

# SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 83, ISSN: 2463-1914

DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN

## Trasplantes jurídicos en la era global: análisis de los efectos de la implementación de la gobernanza regulatoria en Colombia

Isabella Huertas Gómez



Universidad del  
**Rosario**

TRASPLANTES JURÍDICOS EN LA ERA GLOBAL:  
ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE  
LA GOBERNANZA REGULATORIA EN COLOMBIA

Trasplantes jurídicos en la era global: análisis de los efectos de la implementación de la gobernanza regulatoria en Colombia / Isabella Huertas Gómez. -- Bogotá: Universidad del Rosario, 2021.

48 páginas. -- (Documento de Investigación, Facultad de Jurisprudencia; 83)

Incluye referencias bibliográficas.

ISSNe: 2463-1914

1. Regulación económica -- Colombia. 2. Gobernabilidad -- Colombia. 3. Derecho económico -- Regulación. 4. Globalización -- Legislación. I. Huertas Gómez, Isabella. II. Universidad del Rosario. III. Título. IV. Serie.

343.07 SCDD 20

Catalogación en la fuente -- Universidad del Rosario. CRAI

---

DJGR

abril 22 de 2021

TRASPLANTES JURÍDICOS EN LA ERA GLOBAL:  
ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE  
LA GOBERNANZA REGULATORIA EN COLOMBIA

Isabella Huertas Gómez

DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN CRÍTICA  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Bogotá, D.C.  
2021

Isabella Huertas Gómez

Corrección de estilo

Gloria Hoyos

Diseño y diagramación

Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSNe: 2463-1914

Doi: [https://doi.org/10.12804/issne.2463-1914\\_10336.31379\\_fdj](https://doi.org/10.12804/issne.2463-1914_10336.31379_fdj)

Todos los derechos reservados

Primera edición: abril de 2021

*Made in Colombia*

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
1. EL ESTADO EN LA GLOBALIZACIÓN .....	12
2. LA ADOPCIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR EN LA GLOBALIZACIÓN .....	17
3. TRASPLANTES JURÍDICOS EN LA ERA GLOBAL .....	24
4. MANIFESTACIONES DEL ESTADO REGULADOR EN COLOMBIA, ANÁLISIS DE LAIMPLEMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS MARCO DE PRECIOS (AMP) .....	29
5. IMPLICACIONES DE LAS REFORMAS IMPLEMENTADAS.....	32
5.1. Análisis del caso – AMP para el suministro de papelería y útiles de oficina.....	33
5.2. Análisis del caso – AMP para el suministro de motocicletas / segmento motocicletasde calle .....	38
CONCLUSIONES .....	42
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	46



# TRASPLANTES JURÍDICOS EN LA ERA GLOBAL: ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA GOBERNANZA REGULATORIA EN COLOMBIA

Isabella Huertas Gómez\*

## Resumen

Durante los últimos años, la globalización, los nuevos sistemas de gobierno bajo los esquemas de gobernanza y la multiplicación de las redes internacionales de poder, han hecho que el papel del Estado tradicional se vea modificado, generando una mutación en las funciones y forma de ejercer el poder, que otrora lo caracterizaban. Una de las tendencias que ha tomado fuerza es la de la gobernanza regulatoria, promovida principalmente por organizaciones internacionales, como la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE), que apuestan a la modificación de los sistemas jurídicos nacionales en busca de la liberación de los mercados, el autocontrol de las industrias y la privatización de la prestación de los servicios de interés general. Para lograr estos objetivos, diferentes sujetos del escenario global han promovido insistentemente la utilización de los trasplantes jurídicos, buscando que los Estados de todo el mundo acojan políticas de gobierno, estandarizadas y aparentemente eficientes, que logren generar los ambientes necesarios para un mercado internacional fuerte y una forma de ejercicio del poder en que se apliquen teorías de gobernanza, como las propias de la Nueva Gestión Pública o la regulación. En este artículo se examinan teóricamente los conceptos planteados, argumentando que las implementaciones que ha hecho Colombia de las recomendaciones de la OCDE, bajo las lógicas de la gobernanza regulatoria, se pueden considerar trasplantes jurídicos fallidos, por no considerar elementos de la esencia social y de la cultura legal del Estado, al momento de realizar la incorporación normativa en el esquema nacional.

---

\* Abogada de la Universidad del Rosario. Estudiante de la maestría en derecho administrativo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogada en la firma Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.  
Correo-e: isabella.huertas@urosario.edu.co, isabellahuertasmgomez@gmail.com

En el último capítulo se analiza el caso de los Acuerdos Marco de Precios, manejados por Colombia Compra Eficiente, como una incorporación trasplantada de las recomendaciones de la OCDE, dejando planteadas las implicaciones particulares, que se han generado en la organización social actual del país.

**Palabras clave:** globalización, estado regulador, trasplantes jurídicos, acuerdos marco de precio, ocde, gobernanza, *soft law*.

## Abstract

In the last few years, globalization, new systems of government under governance schemes and the growth of international power networks have led to a change in the role of the traditional State, thus generating a mutation in the functions and form of performance the power that once characterized it. One of the trends that has taken force is the regulatory governance, promoted mainly by international organizations such as Organization for Economic Cooperation and Development, which are committed to the modification of national legal systems in search of market liberalization, self-control of industries and privatization of the provision of services of general public interest. To achieve these objectives, different actors of the global scenario have insistently promoted the use of legal transplants, seeking that states around the world hold government policies that are standardized and apparently efficient, which manage to generate the necessary environments for a strong international market and a form of governing power that applies governance theories such as those of the New Public Management or regulation. This article examines theoretically the concepts proposed, arguing that the implementations that Colombia has made of the OCDE recommendations under de logics of regulatory governance could be considered failed legal transplants, for not considering elements of social essence and of the legal culture of the State at the time of making the legislation incorporation into the national scheme. In the last chapter, i analyze the case of the Price Framework Agreements managed by Colombia Compra Eficiente, as a transplanted inclusion of the recommendations of the Organization for Economic Cooperation and Development, explaining the particular implications in the current social organization of the country.

**Keywords:** Globalization, regulatory state, legal transplants, price framework agreements, OCDE, governance, soft law.

## INTRODUCCIÓN

La globalización ha traído indiscutiblemente un cambio en las relaciones de poder que, tradicionalmente, se habían presentado entre los Estados soberanos del mundo. A su vez, ha generado que nuevos actores se sumen al espacio público global (Valencia-Tello, 2015, p. 68), haciendo que el concepto de soberanía tradicional se vea afectado y que las maneras de ejercer el poder, propias de los Estados clásicos, se vean relegadas. De los actores que han ingresado al mapa económico y político global, se destacan por su gran influencia dentro de las políticas internas de los estados, las organizaciones internacionales. Son estas organizaciones las que han logrado consolidar e imponer la cooperación interestatal, como materialización de la globalización política y económica.

Particularmente, la OCDE, la cual fue creada en 1960; nació con el objetivo de fortalecer el crecimiento sostenible de las economías de los Estados que firmaron el Acuerdo de creación el 16 de abril de 1948, todos estos pertenecientes al grupo de países del continente europeo, que aún sufría las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial. Está catalogada como una organización de cooperación, en la que los Estados no transfieren competencias propias de su carácter soberano, sino que unidos buscan un propósito común que favorezca a estos, como partes de la misma. Esta finalidad general tiene que ver con (i) apoyar el crecimiento económico sustentable; (ii) promover el empleo; (iii) mejorar los estándares de vida; (iv) mantener la estabilidad financiera; (v) colaborar con el desarrollo económico de otros países; y (vi) contribuir al crecimiento del comercio mundial. Cabe aclarar que, aunque el objetivo con que nació esta organización fue esencialmente económico, durante la segunda y tercera década de funcionamiento de la OCDE, esta finalidad se extendió al ámbito social, generando que la Organización incluyera en sus finalidades el aumento del bienestar económico y social de los pueblos, que debe ser la consecuencia directa y lógica de las políticas económicas que la Organización busca que los estados implementen (Sáez, 2010, p. 95). Así las cosas, podemos concluir que, en la actualidad, los principales aspectos que busca promover la Organización tienen directa relación con la coordinación de procesos de estandarización de principios de economía de mercado, el libre comercio de bienes y servicios, y una competencia fuerte y abierta a todos los actores implicados dentro de estos

procesos. Todo esto dentro de un marco de gobernanza regulatoria global fuerte y organizada (Gurría, 2011, p. 33).

En este artículo se concentra la atención en el análisis de los trasplantes jurídicos y su injerencia directa en lo que hoy entendemos por sistema jurídico. Se analizan los diferentes factores que han promovido la implementación de esquemas regulatorios alrededor del mundo y el papel que ha jugado la OCDE en la introducción de políticas propias de la gobernanza,<sup>1</sup> tanto en los Estados parte como en los Estados no parte, buscando concluir si la adopción de las recomendaciones de la OCDE, por los diferentes Estados, podría llegar a ubicarse dentro del concepto de los trasplantes jurídicos. Tal como se podrá ver al final del análisis, estos procesos sí pueden considerarse incluidos dentro de la categoría de trasplantes, tanto así que, para que estos sean exitosos, deben cumplir con los requisitos que la doctrina y la práctica han considerado como fundamentales, a la hora de implementar una norma foránea en un ordenamiento nacional particular.

Como estudio de caso, se toma la implementación de la modalidad de *Acuerdos Marco de Precio* (en adelante AMP), para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes en Colombia. El objetivo es examinar si esta corresponde o no a un trasplante jurídico, que a su vez responde a la recepción de las lógicas regulatorias impuestas por la OCDE, conducta propia del sistema globalizado actual. Posteriormente, se define cuáles son las implicaciones que ha traído al país, la adopción de estos modelos de gobernanza, para evidenciar qué tipo de consecuencias ha generado en la estructura social y económica vigente en Colombia. Se concluye examinando si son estas las innovaciones legales, que necesita un estado como Colombia,

---

1 La gobernanza en este artículo se entiende desde dos puntos de vista complementarios: *Primero*: la práctica promovida por las Organizaciones Internacionales, para transformar escenarios locales de acuerdo con las políticas económicas globales, y los postulados de la nueva gestión pública y el estado regulador. Es decir, un mecanismo utilizado por las Organizaciones Internacionales, que propenden por un ejercicio del poder, alejado del tradicional poder jerárquico, por medio del cual se definen los mecanismos de gobierno y estructura estatal. Como ejemplo se puede observar el objetivo principal del Comité de Gobernanza de la OCDE, el cual consiste en asistir a los países a construir y fortalecer la capacidad para diseñar, implementar y evaluar políticas públicas innovadoras y adaptativas centradas en los ciudadanos, las instituciones y los servicios, véase Vicher, 2014, p. 114. *Segundo*: como estructura de gobierno, lo cual involucra métodos e instrumentos para gobernar, acogidos por los estados para el cumplimiento de los objetivos del mismo. “Papel y capacidad del Estado o autoridad públicas de influir, facilitar o emprender la acción, que promueva propósitos públicos, donde el mercado y la sociedad civil por sí solos no puedan distinguirlos adecuadamente” (Vicher, 2014, p. 115). Véase, Montoya-Domínguez y Rojas-Robles, 2016, p. 307 y ss. y Vicher, 2014, p. 102.

para la operación de sus políticas estatales de contratación pública, considerando que las políticas de compras públicas tienen una injerencia directa en la redistribución de la riqueza y la lucha contra la desigualdad social. De esta manera, al final del documento se podrán encontrar las razones por las cuales se argumenta que estas implementaciones no son las adecuadas para la administración del estado colombiano actual.

