escasez de productos y el incremento en la demanda tiene en el mercado, por ello, el momento en que se adelantan los procesos de contratación debe ser tenido en cuenta al realizar estudios de mercado, y también, procesos de responsabilidad disciplinaria o fiscal. No son comparables los precios de bienes de consumo relacionados con la prevención del COVID-19, como son mascarillas, al inicio de la pandemia, que los precios cuatro meses después de acaecida esta. Tampoco la oportunidad de contar con ventiladores, cuando la crisis por su disponibilidad se presenta en medio de la curva ascendente de los contagios y la necesidad de atención hospitalaria.

Referencias

- Agencia Logística de las Fuerzas Militares. (2018, noviembre 24). Proceso 002-222-2018. ADQUIRIR PASTILLAS MULTIVITAMINICAS DESTINADAS AL ENSAMBLE DE RACIONES DE CAMPAÑA EN LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES. Recuperado de: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>
- Álvarez Patiño, L.A. (2020). La potestad normativa de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el sistema de fuentes de derecho en la contratación estatal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50 (132), pp. 50-79. doi: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v50n132.a03>
- Asamblea Nacional Constituyente, República de Colombia. (1991, julio 20). Constitución Política de Colombia (2.^a ed.). *Gaceta Constitucional n.º 116*. Recuperado de <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Botero Fernández, L. (2019, mayo 7). "Contratación pública, un punto álgido de la corrupción": Transparencia por Colombia. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/>
- Cifuentes Muñoz, Eduardo. (2002). Los estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 8(1), 117-146. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100009>
- Colombia Compra Eficiente (2015). RESULTADOS DEL SISTEMA DE INDICADORES. Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/indicadores/resultados-del-sistema-de-indicadores>

Colombia Compra Eficiente (2019, abril 16). Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente. Recuperado el 10 de mayo 2020 de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf

Colombia Compra Eficiente (s.f.) Síntesis: 1. Etapa precontractual: Principios de la contratación estatal. Recuperado el 17 de abril 2020 de: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contrataci%C3%B3n-estatal>

Congreso de Colombia, República de Colombia. (1993, octubre 28). Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública *Diario Oficial n.º 41 094*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de Colombia, República de Colombia. (2007, julio 16). Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. *Diario Oficial n.º 46 691*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de Colombia, República de Colombia. (2011, julio 12). Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. *Diario Oficial n.º 48 128*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Consejo de Estado, República de Colombia. (2012, julio 5). *Radicado 25000-23-26-000-1995-00881-01(23087)*. O.M. Valle De La Hoz (C.P). Recuperado de <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2012/CE%20SII%20E%2023087%20DE%202012//CE%20SIII%20E%2023087%20DE%202012%20ORIGINAL.doc>

Consejo de Estado, República de Colombia. (2017, agosto 14). *Radicado 11001-03-26-000-2017-00031-00 (58820)*. J.O. Santofimio (C.P).

Corporación Transparencia por Colombia. (2019). *Así se Mueve la Corrupción. Radiografía de los hechos de corrupción en Colombia. Monitor ciudadano de la corrupción. Tercer informe*. Bogotá: Corporación Transparencia por Colombia. Recuperado de http://www.monitorciudadano.co/docs/asi_se_mueve_la_corrupcion.pdf

Corte Constitucional, República de Colombia. (2002, julio 03). *Sentencia C-508/02*. A. Beltrán (M.P). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-508-02.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2009, octubre 7). *Sentencia C-713/09*. M.V. Calle (M.P). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2015, octubre 28). *Sentencia C-671/15*. A. Rojas (M.P). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-671-15.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2020, junio 4). *Es constitucional el Decreto Legislativo que adoptó medidas en materia de contratación estatal, en el marco del*

COVID_19.Boletín No. 72. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Es-constitucional-el-Decreto-Legislativo-que-adopt%C3%B3-medidas-en-materia-de-contrataci%C3%B3n-estatal,-en-el-marco-del-COVID_19-8913

Corte Constitucional, República de Colombia. (2020, junio 17). *Medidas en materia de contratación estatal, para contrarrestar los efectos negativos de la pandemia, se ajustan a la Constitución*. Boletín No. 87. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Medidas-en-materia-de-contrataci%C3%B3n-estatal,-para-contrarrestar-los-efectos-negativos-de-la-pandemia,-se-ajustan-a-la-Constituci%C3%B3n-8928>

Cruz, L. (2002). La Constitución Política de Colombia de 1991 y la Apertura Económica. Colombia en Colombia 1990-2000: Globalización y crisis. *Ensayos de Economía (Prueba)*, 12(20–21), 117–174.

De Vivero, F. (2013). Las funciones de consulta y expedición de circulares asignadas a la Agencia Nacional de Contratación en el marco de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En Cassagne, J (2013) *Tratado general de los contratos públicos* (p. 1198). Buenos Aires: La Ley.