De acuerdo con lo anterior, encontrarán a continuación, un capítulo introductorio en el que se expondrá el concepto de globalización, desde una postura transformacionista, principalmente expuesta por el autor Gunther Teubner; el papel del Estado en la era global; y la teoría del Estado regulador, promovida por diferentes sujetos internacionales, como la OCDE. Posteriormente, se analizará la teoría de los trasplantes jurídicos, para luego abordar el análisis de la implementación de los AMP, desde la óptica de la lógica regulatoria y los efectos prácticos que ha traído esta incorporación para Colombia, principalmente, por medio del análisis de dos de los procesos licitatorios a cargo de Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE) para la suscripción de este tipo de acuerdos. Finalmente, a modo de conclusión, se expondrán los resultados sobre la posibilidad de considerar el fenómeno analizado como un trasplante jurídico y las implicaciones que estos tienen en una sociedad como la colombiana, los cuales podrán ser evidenciados desde el análisis de contenido que se propone realizar.

## 1. EL ESTADO EN LA GLOBALIZACIÓN

Definir el concepto de globalización ha sido una tarea difícil, por lo que se puede caer en una cacofonía de significados, que no representan lo que en la realidad acontece (Fazio-Vengoa, 2018, p. 13). Los autores que se dedican al tema consideran que puede haber multiplicidad de entendimientos, que dependen del contexto y la especialidad en que se quiera entender el concepto. Tan variada puede ser la significación del fenómeno, que se han consolidado alrededor de este, tres principales corrientes teóricas, desde las cuales los diferentes autores exponen sus argumentos (Martell, 2007, p. 177). Estas corrientes se diferencian por el papel que se le asigna al Estado dentro del proceso globalizador.

La corriente hiperglobalista señala que la globalización causa el debilitamiento del Estado nación, llevándolo a su desaparición, ya que la fuerza de la estructura global influye drásticamente en la toma de decisiones y obliga al Estado a entregar su soberanía a actores transnacionales como las corporaciones. De otro lado, los escépticos señalan que, a pesar de la existencia de la globalización, los estados continúan siendo el centro de poder, ya que tienen la posibilidad de ser el ente regulador de la actividad económica internacional, desde su papel legitimador. Por último, los transformacionistas, reconocen que hay una mutación del papel del Estado, que redefine la soberanía. En esta teoría, los autores reconocen la existencia de múltiples fuentes de derecho y de un escenario jurídico plural, y afirman que, el actuar del Estado no se presenta como la forma de autoridad determinante en el nuevo escenario global.

Según Goig, “la globalización es un proceso de intensificación de las interconexiones entre los diferentes sectores del escenario mundial” (Goig-Martínez, 2016, p. 111). En lo que tiene que ver con esta investigación, es clave entender la globalización desde un punto de vista económico y, por supuesto, jurídico. De esta manera, de acuerdo con Fazio-Vengoa citando a Sassen, la globalización económica tiene el objetivo de liberalizar los intercambios, facilitar la movilidad y reducir regulaciones excesivas sobre el mercado, lo que implica la pérdida de funciones propias de los Estados y la posibilidad de que las organizaciones internacionales tengan mayor control sobre los flujos de mercado mundiales (2018, p. 64).

En lo que tiene que ver con la teoría del Estado, muchos autores, como Rodrik y Goig, han afirmado que la transformación del papel de esta institución es innegable, y que se fundamenta en la metamorfosis de la soberanía y la aparición de múltiples centros de producción normativa, así Goig afirma:

La globalización sitúa al Estado y a las constituciones estatales bajo presión, forzando a los Estados a cooperar en el seno de organizaciones internacionales, y mediante tratados bilaterales y multilaterales. Funciones gubernamentales han sido transferidas a niveles superiores, y a los agentes no estatales se les está encargando la realización de funciones estatales tradicionales. Instituciones financieras como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la UE, el G7, el G20, y otras entidades, como la OCDE o la OMC, se han arrogado prerrogativas políticas al imponer condiciones, restringiendo, de esta manera, las opciones democráticas de los Estados en materia de política económica y social.

El resultado de este variado fenómeno es que la gobernanza es ejercida más allá de los confines constitucionales de los Estados. Ante la política global actual, el Estado ha dejado de ser el actor principal, y la diferencia entre política interna y externa de los países se diluye cada vez más (2016, p. 113).

Teubner, por su parte, siguiendo el mismo esquema argumentativo, afirma que se viene actuando en un sentido lógico coordinado, en que los actores del derecho internacional, como organizaciones internacionales, Estados, multinacionales del sector privado y organizaciones civiles, reconocen la heterogeneidad de fuentes de derecho, haciendo que los centros de producción normativa en vigencia, no deban contar con una fuente de reconocimiento formal, generando de esta manera una descentralización de la soberanía y, evidentemente, un debilitamiento del principio democrático, en el que durante años se asentaron las bases del Estado moderno. Así las cosas, es claro que la globalización ha generado que la democracia se debilite y que, por ende, el estado social de derecho se quebrante para dar paso a las nuevas relaciones de poder.

Estos argumentos van en línea con la teoría de la globalización desde el punto de vista transformacionista, en el que, la globalización frente al papel del Estado puede ser entendida como una figura, por medio de la cual el Estado pierde su carácter único de autoridad y aparecen múltiples actores, que se encargan de crear normas aplicables al conjunto denominado sociedad mundial. Esto hace que atravesemos por una sociedad caracterizada por un pluralismo jurídico en furor, donde

los múltiples actores establecen conductas, que se encaminan al mejoramiento de la economía, la apertura de los mercados, el desarrollo sostenible y el progreso en la calidad de vida, que espontáneamente se convierte en un mecanismo de producción de derecho global. Este derecho se caracteriza por la carencia de un centro único de producción y, consecuentemente, se elimina la concepción de unidad normativa para dar paso a micro procesos de creación que descentralizan la soberanía característica del estado nación tradicional (Teubner et al., 2010, p. 37). Lo anterior no implica la desaparición del concepto de Estado sino una mutación de este, en el que se puede identificar la adopción de un papel esencial, de coordinación de los múltiples intereses de los creadores foráneos de normas, sumado a un papel regulador y garantista de los derechos propios de los estados contemporáneos y sus ciudadanos. Estos múltiples procesos productivos, que no responden a una lógica de legitimación política directa, generan que se produzca una multiplicación exponencial de los trasplantes y adopciones de legislación, de carácter extranjero, controlada por diferentes motivaciones propias de los estados receptores, las cuales serán analizadas más adelante (Martell, 2007, p. 185).

Se puede entonces ver que, el fenómeno del Estado en la era de la globalización ha sido un tema analizado ampliamente por autores alrededor del mundo, principalmente porque el tema es de relevancia mayor<sup>2</sup> y varía dependiendo del contexto social, desde donde se analice el concepto. La autora Valencia-Tello (2015), en su tesis sobre el tema, hace un análisis de las implicaciones que ha tenido el comentado fenómeno en los tres elementos característicos del Estado clásico y cómo el Estado ha tenido que mutar, para responder a las nuevas realidades que traen las tecnologías de la información y la interconexión global. De este análisis concluye que el Estado actualmente está a cargo de cuatro principales tareas: (i) ser el garante del orden y la seguridad, manteniendo la característica clásica de ser el titular del monopolio de la fuerza o la coerción física legítima y la imposición de impuestos (p. 211),

---

2 El aumento de la relevancia del fenómeno globalizador en los últimos años, tiene que ver con la generalización de la apuesta de los actores del derecho internacional por un mercado integrado y con reglas de juego estandarizadas, que han hecho que, los estados tradicionales del mundo se hayan visto inmersos en una serie de modificaciones de su estructura y reglamentación, para la adaptación a los nuevos parámetros internacionales. Las modificaciones globales tienen injerencia directa en el *statu quo* de los Estados tradicionales, esto ha generado que el estudio de este fenómeno sea relevante y amplio.

(ii) proteger la cohesión social y los derechos fundamentales de los ciudadanos (p. 224), (iii) ejercer como ente regulador de los aspectos que son de vital importancia y que se han considerado como de interés general, lo que es, organizar las agencias correspondientes para que regulen, monitoreen y controlen los respectivos sectores (p. 233), y (iv) ser parte del sistema global y local para actuar de manera estratégica en la adopción de políticas de estado, mejorando la comunicación con los actores estatales y supraestatales, llegando a un equilibrio institucional que traiga beneficios para el estado y sus ciudadanos (p. 242).

Simultáneamente, se han venido presentando fenómenos aledaños, que han llevado a que el Estado y las tendencias de implementación de políticas públicas de gestación global, sean lo que hoy podemos apreciar. Lo que hoy conocemos como sistema jurídico o, para ser más precisos, lo que podemos reconocer dentro del pluralismo jurídico, es lo que se ha venido gestando del devenir histórico y los intercambios culturales, sociales, políticos y jurídicos, que se han consolidado con el pasar del tiempo. El pluralismo jurídico acá es entendido como la autora Valencia lo establece en su texto sobre el tema:

El pluralismo jurídico del siglo XXI se manifiesta al evidenciar que, desde hace ya varios años, todos los sistemas jurídicos han debido implementar jurídicos –a voluntad u obligados por las circunstancias–, de diversas estrategias para solucionar conflictos multinivel, entre diversas jurisdicciones, en razón a la existencia de diversos cuerpos normativos que se sobreponen. Estas estrategias pueden ir desde la imposición de la primacía de las leyes territoriales sobre cualquier otro tipo de normas –buscando proteger los recursos y las propias identidades territoriales mediante el aislamiento–; hasta el intento por armonizar las normas, incrementando tratados internacionales y la proliferación de instituciones internacionales que permitan la creación de un derecho global, con base en valores compartidos (Valencia-Tello, 2020, p. 146).

Reforzado por la postura de la autora López, la cual establece:

El pluralismo jurídico es mucho más que un concepto que habla sobre el Derecho. Constituye un cambio estructural en los cimientos de la forma predominante en que se ha estudiado el Derecho y, por eso, necesariamente una forma diferente de concebirlo y de guiar los estudios sobre el mismo. Por todo ello, se afirma de él que es un paradigma jurídico. Un paradigma cuya pretensión es criticar, rivalizar y superar el paradigma jurídico moderno –que es el dominante y que ha tenido como núcleo al

iuspositivismo– y que concibe al Derecho de forma chata, con proposiciones y principios impotentes, para explicar cómo es, cómo funciona y por qué se comporta como lo hace, el amplio espectro socio jurídico contemporáneo. La propuesta iuspluralista, sin negar que la estatal sigue siendo la instancia social dominante productora de Derecho, reconoce que hay una multiplicidad de expresiones jurídicas con dinámicas propias (López-López, 2014, p. 58).

Así las cosas, la concepción de derecho en este sentido tiene un carácter dual, ya que puede observarse como estabilizador del cambio, esto es, como aquel que acoge de manera formal las variaciones del trasegar social, y como impulsor de cambios que se ven reflejados de manera posterior en la sociedad, es decir, un generador de condiciones para los ciudadanos (Prieto, 1997 citado por Carbonell et al., 2000).

## 2. LA ADOPCIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULATARIO EN LA GLOBALIZACIÓN

El crecimiento exponencial que han tenido las ideas neoliberales sobre reducción del Estado, liberalización de mercados y mecanismos de gobierno eficiente, entre otras, han generado que la globalización se haga cada vez más relevante para todos los actores del escenario global. De esta manera, ha comenzado a predominar la idea de que el Estado debe pasar de ser un Estado intervencionista, que tiene el deber de gobernar todos los aspectos de la vida social, especialmente lo que toca con la economía, para mutar a un estado regulador. A continuación, se expone el tránsito entre los dos modelos de Estado.

El fenómeno regulatorio que atravesamos actualmente, es el resultado de una serie de elementos que coincidieron en un periodo de tiempo similar. Este fenómeno es entendido por varios autores cómo:

La forma predominante de gobernanza (governance) del mercado, en la fase actual del capitalismo global, definida por la liberación de las economías, la privatización de las empresas públicas y la aparición de regímenes jurídicos transnacionales. Autores como Weber y Kahn ya habían destacado la importancia de la regulación, entendida ampliamente como la creación de normas, reglas y estándares para modular la conducta de individuos y firmas. Sin embargo, solo fue a principios de los noventa del siglo XX cuando el llamado surgimiento del Estado regulador puso en evidencia el rol cada vez más central de la regulación como mecanismo de intervención en la economía y en la sociedad (Alviar-García & Lamprea-Montealegre, 2016, p. 1).

Uno de los elementos que se sumó a la globalización, para generar la tendencia regulatoria actual, fue la crítica al Estado intervencionista que se presentó durante las décadas del 60 y 70 promovida, principalmente, por Ludwig Von Mises, Friedrich Von Hayek y Milton Friedman, y que consolidó la teoría económica y política neoliberal. Tal como lo describe Cabrera Jiménez:

El neoliberalismo sustentado en el tecnicismo económico de la Escuela de Chicago cuestiona el papel del estado de bienestar y los avances sociales, que se habían logrado en algunos países industrializados del centro geopolítico global, así como algunos avances en los países periféricos [...] promoviendo los bajos niveles de intervención

del Estado en el sector económico, la estandarización de medidas macroeconómicas para todos los países periféricos dependientes de empréstitos de organismos supranacionales, con lo que se evidencia una marcada tendencia intervencionista de organismos, tales como, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y las grandes potencias económicas, que influyen notablemente en lo relacionado con la inversión y las particulares políticas sociales de cada Estado, con lo cual se replantea el rol del gobierno local nacional y la intervención externa en asuntos internos de los países (Cabrera-Jiménez, 2014, p. 50).

Para autores de la corriente neoliberal, como los ya citados, el Estado intervencionista fue el prefacio ideal para postular su teoría sobre el papel adecuado del Estado frente a la economía. El fracaso de las teorías planteadas para hacerle frente a la crisis, generada por las guerras de inicio de siglo y la gran depresión del 29, fue la herramienta que utilizaron los autores, para plantear la necesidad de un gobierno que estableciera un mercado libre y competitivo, por medio de políticas regulatorias y de supervisión, que generasen un ambiente propicio para el desarrollo económico del mismo Estado. De esta manera, como lo establece Tenjo, se puede “consolidar una sociedad democrática sobre las bases de unas instituciones efectivas y una sólida economía de mercado” (Tenjo-Galarza, s. f., p. 5).

Por lo que se refiere al neoliberalismo, como forma de gobierno, se ha planteado una teoría dentro de la cual se pretende que las entidades funcionen de manera eficiente, acogiendo modelos de administración empresarial (Cárdenas-Gracia, 2015, p. 7) y que se proceda con un giro de estructura, que propicie un estado mínimo, que remplace los sistemas burocráticos tradicionales (Veggeland, 2016, p. 106). Lo anterior, buscando a su vez una manera de hacer frente a la necesidad de una herramienta, que garantice los derechos de los ciudadanos y las garantías fundamentales para el bienestar general, admitiendo así, la entrada de la regulación al escenario ideal de administración pública (Puello-Socarrás, 2013, p. 25). Esta función regulatoria, hace que el Estado deba, en términos de Stiglitz, implementar medidas para (i) incrementar la eficiencia, adecuando la estructura de mercado a la libre competencia, (ii) eliminar las limitaciones de presupuesto para inversión, que se presenta por el alto costo de la prestación de servicios a los ciudadanos directamente por el Estado, y (iii) mejorar la consecución de objetivos públicos (Stiglitz, 1999, p. 15).

Esta función de regulación, que fue expandiéndose a partir de la década del 80, fue en primera medida desarrollada directamente por los Estados. Sin embargo, ha venido mutando a una regulación producida por las redes de regulación transnacional y que acogen los estados por diferentes razones, que pueden relacionarse con el prestigio, legitimidad, ahorro de costos o necesidad de modificación de las normas nacionales para la atracción de inversión extranjera (Miller, 2003, p. 22). A causa de lo anterior, el modelo de gobernanza regulatoria se ha fortalecido y los estados han pasado a gobernar por medio de sistemas regulatorios generales que reúnen las decisiones de los actores del escenario transnacional gestado en los últimos años (Cabrera-Jiménez, 2014, p. 50).

Sumado a lo anterior, existen otros elementos clave para la consolidación del Estado regulador, como lo es el impulso de los diferentes Estados hacia una eficiencia en las administraciones públicas y la acogida de la corriente del *New Public Management* en Europa y posteriormente en los estados americanos, pero que no entraremos a analizar a fondo, por no ser el punto central de esta investigación. De esta manera, entendemos que es la regulación una de las tareas relevantes, que ha tomado el Estado dentro del devenir histórico, y que ha sido marcada por la globalización, por la ruptura con la idea del Estado intervencionista, la consolidación de algunos Estados como potencias económicas y las nuevas ideas de gobernanza global.

La regulación ha sido analizada desde múltiples puntos de vista y, tal como lo demuestran Koop y Lodge en uno de sus análisis sobre el tema, no hay una única manera en que se puede abordar el concepto (2017, p. 99). Estos autores establecen que la definición de regulación puede contemplar ámbitos de manifestación plurales, que dificulta la conceptualización precisa. Sin embargo, concluyen del análisis de las teorías, planteadas por teóricos variados, que la regulación consiste en la intervención intencional en las actividades de una población determinada, esta intervención puede ser de carácter estatal o particular según el campo de análisis. Más aún, siguiendo al autor Levi-Faur, este tipo de intervención debe estar caracterizada por la creación de normas, a cargo de agencias o instituciones propias del esquema regulatorio, que, mediante la expedición de estas, busca resaltar el papel preponderante de la privatización de actividades públicas y generar los mecanismos de toma de decisiones, por parte la red de actores de la actividad regulada, que hace que el sector económico particular se dinamice (Levi-Faur, 2010).

Para los fines de este artículo y después de hacer una revisión bibliográfica de lo que diferentes autores han establecido sobre el tema, el Estado regulador puede ser entendido como una de las manifestaciones de la gobernanza, en que el estado es:

En su forma más directa, el término “Estado regulador” “sugiere que los Estados modernos están poniendo más énfasis en el uso de la autoridad, las reglas y el establecimiento de normas, desplazando parcialmente el énfasis anterior en la propiedad pública, las subvenciones públicas y los servicios prestados directamente” (Hood et al., 1999, p. 3). Hay tres elementos especialmente útiles para caracterizar el Estado regulador (cf. Levi-Faur & Gilad, 2004). En primer lugar, las funciones burocráticas de regulación se están separando de la prestación de servicios. Con la retirada del Estado de la prestación directa de servicios (es decir, a través de la privatización de los servicios existentes y el fomento de la prestación privada de servicios de valor añadido), las funciones de regulación son cada vez más destacadas y constituyen las nuevas fronteras en las que el Estado se redefine [...] En segundo lugar, las funciones reguladoras del gobierno se están separando de las funciones de formulación de políticas y, por tanto, los reguladores se sitúan al margen de sus de sus amos políticos; la autonomía de los reguladores y las agencias reguladoras, ampliando así la esfera de la elaboración de políticas “apolíticas”. En tercer lugar, y como resultado de los dos primeros elementos, la regulación y la elaboración de normas surgen como una etapa distinta en el proceso de elaboración de políticas. En consecuencia, la regulación está surgiendo como una profesión y una identidad distinta de la administración. La afiliación profesional a redes globales de expertos se convierte en una fuente importante de innovaciones, visiones del mundo, responsabilidad y legitimidad (Levi-Faur, 2010, p. 18).

La teoría del estado regulador plantea la posibilidad de concebir el proceso regulatorio como una forma de ejecución de la gobernanza, entendida como forma de gobierno. La idea principal de este modelo de gobierno es que por medio de la promulgación de normas que establecen la supervisión del cumplimiento de normas sustanciales, se evalúe la operación de los prestadores de servicios autorizados por el mismo Estado para la ejecución directa de los encargos asignados. (Levi-Faur, 2010; Loughlin and-Scott, 1997; Majone 1994b citado por Scott, 2017, p. 287). Este modelo está marcado porque pone un mayor énfasis en el manejo de la capacidad privada y autorreguladora, por encima de la aspiración al mando y control directo por parte de las entidades públicas. De esta manera, el Estado incorpora a su organización agencias de regulación independientes, para que atiendan la actividad regulatoria,

las cuales tienen una estructura variada, dependiendo de las funciones de que se hayan dotado y el sector para el cual estén pensadas (Giraldo-Saavedra, 2012, p. 271). Sin embargo, el común denominador de estas agencias es la asignación de funciones de vigilancia y control de cada uno de los sectores regulados, lo que incluye, sin limitarse, la habilitación del prestador, el control de servicio prestado en cuanto a calidad y continuidad, la evaluación de la percepción de los usuarios, atención de quejas e investigaciones, en caso de que sea necesario (Giraldo-Saavedra, 2012, p. 273). Sumado a lo anterior, estas agencias tienen el deber de incorporar las políticas de regulación establecidas por la legislación de cada país, generando de esta manera procesos de simplificación de la estructura gubernamental tradicional (Falla, 2003, p. 170).

Ahora bien, al hablar del Estado regulador es casi seguro que el autor deba referirse a los conceptos que la OCDE ha utilizado, o a las políticas recomendadas por esta Organización en el marco de dicha teoría (Pavón-Mediano, 2020, p. 102; Latorre, 2014, p. 15). Esto, teniendo en cuenta que la regulación es una herramienta, mediante la cual los gobiernos buscan fomentar el crecimiento económico y el bienestar social, principal objetivo de la mencionada Organización desde la década de 1980 (Scott, 2017, p. 280)

Tal como lo argumenta Terracciano en su tesis de maestría:

Es de la regulación de la OCDE, de la que se deriva el esfuerzo más estructurado y continuo, para hacer de la calidad de la reglamentación una piedra angular de la buena gestión. Desde principios del decenio de 1990, la organización ha venido publicando estudios, análisis, directrices y recomendaciones para mejorar la forma en que se formulan y mantienen bajo control las políticas. Un aspecto que surge de esta revisión es que, la actividad regulatoria se ha ido entrelazando cada vez más con la legitimidad democrática y que la creación de los mejores mecanismos posibles para activar a los ciudadanos y a los interesados es un objetivo central para el futuro (2018, p. 9).