Demsetz, H. (1982). Barriers to entry. *The American Economics Review* vol 72, 47-57. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/1808574>

Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia. (2020 marzo 20). Decreto Número 440 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de

contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19. Recuperado de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20440%20DEL%2020%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

Ery, F. (2017). An Economic View on Politics: Public Choice Theory Turkey at the Beginning of 21st Century: Past and Present Editors. ResearchGate, (junio 2015).

Federal Trade Commission. (2013, octubre 22). Cómo Ganan los Consumidores Cuando los Negocios Compiten. Recuperado abril 10, 2020, de <https://www.ftc.gov/es/cumplimiento/como-ganan-los-consumidores-cuando-los-negocios-compiten>

Fuerza Aérea Colombiana. (2017, agosto 24). Proceso068-00-A-COFAC-DIROP-2017. Adquisición de raciones de campaña 12 horas para el personal militar de la Fuerza Aérea Colombiana. Recuperado de: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

Jones, Alison & Sufrin, Brenda. (2016). EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials (Oxford University Press, 6a ed).

Krugman, P., Wells, R., & Graddy, K. (2013). Fundamentos de Economía (2ª ed. trad. A. Estruch). Reverté.

Nieves-López, J. G. (2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual. *Verba Luris*, 37, 13–24. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.0.1020>

Mcafee, R. P., Mialon, H. M., & Williams, M. A. (2003). Economic and Antitrust Barriers to Entry. *The American Economic Review*, 94 (enero 2004), 1–26. Recuperado de <https://www.mcafee.cc/Papers/PDF/Barriers2Entry.pdf>

Ministerio de Defensa Nacional. (2005, diciembre 30). Decreto 4746 de 2005. Por el cual se fusiona el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional y el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana en el Fondo Rotatorio del Ejército Nacional y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: http://historico.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/2005/diciembre/30/dec4746301205.pdf

Ministerio de Defensa Nacional. (2018, agosto 10). Proceso 23/2018-MDN-EJC-ARC. SUMINISTRO DE RACIONES DE CAMPAÑA DE 24 HORAS, LISTAS PARA EL CONSUMO, DE CONFORMIDAD CON LA NTMD 065-A6, CON DESTINO AL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y ARMADA NACIONAL – COMANDO DE INFANTERÍA DE MARINA. Recuperado de: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

Ministerio de Defensa Nacional. (2019, julio 5). Proceso 05-2019-MDN-EJC-ARC-PONAL. ADQUISICIÓN DE RACIONES DE CAMPAÑA DE 24 HORAS, LISTAS PARA EL CONSUMO, DE CONFORMIDAD CON LA NTMD 065-A6, CON DESTINO AL EJÉRCITO NACIONAL, ARMADA NACIONAL Y LA POLICÍA NACIONAL. Recuperado de:

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020, abril 12). Decreto Número 537 de 2020. Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Recuperado de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20537%20DEL%2012%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>

Mongui Merchán, N.C. (2012). INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA LIBERTAD ECONÓMICA LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. *Revista Iter Ad Veritatem 10*. Universidad Santo Tomás. Tunja.

Mosquera, F. M. (2017, abril 25). La constitución económica de 1991. Recuperado abril 13, 2020, de <https://www.ucc.edu.co/prensa/2016/Paginas/la-constitucion-economica-de-1991.aspx>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE. (2012). *Dirección de Gobernanza Pública. OCDE Recomendación Del Consejo Sobre Contratación Pública*, 15. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

Ospina Riaño, Andrés David. (2013). La libre competencia económica frente a intervención del Estado en la economía – La paradoja del MOR. *Revista Con-texto*, n°40, pp. 13-57.

Rico Bautista, P. M. (2017). El Principio De Transparencia Como Lucha Contra La Corrupción En La Contratación Estatal Colombiana [Trabajo de grado para optar al título de abogado]. Universidad Católica de Colombia.

Palacio Jaramillo, M.T. (2002). La contratación directa de las entidades estatales Justificación y necesidad de adoptar excepciones a los procesos de licitación o de concurso públicos. Principios que deben observarse en el desarrollo de dichas excepciones. La figura del *intuitu personae*. En Tomo I Capítulo 3: Procesos de selección. En *La Misión de Contratación: hacia una política para la eficiencia y transparencia en la contratación pública* (pp.255-280). Comisión de Contratación, Departamento Nacional de Planeación. Bogotá.

Palacio Jaramillo, M. T. (2012, junio). Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho Público N°14*. Universidad de los Andes – Facultad de Derecho. Bogotá.

Palacio Jaramillo, M.T. (2014, mayo). Selección de Contratistas. *Revista de Derecho Público N° 31*. Universidad de los Andes – Facultad de Derecho. Bogotá.