La OCDE se ha encargado, tal como lo argumenta la misma Organización en varios de sus textos, de promover la gobernanza regulatoria en los Estados parte y no parte, generando un ambiente de mercado y gobierno eficiente que nutra los esquemas de globalización en funcionamiento. En el año 2016, la Organización publicó un texto llamado *Principios del Gobierno Corporativo y el G20*, en donde estableció:

Teniendo en cuenta los costes y los beneficios de la regulación, los gobiernos tienen la importante responsabilidad de establecer un marco regulatorio eficaz, que proporcione la suficiente flexibilidad a los mercados para que funcionen de forma eficiente y respondan a las nuevas expectativas de los accionistas y otros actores interesados (2016a, p. 11).

De la misma manera, en su publicación del 2011 llamada *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, la OCDE definió:

El marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debería garantizar la igualdad de condiciones en los mercados en los que compiten las empresas del sector público y las empresas del sector privado, con el fin de evitar distorsiones de mercado. El marco debería basarse y ser plenamente compatible con los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo (2011, p. 13).

La Organización no se ha arrogado esta función de manera gratuita, sino por medio de su producción académica o cuasi normativa. Lo que puede entenderse como *Soft Law*, referido como:

Un tipo de norma suave, flexible, no muy rigurosa, que se caracteriza principalmente por carecer de fuerza obligatoria, en el estricto sentido jurídico, porque no se pretende que su observancia sea impuesta por los órganos del Estado, cuya aplicación dependerá del convencimiento de su valor intrínseco, cabe aclarar que este tipo de normas no generan obligaciones, por tanto, su no observancia no provoca reacciones en el orden jurídico internacional. Donald Brown “un documento *Soft Law* es no vinculante legalmente sobre las naciones que lo adoptan pero tales documentos son reconocidos de contener una serie de normas, que las naciones deben observar, aunque no estén obligados legalmente a ellos”, básicamente lo que se espera es que las naciones firmantes de documentos *Soft Law* lleven a cabo los esfuerzos necesarios para implementar el contenido de dichos documentos y que estos estén basados en el principio de la buena fe, ya que como lo hemos mencionado no constituye un régimen obligatorio, salvo que estas sean incluidas en el derecho interno, y de esta forma, adquieran obligatoriedad que deviene de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que es potestativo incluir las en su derecho interno (Pardo & Paz, 2011, p. 22).

Su trabajo ha sido reconocido por la mayoría de los Estados y los autores estudiosos del tema, que ponderan de buena manera la capacidad de la OCDE, para insertar políticas de gobernanza en los esquemas de gobierno locales. Así las cosas,

podemos resaltar el análisis que hace Galvis-Castro, quien en su texto estudia el funcionamiento y las tareas, que ha acogido la Organización, desde un punto de vista crítico. El autor resalta que la Organización se ha convertido en pionera de mecanismos de imposición de políticas globales, y se ha consolidado como una de las organizaciones a nivel internacional que: “mejor interpreta el sentido y las formas de la gobernanza global contemporánea, en tanto que, contribuye a articular una densa constelación de redes, actores e intereses (que definen conjuntamente modelos regulatorios) y asigna el prestigio de seguir las mejores prácticas de gobierno, aquellas implementadas por las ‘economías líderes’” (2021, p. 4). En el mismo sentido, el autor argumenta que, la OCDE estudia las mejores políticas para los gobiernos actuales, entre las que se resaltan, por excelencia, las lógicas regulatorias y las de la gestión pública corporativa, que claramente van de la mano y que pueden entenderse dentro del marco de la gobernanza como forma de gobierno (2021, p. 8).

Otra autora que comparte los argumentos de Galvis es Slaughter, quien, desde inicios de siglo, en su libro sobre el nuevo orden global, resaltó el papel trascendental de la OCDE, en el reconocimiento y difusión de las políticas de buen gobierno, economía de mercado y regulación. Adicionalmente, define como notable, la complementación que hace la Organización de los análisis académicos con propuestas de implementación, que los Estados muchas veces, ante la imposibilidad de crear su propio desarrollo normativo, acogen (Slaughter, 2004, p. 46).

Lo anterior es una clara evidencia de la posición que ha tomado la OCDE, frente a la promoción firme y constante de los presupuestos del Estado regulador y la actividad esencial que debe atender el Estado, como entidad a cargo del control y la moderación del espacio público y las actividades mercantiles necesarias para la vida en sociedad. Generando así el fomento del abandono del modelo de Estado intervencionista y el Estado bienestar que caracterizaron la institución estatal en épocas pasadas.

### 3. TRASPLANTES JURÍDICOS EN LA ERA GLOBAL

Gracias a la promoción de los postulados como los de gobernanza global, nueva gestión pública y modelo regulador, por organizaciones como la OCDE, la Unión Europea, países como Estados Unidos y los estados europeos, es que los homólogos de América Latina invierten cada vez más en procesos de integración de instituciones, que apoyan la calidad regulatoria de sus aparatos gubernamentales. Sin embargo, la acogida de esquemas externos, muchas veces foráneos en sistemas jurídicos y económicos nacionales, no es un fenómeno perfecto, tal como se analizará a continuación. La puesta en práctica, de manera inadecuada, de las recomendaciones de las diferentes organizaciones internacionales, puede llevar a fracasos tales o mayores para los estados, comparados con los efectos de las políticas dejadas atrás (Alviar-García & Lamprea-Montealegre, 2016, p. 11).

Una de las grandes teorías jurídicas que han sido desarrolladas y analizadas en los últimos tiempos, en el contexto de estas discusiones, es la referente a los trasplantes jurídicos. Esto se debe a que muchas de las medidas, que los diferentes Estados tratan de implementar, son trasplantes de políticas impulsadas por diversos organismos internacionales, que son asesorados por expertos en los temas propios de la regulación de políticas estatales, como se expuso anteriormente. Estos modelos regulatorios son aceptados casi automáticamente por la comunidad internacional y por las mismas organizaciones que realizan estos análisis económicos, y por esto son tan interesantes y atractivas para países que buscan la aceptación internacional. No puede definirse, a ciencia cierta, si las implementaciones que ha realizado Colombia en los últimos años, en lo que tiene que ver con políticas regulatorias, nacieron como parte de la intención de los gobiernos a cargo de pertenecer a la OCDE o como mecanismo independiente de avance económico. Sin embargo, Colombia realizó estas implementaciones como resultado de la puesta en práctica de una serie de trasplantes jurídicos de políticas globales.

La teoría de los trasplantes o préstamos jurídicos es una construcción doctrinaria, que ha sido definida como la posibilidad de que un ordenamiento particular opere por medio de normas, nociones jurídicas o soluciones jurisprudenciales foráneas. (Saavedra-Velazco, 2011, p. 209). Este modo de operar, que algunos estados acogen para uno o varios aspectos de su ordenamiento legal, ha sido analizado

por multiplicidad de autores; entre ellos podemos resaltar a Rodolfo Sacco y Alan Watson (1983, 2007), como grandes apostadores del desarrollo legal bajo este esquema, otros más escépticos como Legrand y Kahn-Freund, y otros que están en un punto conciliador como Morin y Gold (Reyes, 2014; Miller, 2003).

Para los autores de la primera corriente, que apuestan por el desarrollo jurídico y normativo por medio de la implementación de los trasplantes, el derecho es una creación autónoma e independiente, que no depende del contexto social y/o político del sitio de creación de la norma, es decir que, fundamentan su tesis en la desvinculación de derecho y sociedad. Watson, como pionero de esta corriente, argumenta que debido a fenómenos como el de los trasplantes, es, por ejemplo, que la esencia normativa del derecho romano se extendió a multiplicidad de ordenamientos jurídicos modernos. La demostración de esta hipótesis fue la motivación de Watson para escribir su tesis sobre los trasplantes jurídicos a inicios de los noventa. Este último resalta, a su vez, que los trasplantes son la principal forma de desarrollo y evolución de los sistemas jurídicos en el mundo, ya que la migración constante de normas hace que estos sistemas se nutran de múltiples fuentes y no exista una limitación espacio temporal. En palabras de Blanco-Contreras:

Para Watson, sin embargo, la ley está aislada y no depende del cambio social, político o económico. Este jurista cree que las instituciones pueden ser transportadas fácilmente de una sociedad a otra y, para demostrarlo, proporciona numerosos ejemplos de trasplantes históricos exitosos de normas e incluso de sistemas jurídicos enteros, como el trasplante del Derecho romano a numerosos países del continente europeo (2016, p. 175).

Ahora, para los autores de la corriente que niega rotunamente la tesis antes expuesta, que en algunos casos ha sido llamada culturalista, las normas no pueden ser entendidas fuera de un contexto social determinado, lo que limita su posibilidad de ser trasplantadas de manera automática. Ratifican, entonces, que las normas son un producto del escenario social, político y económico en que se gestan. Exponentes de esta corriente como Legrand, han llegado a argumentar que los trasplantes jurídicos son improcedentes. Este autor en su texto *Imposibilidad de los trasplantes legales* definió:

Una norma es necesariamente una forma cultural incorporada. Como acumulación de elementos culturales, se apoya en formaciones históricas e ideológicas [...] Así las

cosas, para cada creación normativa debe haber una explicación de por qué lo que se ha construido está en el modo que es, por qué no podría ser de otro modo en aspectos importantes, y cómo esta explicación difiere de otras experiencias de orden jurídico (Legrand, 1997, p. 116).

Ahora, en la postura intermedia, los exponentes definen que los trasplantes son una herramienta que puede operar de manera correcta o incorrecta, dependiendo del modo en que se realice la incorporación de la norma extranjera en otro ordenamiento determinado. Autores como Morin, argumentan que los trasplantes están condicionados a estructuras de poder, entorno social y contexto institucional, que impiden o facilitan el proceso de adopción y funcionamiento de la norma trasplantada. Define, además, que independiente de la causa por la cual se realice el trasplante, el resultado será similar, si no hay un contexto o una preparación consciente para la aplicación de la norma (Morin & Gold, 2014, p. 790).

Un tema en el que los autores concuerdan, es el que tiene que ver con las razones por las cuales operan este tipo de prácticas, de las cuales se pueden resaltar dos razones fundamentales, que tienen mucha relación entre ellas: (i) el prestigio del originador, que tiene relación con el liderazgo del estado o la entidad promotora en el campo del cual será adoptada la regulación de que se trate, y (ii) la política internacional, que está más relacionada con las tendencias generales mundiales vigentes en cada época (Saavedra-Velazco, 2011, p. 210).

Autores como Watson y Tusnet amplían estos dos criterios, argumentando que existen cuatro motivaciones fundamentales, en que los estados se escampan para incorporar legislaciones foráneas. En palabras de Miller las clasificaciones de los trasplantes según este criterio son: (i) el trasplante que ahorra costos, (ii) el trasplante determinado desde el exterior, (iii) el trasplante *Entrepreneur* y (iv) el trasplante que genera legitimidad. Estas categorías han sido ampliamente desarrolladas y, dentro de este desarrollo, los estudiosos del tema resaltan que, indistintamente del tipo de trasplante de que se trate, estos siempre tienen un punto débil, que hace que la implementación tenga carácter ocasional y no logre establecerse como parte de la cultura jurídica local (Miller, 2003, p. 52).

Más aún, el tema que atañe la importancia mayor para este análisis, tiene que ver con las consecuencias de la aplicación de los trasplantes legales, que ha sido considerada en algunas ocasiones como una técnica legislativa. De acuerdo con los

autores de la corriente *Culturalista*, imponer reglas extranjeras a una cultura doméstica ajena puede generar consecuencias adversas, inesperadas e indeseadas, ya que las normas son el producto de la historia y la cultura legal del Estado en que busca ser aplicadas (Reyes, 2014, p. 18).

Aunado a lo anterior, autores que defienden la utilidad de los trasplantes legales, como Sacco, igualmente encuentran inconvenientes en la puesta en práctica de la teoría. Pueden resaltarse factores problemáticos como: (i) el desconocimiento sobre el procedimiento de aplicación de la regla en su contexto inicial, (ii) la ausencia de un proceso de preparación para la recepción de la regla y (iii) la diferencia social, económica y cultural entre el país de origen y el receptor (Saavedra-Velazco, 2011, p. 209).

De la misma manera, Diego López Medina, en su texto *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, hace una disertación amplia de los trasplantes jurídicos, analizando lo que él denomina los “sitios de producción” y “sitios de recepción”, y los diferentes mecanismos de inclusión, transformación y adopción de las ideas concebidas por los teóricos propios de los “sitios de producción” y por aquellos ubicados en los “sitios de recepción”. Es esencial, en la teoría que plantea el autor, la referencia a la mala lectura que se hace de las teorías, que se pretenden implantar en los “sitios de recepción”, donde los encargados de la adopción dejan de lado la información extratextual, en la cual se ha concebido la idea, tales como, el ámbito social, económico, doctrinario y cultural del autor (2004, p. 16). Lo que produce el gran problema de las mutaciones en la teoría implantada, que comienza entonces a ser aplicada en estructuras institucionales y por actores sociales diferentes y que muchas veces no están preparados, ni tienen los conceptos previos necesarios para la implementación. Estos actores deben entonces fundamentar su nuevo actuar en ideas e imaginarios externos e inexplorados (2004, p. 22).

Así las cosas, hay una gran parte de la doctrina que establece que los trasplantes jurídicos son posibles, pero que las probabilidades de que estos tengan resultados benéficos para el sistema que los acoge, depende de una variopinta gama de factores, que hacen que la mayoría de los trasplantes no funcionen o generen consecuencias inesperadas en los sistemas de recepción, este análisis lo realiza de manera amplia el autor Van Hoecke (2014) en su texto sobre cultura y trasplantes legales. Esta es la idea que se quiere evidenciar del análisis de caso que proponemos a continuación.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, en la era del derecho globalizado, las múltiples regulaciones, que los estados acogen como propias, no necesariamente son el resultado de esfuerzos de otros Estados; muchas veces son las organizaciones internacionales de diferentes especialidades las que se encargan de configurarlas y promover la implementación. Un claro ejemplo de esto es la forma en que ha venido operando la OCDE. La Organización, con la ayuda de expertos en diferentes áreas y provenientes de todas las regiones, publica *recomendaciones* generales y particulares en temas que, a su juicio, los Estados deben implementar como *buenas prácticas* de gestión pública. No hay un consenso en la doctrina sobre la naturaleza u obligatoriedad de la producción regulatoria y normativa de la OCDE (Vega-García, 2014, p. 234; Sáez, 2010, p. 99). Sin embargo, los Estados parte, al momento de la adhesión a la Organización, adquieren el compromiso de incorporar dentro de sus sistemas internos, medidas que repliquen estas *recomendaciones*. Esta obligación de incorporación hace que haya entonces una obligación de realizar una serie de trasplantes legales, que oscilan entre las categorías de los determinados en el exterior y los que buscan adaptar el espacio interno para la llegada de inversión extranjera.

Las políticas y modelos regulatorios promovidos por la OCDE responden a una o varias lógicas teóricas globales, dentro de las cuales se enmarca la totalidad de la actuación de la misma y para las cuales muchos estados no están listos; es ahí donde nace el más grande interrogante, ¿están preparados todos los Estados para acoger, dentro de sus ordenamientos, políticas trasplantadas de organizaciones, que pocas veces conocen la realidad de estos, y que se enmarcan en lógicas de desarrollo, que muchas veces ni siquiera los Estados y los agentes del mismo comprenden?

#### 4. MANIFESTACIONES DEL ESTADO REGULADOR EN COLOMBIA, ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS MARCO DE PRECIOS (AMP)

La OCDE, como lo dejamos establecido anteriormente, es promotora indiscutible del modelo de gobernanza regulatoria. Uno de los mecanismos que resaltan dentro de este modelo, son aquellas recomendaciones que buscan que los estados implementen: (i) agencias nacionales que se encarguen de controlar algún sector especial de la sociedad, (ii) herramientas o instituciones que estandaricen procesos, de manera que la carga administrativa para las instituciones estatales sea menor e idealmente más eficiente. La recomendación generalizada de la OCDE, para que los Estados parte implementen en sus legislaciones los AMP, encuadra totalmente en la lógica de la gobernanza regulatoria que la OCDE promueve. En múltiples informes realizados por la OCDE para Colombia, esta Organización determinó que el sistema de compras públicas del país debe implementar nuevas formas de actuación, efectividad, transparencia y responsabilidad. Para estos efectos se pueden relacionar tres de los informes más relevantes realizados por la Organización, sobre el estado del sistema de compras públicas colombiano, en los que esta hace referencia a la necesidad de implementación de los AMP: (i) *Combatiendo la colusión en los procesos de contratación pública en Colombia 2014*, el cuál definió que “la Agencia Nacional de Contratación Pública debería coordinar la evaluación e identificación de consolidaciones adecuadas en los múltiples grupos colombianos de adquisición pública, incluyendo las que implican acuerdos marco, y finalmente” (OCDE, 2014, p. 114), (ii) *Making the difference in public services Delivery: The Review of the Colombian Public Procurement System – 2015* estableció principalmente en su capítulo 3 la Evaluación de Criterios para la Adjudicación de Contratos y definió que “La tarea de establecer los AMP para los productos y servicios de contratación común se asigna a CCE. El papel de las centrales de compras como CCE es muy importante para el éxito de la aplicación de los acuerdos marco” (OCDE, 2015, p. 66). Por último, (iii) *Towards Efficient Public Procurement in Colombia 2016*, planteó la necesidad de:

Aumentar el uso de vehículos contractuales flexibles que proporcionen eficiencia y mayores ahorros, como los acuerdos marco, los contratos plurianuales y los contratos con opciones. Esto debería incluir la evaluación y comunicación periódicas de los beneficios y resultados conseguidos con ellos. Promover el uso de una gama más amplia de criterios de evaluación y selección (incluidas las evaluaciones de los costes del ciclo de vida) (OCDE, 2016, p. 86).

Dentro del sistema jurídico colombiano, los AMP son una herramienta integrada al sistema de compras públicas de los Estados, que busca agregar demanda y centralizar las decisiones (CCE, 2013; Cabinet Office, 2020, p. 43). Según la entidad encargada de este tipo de acuerdos en Colombia, CCE, estos tienen tres objetivos principales: (i) producir economías a escala, (ii) incrementar del poder de negociación del Estado y (iii) compartir costos y conocimientos con las agencias o departamentos del Estado.

La Ley 1150 de 2007, en el inciso 2 literal a) y párrafo 5 del Artículo 2, habilitó por primera vez al estado colombiano a utilizar los AMP. El mecanismo incorporado en la citada ley permite fijar condiciones de oferta y suministro de bienes de características uniformes y de utilización masiva en las diferentes entidades. Para este fin el Gobierno Nacional debía, por medio de la reglamentación correspondiente, señalar la entidad que se encargaría del análisis y la suscripción de estos acuerdos, así como definir cuáles eran las entidades que debían sujetarse a este sistema de contratación. Esta obligación fue cumplida según Decreto 1082 de 2015, por medio del cual el Gobierno Nacional definió que los AMP serían obligatorios para las entidades de la rama ejecutiva del poder público, en el orden nacional, que están cobijadas por la Ley 80 de 1993. Posteriormente, buscando darle operatividad a la herramienta, el Gobierno profirió el Decreto 4170 de 2011, por medio del cual creó la entidad CCE, a la cual se le confirió la función de diseño, organización y celebración de los AMP.

En los años posteriores, fue proferida la Ley 1995 de 2019, la cual correspondió al Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, Pacto por Colombia, la cual, en su artículo 41, dispone que la utilización de los AMP, para la obtención de bienes con características uniformes, “se hará obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.<sup>3</sup> Lo que puede ser muestra de la intención del Gobierno Nacional de continuar implementando las recomendaciones de la OCDE.

---

3 Modificó el párrafo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Adicional a lo anterior, el Decreto 1082 de 2015, decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional, ha determinado en relación con los AMP, todos los aspectos que tienen que ver con (i) la procedencia, (ii) la identificación de los bienes y servicios que pueden ser objeto del acuerdo, (iii) la utilización y (iv) el proceso de suscripción.

Tabla 1. Procesos de agregación de demanda

	Valor de las transacciones (miles de millones)	Ahorros (miles de millones)	Órdenes de compra
2013	1,42	211	10
2014	404,96	104,9	1208
2015	1.184,36	242,6	4915
2016	1.393,9	256,27	7159
Total Acumulado	2.984,64	814,775	13292

Fuente: elaboración propia.

A pesar de que la norma que introdujo la posibilidad de utilizar AMP en el mercado colombiano, fue promulgada y entró en vigencia en el año 2007, estos acuerdos solo se empezaron a llevar a cabo a partir del año 2013, momento en que se reglamentó el tema y comenzó a operar la Tienda Virtual del Estado Colombiano. Según un estudio impulsado por Fedesarrollo, se han producido por medio de la implementación altos grados de ahorro y mejora en la calidad de los bienes adquiridos, tal como lo demuestran en la siguiente tabla (Zuleta et al., 2018, p. 8).

La CCE determinó que, para agosto de 2019, 1.283 entidades estatales, del orden nacional y territorial, habían realizado compras por la Tienda Virtual del Estado Colombiano; concluyó que desde la implementación de los AMP se habían generado ahorros por 1.6 billones de pesos para el Estado. Sin embargo, en lo que tiene que ver con las implicaciones que esto ha traído para los ciudadanos del Estado, principalmente para el sector de la industria nacional, el resultado es tangencialmente diferente como lo veremos en el siguiente capítulo.

## 5. IMPLICACIONES DE LAS REFORMAS IMPLEMENTADAS

A enero de 2021, CCE tiene suscritos y vigentes aproximadamente 30 AMP, por medio de los cuales ofrece a las entidades públicas, de todo el país, servicios de todas las características, que van desde seguros obligatorios, hasta adquisición de productos como alimentos o software, necesarios para la ejecución de las funciones que la ley o los reglamentos les ha atribuido a dichas entidades. El proceso de creación y formalización de los AMP se ciñe a las normas vigentes de contratación pública, y a los requisitos técnicos y de experiencia que CCE establezca, después de realizar un análisis del mercado y la necesidad a suplir, en el marco del principio de planeación<sup>4</sup> que gobierna, este tipo de procesos contractuales. Procesos que, al buscar consolidar un prestador de servicios único para las más de 6.000 entidades públicas que tiene el Estado colombiano en su territorio, constan de requisitos de experiencia y capacidad financiera excesivamente altos, que llegan a constituir barreras de entrada al mercado para los pequeños y medianos competidores.