Perdomo Guerrero, C. (2014). Los convenios de la administración y los contratos estatales son conceptos diferentes. Observatorio Colombiano de Contratación Pública. Recuperado abril 12 de 2020, de <http://occp.co/los-convenios-de-la-administraci%C3%B3n-y-los-contratos-estatales-son-conceptos-diferentes>

Procuraduría General de la Nación, República de Colombia. (2011, junio 01). *Circular Conjunta No.014*. Contralor General de la República, Auditor General de la República, Procurador General de la Nación. Recuperado de

https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/21_PGN-Circular%20Conjunta%20014.pdf

RCN Radio. Jules, J. (2019, mayo 27). Entidades estatales “abusan” de la contratación pública en Colombia. Recuperado abril 10, 2020, de <https://www.rcnradio.com/recomendado-del-editor/entidades-estatales-abusan-de-la-contratacion-publica-en-colombia>

Safar Diaz, M. (2018). La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n°19, pp. 159-179.

Sappington, D E M. (1991). Incentives in Principal-Agent Relationships. *Journal of Economic Perspectives—Volume 5, Number 2*. pp. 45-66.

Shughart, W. F., & McChesney, F. S. (2010). Public choice theory and antitrust policy. *Public Choice*, 142(3), 385–406. <https://doi.org/10.1007/s11127-009-9552-6>

Stigler, G. (1957). Perfect Competition, Historically Contemplated. *THE JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY* vol. LXV No.1, 1-17. Recuperado abril 10, 2020, de <https://www.jstor.org/stable/1824830>



Circular Externa No. XX de 28 de mayo de 2020

Para: Partícipes del sistema de contratación pública

Asunto: Aplicación del principio de selección objetiva en los contratos interadministrativos

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– en su carácter de ente rector del sistema de compras y contratación pública, conforme a lo normado en el Decreto 4170 de 2011 y en concordancia con las funciones contenidas en los artículos 2° y 10°, expide esta circular externa para dar claridad sobre los siguientes temas:

1. De la modalidad de selección objetiva contratación directa

Los principios de Selección Objetiva, Libre Concurrencia, Transparencia y Economía permean toda la contratación estatal, la cual no es más que una de las herramientas que tiene el Estado colombiano para lograr sus objetivos.

En este orden, la contratación directa, modalidad de selección objetiva contemplada en la Ley 1150 de 2007, si bien constituye una excepción al proceso licitatorio que funge como regla general, no se encuentra exenta de respetar los principios legales y constitucionales y no puede ser considerada jamás la excepción a la selección objetiva.

Así lo ha entendido también el Consejo de Estado, en Sentencia del 14 de abril de 2005, el cual ha precisado que “En efecto, en la contratación ya sea de manera directa a través de licitación o concursos públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato”.

Las entidades estatales deben ser respetuosas de los principios constitucionales y, recordar, que el artículo 333 establece el derecho a la libre competencia económica. Limitado únicamente en favor de temas de interés social, medio ambiente y patrimonio cultural.

Este se ve traducido en la normativa de contratación estatal en el principio de libre concurrencia, el cual la Corte Constitucional en Sentencia C-713 de 2009 ha entendido que se materializa en la no discriminación para el acceso en la participación dentro de los procesos de selección, posibilitando la libre competencia y oposición de los interesados en la contratación.

2. Verificación de los factores técnicos objetivos de selección en los contratos interadministrativos

Siendo la contratación interadministrativa una de las causales para acudir a la contratación directa, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, es posible comprender que durante

el desarrollo de los procesos contractuales la administración también debe respetar y seguir los principios de Selección Objetiva, Libre Concurrencia, Transparencia y Economía.

Por este motivo los estudios previos de los contratos interadministrativos deberán siempre demostrar una ponderación tecnoeconómica que permita verificar que, en efecto, se ha seleccionado la oferta más favorable para la entidad, bajo criterios de selección objetiva y respetando siempre la libre concurrencia, sea mediante solicitudes de cotización u otros instrumentos. De esta forma, es necesario mostrar que existen motivos que justifiquen restringir el principio de libre concurrencia, por existir evidencia que indique que, dentro de los posibles participantes, quien está dispuesto a presentar la oferta más favorable es otra entidad del Estado y, por ende, es viable acudir a la contratación directa.

Se encuentran exceptuados de lo anterior aquellos contratos interadministrativos que deban ser celebrados por mandato legal.

Atentamente,

José Andrés O'Meara
Director General

Referencia Normativa

Constitución Política de Colombia

Ley 80 de 1993

Ley 1150 de 2007

Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2005. M.P. Germán Rodríguez

Corte Constitucional, Sentencia C-713/2009. M.V. Correa [M.P], p. 33

Villamizar. REF: 19001-23-31-000-2002-01577-01(AP)