A continuación, se encuentra un análisis de algunos de los procesos de selección, que lleva a cabo CCE, para la escogencia de los prestadores de servicios, con los que han de suscribir los AMP. Por medio de este estudio, se busca dar al lector claridad sobre la oferta que existe en el país para los servicios seleccionados y las condiciones que exige la entidad para la selección del prestador, así como hacer un breve recuento de las características propias de los prestadores, que son elegidos recurrentemente frente a los otros prestadores del servicio no seleccionados para la suscripción del AMP.

---

4 Véase artículo 24 Ley 80 de 1993 y sentencia 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) del Consejo de Estado, C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 24 de abril de 2013.

## 5.1. Análisis del caso – AMP para el suministro de papelería y útiles de oficina<sup>5</sup>

Tabla 2. Resumen proceso licitatorio

<p>Objeto del Acuerdo</p>	<p>El objeto del Acuerdo Marco de Precios es establecer: (a) las condiciones para el suministro de productos de papelería y útiles de oficina al amparo del Acuerdo Marco de Preciosa (b) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco de Preciosa y (c) las condiciones para el pago de los productos de papelería y útiles de oficina por parte de las Entidades Compradoras.</p>
<p>Requisitos de presentación para el segmento nacional</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Capacidad de entrega de productos: 7 días hábiles desde el pedido.</li> <li>2. Reposición de productos defectuosos: 3 días hábiles desde la queja.</li> <li>3. Inscripción en el Registro Único de Proponentes.</li> <li>4. Requisitos de experiencia: Valor contratado por 4.796 SMMLV hasta en cinco contratos en el RUP con envíos a cinco o más departamentos del territorio nacional.</li> </ol>

5 Toda la documentación del proceso de selección y AMP puede encontrarse en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.62208&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true>

## 5. Capacidad financiera:

Tabla 5 Indicadores de capacidad financiera

Indicador	Índice requerido
Índice de liquidez	Mayor o igual a 0,95
Índice de endeudamiento	Menor o igual a 77%
Razón de cobertura de intereses	Mayor o igual a cero (0)

Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.

## 6. Capacidad operacional:

Tabla 6 Indicadores de capacidad organizacional

Indicador	Índice requerido
Utilidad operacional sobre el patrimonio	Mayor o igual que cero (0)
Utilidad operacional sobre activos	Mayor o igual que cero (0)

Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.

## 7. Requisitos técnicos:

- Por lo menos tres establecimientos de puntos de venta y/o centros de distribución, en tres o más departamentos distintos del territorio nacional.
- Herramienta web de solicitud de pedido.
- Canales de comunicación y tiempos de atención gratuita de 7:00 a.m. a 7:00 p.m.
- Certificado de cumplimiento de las especificaciones técnicas.

Factores de evaluación

Tabla 8 Puntaje por criterio de evaluación

Nº	Criterios de evaluación	Puntaje
1	Factor económico	60
2	Factor técnico	20
3	Puntaje para estimular la industria nacional	20
<b>Total puntos</b>		<b>100</b>

Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.

Número de oferentes

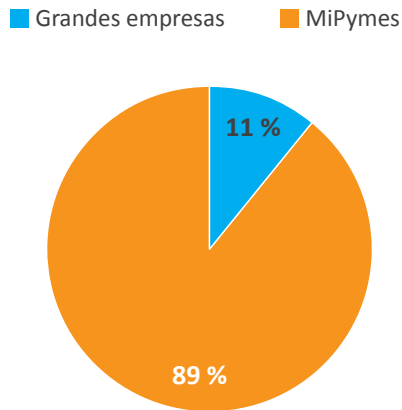
Nueve

Número de adjudicatarios	Siete
Número de prestadores de los servicios a contratar en el mercado colombiano	Sesenta y cinco entre empresas y MiPymes

Fuente: elaboración del autor.

Se realizó un análisis del mercado del comercio de los artículos de papelería y oficina y se encontró que está dividido de la siguiente manera:

Figura 2. Comercio al por menor de libros, periódicos, materiales y artículos de papelería y escritorio, en establecimientos especializados



Fuente: elaboración del autor.

En lo que tiene que ver con el proceso licitatorio particular, se encontró que el proceso exigió que el oferente debía haber contratado por lo menos un valor de 4.796 SMMLV, es decir, aproximadamente el valor de COP \$4.357.290.000, en no más de cinco contratos. De acuerdo con la base de datos de la Superintendencia Financiera<sup>6</sup> analizada para este punto de la investigación, la cual recopila la información de los estados financieros de todas las empresas legalmente constituidas para el año fiscal 2019, el promedio de ingresos por actividades ordinarias de las Pymes en Colombia fue de COP \$12.410.900, mientras que las empresas de mayor categoría, las cuales solo ocupan para el sector analizado el 11% del mercado, tienen un ingreso promedio, por actividades ordinarias, de COP \$118.346.495, es decir, 9.54 veces el promedio de las Pymes para el mismo periodo. Incluir un requisito de experiencia en contratación tan alto, hace que los prestadores que puedan ofertar dentro del proceso se vean reducidos en su mayoría, dejando habilitados solo aquellos que tienen gran capital y que, normalmente, están siendo promovidos por inversores extranjeros, o han sido constituidos como sucursales de compañías extranjeras, que han llegado al mercado colombiano. Así, el mismo sistema de elección del prestador deja por fuera del alcance de este gran foco de mercado, que es el sector público, a los distribuidores locales que pueden tener precios competitivos, pero que la entidad ni siquiera llega a entrar a valorar.

Adicionalmente, dentro de los requisitos de operación exigidos por CCE para el acceso al AMP, encontramos elementos que podrían considerarse como barreras de entrada al proceso licitatorio. Las barreras de entrada, según los autores Tarziján & Paredes-Molina (2006), son:

Impedimentos y dificultades que tienen los entrantes potenciales para ingresar a una industria. Estas barreras representan un aspecto fundamental en la determinación de la estructura del mercado, ya que afectan sustancialmente el número de empresas, la concentración, la amenaza de entrada y el nivel de competencia de una industria (p. 83).

---

6 La documentación para la realización de este análisis puede encontrarse en las bases de datos de estados financieros consolidados: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/informes-y-cifras/estados-financieros-de-las-entidades-vigiladas-bajo-niif-10084754>

Estas dificultades pueden verse reflejadas, por ejemplo, en la exigencia de que el oferente interesado cuente con tres o más establecimientos o puntos de distribución en por lo menos tres departamentos del país. Este elemento no debería ser requerido, ya que, dentro de las especificaciones de la oferta, se establece un tiempo máximo de entrega que el prestador está obligado a cumplir. No tiene relevancia desde qué parte del país distribuya los bienes contratados, si está en la capacidad de cumplir con los tiempos establecidos por la entidad. Esto, así mismo, genera desigualdad en cuanto al acceso a la oferta, pues las pequeñas empresas no podrán cumplir con este requisito, teniendo en cuenta el costo que representa tener un centro de distribución o un establecimiento de comercio. Por esta razón, es usual que las pequeñas compañías trabajen desde un solo punto y generen redes de mercado digital, mediante páginas de internet o redes sociales, que ocasionan bajos costos administrativos y les permite prestar sus servicios dentro del ramo del negocio en todo el territorio nacional.

Así mismo, puede considerarse como una barrera de entrada, la disponibilidad de canales de atención gratuitos 12 horas diarias. Contratar a una persona solamente para que esté disponible 12 horas al día, para atender el teléfono, genera un costo relevante, que muchas pequeñas compañías deciden no asumir, ya que hay otros mecanismos de comunicación, más eficientes y a costos mínimos. Con las nuevas tecnologías de la información, solicitar la acreditación de un requisito como este, genera grandes retrocesos en la administración y en la posibilidad de encontrar prestadores con sistemas de operación más modernos y que, igualmente, aseguren la calidad en el servicio. El uso de herramientas como correo electrónico o mensajes de datos, permite una comunicación efectiva, no de carácter inmediato, pero sí de corto plazo, que igualmente hace que el prestador siempre esté enterado de las necesidades particulares de cada entidad y atienda a tiempo sus requerimientos.

## 5.2. Análisis del caso – AMP para el suministro de motocicletas / segmento motocicletas de calle

Tabla 3. Resumen proceso licitatorio CCENEG-020-1-2019<sup>7</sup>

Objeto del acuerdo	Los proveedores se obligan a vender a las entidades compradoras de las motocicletas, cuatrimotos y motocarros, de acuerdo con las especificaciones establecidas en el pliego de condiciones y de acuerdo con las ofertas presentadas a CCE en la licitación pública cceneg-020-1-2019.								
Requisitos de presentación para el segmento motocicletas calle	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Equipo mínimo</li> <li>2. Mantenimiento preventivo</li> <li>3. Periodo de entrega: 40 o 60 días hábiles desde el pedido, dependiendo de la ubicación de la entidad solicitante.</li> <li>4. Adecuaciones y accesorios.</li> <li>5. Inscripción en el Registro Único de Proponentes.</li> <li>6. Requisitos de experiencia: Valor contratado 14.999 SMMLV hasta en diez contratos en el RUP.</li> <li>7. Capacidad financiera:</li> </ol> <p style="text-align: center;"><b>Tabla 6 Indicadores de Capacidad Financiera</b></p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th>Indicador</th> <th>Índice requerido</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Índice de liquidez</td> <td>Mayor o igual a 1</td> </tr> <tr> <td>Índice de endeudamiento</td> <td>Máximo 76,32%</td> </tr> <tr> <td>Razón de cobertura de intereses</td> <td>Mayor o igual a 0</td> </tr> </tbody> </table> <p>Fuente: cálculos realizados por La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente</p>	Indicador	Índice requerido	Índice de liquidez	Mayor o igual a 1	Índice de endeudamiento	Máximo 76,32%	Razón de cobertura de intereses	Mayor o igual a 0
Indicador	Índice requerido								
Índice de liquidez	Mayor o igual a 1								
Índice de endeudamiento	Máximo 76,32%								
Razón de cobertura de intereses	Mayor o igual a 0								

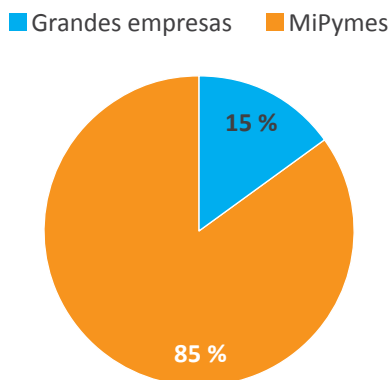
Continúa

<sup>7</sup> Toda la documentación del proceso de selección y AMP puede encontrarse en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.966906&isFromPublicArea=True&isModal=False>

	<p>8. Capacidad operacional:</p> <p style="text-align: center;"><b>Tabla 7 Indicadores Capacidad Organizacional</b></p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th style="background-color: #0056b3; color: white;">Indicador</th> <th style="background-color: #0056b3; color: white;">Índice requerido</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Utilidad operacional sobre activos</td> <td>Mayor o igual a 0,02</td> </tr> <tr> <td>Utilidad operacional sobre patrimonio</td> <td>Mayor o igual a 0,01</td> </tr> </tbody> </table> <p style="text-align: center;">Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.</p> <p>9. Requisitos técnicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Motocicletas acreditadas en el cumplimiento de la tecnología Euro 2.</li> <li>• Autorización del fabricante para la distribución.</li> <li>• Requisitos técnicos del anexo.</li> </ul>	Indicador	Índice requerido	Utilidad operacional sobre activos	Mayor o igual a 0,02	Utilidad operacional sobre patrimonio	Mayor o igual a 0,01														
Indicador	Índice requerido																				
Utilidad operacional sobre activos	Mayor o igual a 0,02																				
Utilidad operacional sobre patrimonio	Mayor o igual a 0,01																				
<p>Factores de evaluación</p>	<p style="text-align: center;"><b>Tabla 8 Puntaje por criterio de evaluación para Motocicletas, Cuatrimotos o Motocarros</b></p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th style="background-color: #0056b3; color: white;">No.</th> <th style="background-color: #0056b3; color: white;">Criterios de Evaluación</th> <th style="background-color: #0056b3; color: white;">Puntaje</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td rowspan="2" style="text-align: center;">1</td> <td>Factor Económico</td> <td style="text-align: center;">24</td> </tr> <tr> <td></td> <td style="text-align: center;">14</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">2</td> <td>Factor Técnico</td> <td style="text-align: center;">41</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">3</td> <td>Puntaje para estimular la Industria Nacional</td> <td style="text-align: center;">20</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">4</td> <td>Discapacidad</td> <td style="text-align: center;">1</td> </tr> <tr> <td colspan="2" style="text-align: center;"><b>Total</b></td> <td style="text-align: center;"><b>100</b></td> </tr> </tbody> </table> <p style="text-align: center;">Fuente: Cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.</p>	No.	Criterios de Evaluación	Puntaje	1	Factor Económico	24		14	2	Factor Técnico	41	3	Puntaje para estimular la Industria Nacional	20	4	Discapacidad	1	<b>Total</b>		<b>100</b>
No.	Criterios de Evaluación	Puntaje																			
1	Factor Económico	24																			
		14																			
2	Factor Técnico	41																			
3	Puntaje para estimular la Industria Nacional	20																			
4	Discapacidad	1																			
<b>Total</b>		<b>100</b>																			
<p>Número de oferentes</p>	<p>Seis</p>																				
<p>Número de adjudicatarios</p>	<p>Cinco</p>																				
<p>Número de prestadores de los servicios a contratar en el mercado colombiano</p>	<p>Ciento cuarenta y siete entre empresas y MiPymes</p>																				

Fuente: elaboración del autor.

Figura 2. Comercio de motocicletas y de sus partes, piezas y accesorios y Mantenimiento y reparación de vehículos automotores



Fuente: elaboración del autor.

De la misma manera en que se dejó establecido para el anterior ejemplo, este sector está compuesto mayoritariamente por MiPymes. El valor mínimo contratado para entrar en este proceso licitatorio es de 14.999 SMMLV, es decir, \$13.626.981.474 de pesos colombianos, en un número de contratos que no exceda los diez, lo que significa un promedio de diez contratos por el valor de \$1.362.698.147 pesos colombianos. Para la gran mayoría de los agentes de este sector comercial, representados en el gráfico anterior, por lo menos aquellos que están dentro de la porción naranja, contratar este valor es improbable y los deja de entrada por fuera de la competición.

Ahora, como se vio anteriormente y más allá del alto requisito exigido en valores mínimos contratados, en este caso particular también existen barreras de entrada, que impiden que los pequeños y medianos competidores logren acceder a alguna de estas bacantes, para convertirse en proveedores autorizados del Estado. Una de las más relevantes es que el mayor puntaje sea asignado a aquel oferente que realice un descuento sobre el precio del producto, según la tabla de referencias. Esto va en contra de todas las normas de competencia vigentes y pone en riesgo la ejecución del contrato, toda vez que, el contratista puede en un momento dado perder el punto de equilibrio en la prestación del servicio y presentar retardos en la entrega del bien, debido a falta de liquidez. Adicionalmente, al ser elegido, no solo como proveedor

sino también como prestador encargado del mantenimiento, puede realizar una mala labor, al buscar ahorrar costos, para poder obtener ganancias del precio ofertado, el cual, por el descuento, estaría ubicado por debajo del precio del mercado corriente.

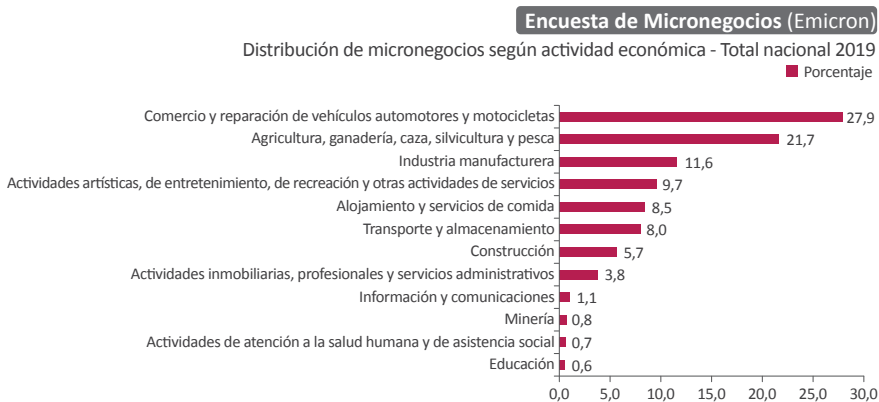
Adicional a lo anterior, es relevante tener presente que, la entidad continúa utilizando dentro de sus procesos licitatorios el factor de desempate, por temas de inclusión de personal discapacitado en la nómina de trabajadores de la compañía oferente. Esta norma, incluida en el ordenamiento jurídico por medio del Decreto 392 de 2018, permite que las entidades encargadas de los procesos de licitación, otorguen un mayor puntaje a aquellos oferentes que acrediten tener en su nómina un porcentaje mínimo calculado con base en la nómina total de trabajadores. La motivación del Gobierno Nacional, para la expedición de esta reglamentación, fue la promoción de la inclusión de personas en situación de discapacidad, o discriminación positiva dentro del sector empresarial del país; sin embargo, como la OCDE lo ha determinado en varios de sus documentos, estos fines u objetivos sociales dentro de las normas de contratación, van en contra del ritmo natural del mercado y se convierten en barreras de acceso y focos de mayor discriminación.

Para el caso colombiano, que las compañías de mediano y pequeño tamaño tengan contratado en sus nóminas personas calificadas con Pérdida de Capacidad Laboral, es poco común. Sucede cuando uno de los trabajadores, en el ejercicio de su cargo, adquiere la condición, no porque el empleador así lo desee. Lo anterior es lo más lógico, si se tiene en cuenta el costo y las restricciones que tienen que asumir los empleadores al momento de mantener dentro de su personal a las referidas, no solo el pago de incapacidades constantes, sino el fuero de estabilidad reforzada por salud y los largos trámites ante el Ministerio del Trabajo, para obtener un permiso para terminar los contratos de trabajo de personas en debilidad manifiesta, son algunas de las más notorias razones para que la contratación de estas personas no sea masiva. El efecto de lo anterior es que los beneficios en el proceso licitatorio para las grandes compañías, que sí pueden asumir estos costos, sigan aumentando y, por lo tanto, la barrera entre grandes y pequeños productores sea cada vez más notoria.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con la Encuesta de Micronegocios<sup>8</sup> realizada por el DANE en el 2019, para ese entonces existían en Colombia 5.874.177 micronegocios. En esta calificación el DANE incluye: (i) negocios que realizan personas naturales, por cuenta propia que satisfacen los criterios para ser propietarios potenciales de micronegocios y (ii) operación de unidades económicas a pequeña escala, con máximo nueve personas ocupadas que desarrollan una actividad productiva.

Figura 3.



Título de la figura

Fuente: DANE.

Ahora, en lo que tiene que ver con las micro, pequeñas y medianas empresas (MiPymes) de acuerdo con información recolectada por el DANE y un estudio privado realizado por *Global McKinsey*, Colombia cuenta con 2.540.953 MiPymes, que representan el 90% del componente empresarial del país. En cuanto a las grandes empresas en Colombia, aquellas que emplean más de 100 trabajadores, existían 13.233 registradas para el 2017. Esto implica que las diferencias en cuanto a empleabilidad, recursos disponibles y posibilidad de impacto sean tangencialmente diferentes.

8 Consultada en <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/micronegocios#informacion-2019>

En el mismo sentido argumentativo, podemos encontrar que los prestadores, que logran ser elegidos dentro de los AMP, deben atender los requerimientos de aproximadamente 6.261 entidades, entre las que se encuentran las del nivel central y territorial, de acuerdo con la información recopilada por el Departamento de la Función Pública.<sup>9</sup> Esto hace que los requerimientos, para permitir a los actores empresariales participar dentro de los procesos de selección, sean cada vez más exigentes y rigurosos, de esta manera, la cobertura total de la prestación del servicio en el territorio nacional se ve garantizada y se asegura la continuidad y calidad de la prestación, elementos necesarios dentro del esquema de compras públicas. Anteriormente, antes de que los AMP se volvieran de uso obligatorio para todas las entidades del Estado, cada entidad debía realizar su propio proceso de contratación. Evidentemente, los costos en procesos contractuales para el Estado, tal como lo dejamos anteriormente establecido, han disminuido considerablemente ahora que el proceso está centralizado. Sin embargo, no se han analizado los costos que ha generado para el sistema de micro, pequeñas y medianas empresas dicha centralización. Anteriormente, las MiPymes podían competir dentro de las licitaciones de los entes municipales o departamentales, que solían incluir exigencias acordes a la cantidad de bienes y servicios que debían ser prestados, que evidentemente correspondía a una cantidad acorde al tamaño y densidad del ente territorial.

Contrario a lo anterior, países industrializados pertenecientes a la OCDE, presentan datos que son bastante diferentes en lo que se refiere a los aspectos analizados. Aunque en todos los estados pertenecientes a la OCDE hay un porcentaje mayoritario de pequeños negocios, los ingresos que reciben estas unidades comerciales son mayores a los que perciben sus homólogas acá en Colombia, lo que permite que exista un mercado más parejo, donde los competidores pueden cumplir con los requisitos estándar, para acceder a ser prestadores del sector público. Por ejemplo, en Estados Unidos, de acuerdo con los datos analizados por *PayScale's* 2017,<sup>10</sup> el promedio de ingreso de estos actores del comercio es de 73.000 dólares por año. Para Reino Unido, el promedio de ingresos de las pequeñas y medianas empresas que emplean

---

9 Véase: <https://www.funcionpublica.gov.co/web/sie/entidades-del-estado>

10 Véase: [https://www.payscale.com/research/US/Job=Small\\_Business\\_Owner/Salary](https://www.payscale.com/research/US/Job=Small_Business_Owner/Salary)

entre 1 y 250 trabajadores es de 121.000 euros.<sup>11</sup> Igualmente, en Francia el promedio corresponde a 35.000 euros.<sup>12</sup>

Así mismo, si se mira desde otro punto de referencia, como el porcentaje de prestadores registrados ante la agencia de contratación de cada país, también se puede encontrar una diferencia considerable. En Estados Unidos, de los 2.081.431 prestadores registrados en *GovShop*, 635.178 corresponden a pequeñas empresas. Esto corresponde a más del 30% del total de prestadores.

Ahora, en lo que tiene que ver con la implementación de los acuerdos marco en el Reino Unido, en el documento *Transforming Public Procurement 2020* el Gobierno inglés sostiene que, los acuerdos marco son ideales para situaciones en que los mercados requieren un alto volumen de productos básicos y de adjudicación, relaciones estables a largo plazo, especialmente cuando se permite la adjudicación directa y existe un alto grado de estabilidad y certidumbre en el mercado (Cabinet Office, 2020, p. 48). De esto último es relevante el tema de la certidumbre en el mercado, ya que este factor reduce la eliminación de las barreras de entrada al mercado público, en vista de que todos los prestadores de un mercado uniforme, deberían estar en capacidad de cumplir con los requisitos de acceso, exigidos para participar en el proceso de elección de prestadores, y como consecuencia el trámite de selección tendría como pilares criterios objetivos de selección.

Así las cosas, la aplicación de estas medidas uniformes y que buscan la disminución de las funciones burocráticas de las entidades municipales y nacionales, dentro del marco de un estado globalizado y regulador, evidentemente, dejan en desventaja a los pequeños productores; elemento que no es tenido en cuenta por la OCDE, ni por los grandes países industrializados al pensar y determinar las políticas de buen gobierno, que recomiendan ser implementadas por todos los estados del mundo. En este punto se puede decir que Colombia cae en los errores comunes de los trasplantes jurídicos, como quedó determinado anteriormente, desconociendo la existencia de factores sociales particulares, que hacen que la regulación implementada tenga efectos colaterales no esperados.

---

11 Véase: <https://www.statista.com/statistics/291299/average-profit-of-smes-in-the-uk-by-enterprise-size/>

12 Véase: [https://www.french-property.com/news/french\\_business/french\\_small\\_businesses/](https://www.french-property.com/news/french_business/french_small_businesses/)

El modelo de gobernanza regulatoria plasmado en la política de los AMP, promovido por la OCDE y acogido por Colombia, dentro de su proceso de adhesión a la organización, es una muestra de un trasplante jurídico en todo el sentido de la palabra, ya que cumple con los siguientes criterios: (i) un lugar de producción extranjero –en este caso la OCDE; (ii) una motivación, que en este caso responde a dos criterios, uno es la determinación de la aplicación por el agente extranjero y el otro es la adecuación del ordenamiento interno, para la recepción de inversión extranjera en el país, (iii) la incorporación de la norma en el lugar de recepción, por medio de positivización de la normativa extranjera, lo que la hace de obligatorio cumplimiento para todos los agentes pertenecientes al Estado.

Adicionalmente, el análisis sobre las implicaciones que ha traído la puesta en práctica de los AMP para la contratación de bienes uniformes, también es fiel muestra de lo que, en la aplicación no debería ser un trasplante legal y, por ende, lleva a estar dentro de los crasos errores cometidos por los gobiernos de estado, como Colombia, que acogen estas políticas sin analizar el contexto y las reales consecuencias que traerá a la sociedad. Es decir, dejan de lado la concepción del derecho como herramienta de cambio social y redistribución de las riquezas, para ponerla a la orden de las grandes industrias del mundo globalizado en que hoy vivimos, donde los centros de producción normativa, como las

organizaciones internacionales, cada vez se hacen más fuertes y tienen injerencia, cada vez más directa, en los contenidos que los Estados implementan, como estrategias de buen gobierno, sin que los resultados sean muy esperanzadores para los ciudadanos del común, que contrario a lo anterior, propenden por un estado ideal que proteja sus derechos y acoja el papel protector, que ha abandonado hace ya bastante tiempo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alviar-García, H., & Lamprea-Montealegre, E. (Eds.). (2016). *El Estado regulador en Colombia* (1ª ed. en español). Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- Blanco-Contreras, S. (2016). Los trasplantes institucionales en el campo del derecho. Una nueva perspectiva para la nueva economía institucional. *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, 3(2), 170-187. <https://doi.org/10.5209/IJHE.54624>
- Cabrera-Jiménez, M. F. (2014). El estado de bienestar en el marco del sistema capitalista. ¿Tiene futuro o es inviable en el sistema globalizado actual? *Suma de Negocios*, 5(10), 49-58. [https://doi.org/10.1016/S2215-910X\(14\)70009-6](https://doi.org/10.1016/S2215-910X(14)70009-6)
- Cabinet Office. (2020). *Transforming public procurement* [CP 353]. OGL.
- Carbonell-Sánchez, M., Cruz-Parcero, J. & Vásquez, R. (Comp.). (2000). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. UNAM.
- Cárdenas-Gracia, J. (2015, enero-junio). Las características jurídicas del neoliberalismo. *Cuestiones Constitucionales*, 32, 3-44. <https://doi.org/10.1016/j.rmhc.2016.03.001>
- Colombia Compra Eficiente, CCE. (2013). *Guía para entender los Acuerdos Marco*. <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-entender-los-acuerdos-marco>
- Falla, A. (2003). Las nuevas agencias reguladoras «Ni muy muy ... Ni tan tan». *Ius est veritas*, 27, 169-178.
- Fazio-Vengoa, H. (2018). *¿Qué es la globalización?: Contenido, explicación y representación*. Departamento de Historia, Universidad de los Andes.
- Galvis-Castro, F. A. (2021). La OCDE: un perfil crítico. *Razón Crítica*, 10, 211-235. <https://doi.org/10.21789/25007807.1568>
- Giraldo-Saavedra, A. (2012). La función reguladora del Estado y el Derecho. *Revista de Investigaciones UNAD*, 11(1), 255-280. <https://doi.org/10.22490/25391887.783>
- Goig-Martínez, J. M. (2016). La OCDE en la era de la Globalización: Desarrollo e Influencia. *Revista de Derecho UNED*, 19, 111-149. <https://doi.org/10.5944/rduned.19.2016.18492>
- Gurría, Á. (2011). La OCDE, a los 50 de su creación: logros, retos y decisiones futuras. *Revista de Economía Mundial*, 28, 29-38. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86622163002>
- Koop, C., & Lodge, M. (2017). What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. *Regulation & Governance*, 11(1), 95-108. <https://doi.org/10.1111/REGO.12094>
- Latorre, I. (2014). La política de mejora regulatoria: Oportunidades y desafíos para Colombia. *Revista de Derecho Público*, 33, 1-35. <https://doi.org/10.15425/redepub.33.2014.25>
- Legrand, P. (1997). The impossibility of legal transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(2), 111-124.
- Levi-Faur, D. (2010, febrero). *Regulation & Regulatory Governance*. Jerusalem forum on regulation & governance. The Hebrew University, Jerusalem, Israel.

- López-López, E. (2014, junio-diciembre). Pluralismo Jurídico una propuesta paradigmática para repensar el derecho. *Revista Umbral*, 1(4), 31-64. [https://www.researchgate.net/publication/342926895\\_Pluralismo\\_Juridico\\_una\\_propuesta\\_paradigmatica\\_para\\_repensar\\_el\\_derecho](https://www.researchgate.net/publication/342926895_Pluralismo_Juridico_una_propuesta_paradigmatica_para_repensar_el_derecho)
- López-Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- Martell, L. (2007). The Third Wave in Globalization Theory. *International Studies Review*, 9(2), 173-196.
- Miller, J. M. (2003, otoño). A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. *The American Journal of Comparative Law*, 51(4), 839-885. <https://doi.org/10.2307/3649131>
- Montoya-Domínguez, E., & Rojas-Robles, R. (2016). Elementos sobre la gobernanza y la gobernanza ambiental. *Gestión y Ambiente*, 19(2), 302-317. <https://doi.org/10.15446/ga.v19n2.58768>
- Morin, J.-F., & Gold, E. (2014). An Integrated Model of Legal Transplantation: The Diffusion of Intellectual Property Law in Developing Countries. *International Studies Quarterly*, 58. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2335531>
- OCDE. (2011). *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*. Autor. <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>
- OCDE. (2014). *Combatiendo la colusión en los procesos de contratación pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia*. Autor. [https://www.oecd.org/daf/competition/2014\\_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia\\_SPA.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf)
- OCDE. (2016a). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. Autor. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>
- OCDE. (2016b). *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*. Autor. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>
- OCDE. (2016c). *Public governance and territorial development directorate Public Governance Committee. Making the Difference in Public Services Delivery: The Review of the Colombian Public Procurement System. Meeting of the Working Party of the Leading Practitioners on Public Procurement*. Autor
- Pavón-Mediano, A. (2020). Agencies' formal independence and credible commitment in the Latin American regulatory state: A comparative analysis of 8 countries and 13 sectors. *Regulation & Governance*, 14(1), 102-120. <https://doi.org/10.1111/rego.12187>
- Puello-Socarrás, J. F. (2013). Ocho tesis sobre el neoliberalismo (1973-2013). *Revista Espacio Crítico*, 4-18.
- Reyes, M. (2014, octubre). The Challenges of Legal Transplants in a Globalized Context: A Case Study on 'Working' Examples. *Social Science Research Network, SSRN*. <https://papers.ssrn.com/abstract=2530811>

- Sáez, R. (2010). La OCDE y el ingreso de Chile. *Estudios Internacionales*, 43(166), 93-112. <http://www.jstor.org/stable/41392063>
- Scott, C. (2017). The regulatory state and beyond. En Daros, P. (Ed.), *Regulatory Theory: Foundations and applications* (pp. 265-288). <https://doi.org/10.22459/rt.02.2017.16>
- Slaughter, A. M. (2004). *A New World Order*. Princeton University Press. <https://press.princeton.edu/books/paperback/9780691123974/a-new-world-order>
- Stiglitz, J. E. (1999). *Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries*. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/citations?doi=10.1.1.202.8782>
- Tarziján, J., & Paredes-Molina, R. (2006). *Organización industrial para la estrategia empresarial*. Pearson Educación.
- Tenjo-Galarza, F. (s. f.). *Stiglitz y la intervención del Estado en la economía*. [https://www.banrep.gov.co/docum/Lectura\\_finanzas/pdf/StiglitzElTiempo.pdf](https://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/StiglitzElTiempo.pdf)
- Terracciano, A. (2018). Development trajectories of regulatory quality: the experiences of OECD, European Union and the case of Italy (Tesis de maestría). Università Luiss Guido Carli. Roma, Italia.
- Teubner, G., Krasner, S. D. & Sassen, S., (2010). *Estado, soberanía y globalización*. Siglo del Hombre; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana.
- Valencia-Tello, D. C. (2015). *El estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Valencia-Tello, D. C. (2020, enero-abril). Pluralismo Jurídico. Análisis de tiempos históricos. *Revista Derecho del Estado*, 45. <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.05>
- Van Hoecke, M. (2014). Legal culture and legal transplants. *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, 273-291.
- Veggeland, N. (2016). The narrative of the modernized regulatory state. *Horyzonty Polityki*, 7(21), 99-118. <https://doi.org/10.17399/HP2016.072103>
- Vega-García, A. (2014). *El soft law en la fiscalidad internacional* (Tesis doctoral). Universitat Pompeu Fabra. <http://www.tdx.cat/handle/10803/279394>
- Saavedra-Velazco, R. E. (2011). El método y el rol de la Comparación Jurídica Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica. *Advocatus*, 0(25), 193-244. <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/604662>
- Vicher, D. (2014). La influencia de la OCDE en la elaboración de la política económica. *Ola Financiera*, 7(18), 114-132. <http://dx.doi.org/10.22201/fe.18701442e.2014.18.45606>
- Zuleta, M. M., Saavedra, V., & Medellín, J. C. (2018). *Fortalecimiento del sistema de compra pública para reducir el riesgo de corrupción*. <https://www.repository.fedesarrollo.org/co/handle/11445/3544>