

**IMPLEMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS MARCO DE PRECIO COMO
MANIFESTACIÓN DE LA TEORÍA DE LA GOBERNANZA REGULATORIA
PROMOVIDA POR LA OCDE EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DE LA
AFECTACIÓN A LOS PARTICIPES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

Presentado a:

Dra. Johanna Cortes Nieto

Presentado por:

Isabella Huertas Gómez

Tesis de Grado

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Maestría Derecho Administrativo

2023

Contenido

Contenido.....	2
1. Introducción.....	3
2. Marco Teórico: Presupuestos básicos.....	10
a. El Estado en la globalización	10
b. Gobernanza Global	16
c. Estado regulador	23
Transición al Estado Regulador	27
Materialización del Estado Regulador e Influencia Internacional.	29
d. Trasplantes jurídicos en la era global	34
3. La Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico – OCDE, los Acuerdos Marco de Precios y su Marco Legal en Colombia.....	41
a. Aspectos generales	41
b. Funcionamiento de la OCDE	45
c. Colombia en la OCDE	52
d. Régimen jurídico de la contratación pública en Colombia y su relación con el marco internacional.	57
4. Estudio de Caso - Acuerdos Marco de Precios en Colombia.....	66
a. Análisis de caso No. 1: AMP para el suministro de papelería y útiles de oficina	70
b. Análisis de caso No. 2: AMP para el suministro de motocicletas / segmento motocicletas de calle.	75
c. Análisis de caso No. 3: AMP para la contratación de Servicios de Impresión ..	80
d. Análisis de los estudios de caso	85
5. Conclusiones.....	91
6. Referencias	98

1. Introducción

Los Acuerdos Marco de Precios ("AMP" o "Acuerdos") son la herramienta de agregación de demanda que Colombia Compra Eficiente, Agencia Nacional de Contratación Pública en Colombia, ha implementado buscando celeridad y eficiencia en la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades que hacen parte del Estado colombiano. Esto quiere decir, contratos celebrados entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, para la provisión a las entidades estatales de bienes y servicios, en la forma, plazo y condiciones establecidas en el contrato inicial con la entidad coordinadora. Normalmente, por medio de esta herramienta, las entidades deberían adquirir aquellos bienes y servicios que tienen un mayor uso y que son indispensables para el desarrollo óptimo de las actividades adscritas a cada corporación, debido a su uniformidad. Durante los años 2020 y 2021 el número de entidades públicas que adquirieron bienes o servicios por medio de los AMP disponibles en la Tienda Virtual del Estado colombiano fue de 1782 entidades. Desde el inicio de la figura se han perfeccionado alrededor de 106 Acuerdos, que, para varios actores del Estado, han contribuido al beneficio de las entidades, por la presunta eficiencia y ahorro de costos que genera para éstas. La implementación de esta herramienta en el ordenamiento nacional tiene relación con el papel que juega el estado en la actualidad, la influencia de fuerzas externas y las políticas encaminadas a la promoción de postulados de gobernanza regulatoria a cargo de organizaciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). No obstante, hay algunos otros actores que ven la implementación de esta herramienta de agregación de demanda como un claro fracaso de lo que la doctrina ha determinado como trasplantes jurídicos, y que ha llegado a generar una afectación en el curso de la economía nacional, que no es previsible de manera previa a la implementación de la reforma, por el escaso estudio que se realiza de la misma en

preparación de la adopción (Watson, 2007; Morin & Gold, 2014). En este contexto, esta investigación pretende resolver la pregunta: ¿Son las reformas promovidas por la OCDE relacionadas con mecanismos de regulación, tales como las herramientas de agregación de demanda, que hacen parte de las nuevas corrientes de administración pública principalmente concernientes a la gobernanza regulatoria promovida dentro del marco de la globalización, adecuadas para ser implementadas en los estados que actualmente hacen parte del escenario global? Esto es, ¿adaptables a la realidad económica y social colombiana y provechosas para las lógicas de mercado y sus actores dentro de una realidad tan apartada de las del lugar de creación y planeación de éstas? Esta investigación pretende entonces realizar un análisis crítico de los AMPs, las ideas que los inspiran y su implementación en Colombia. Lo anterior, en el sentido de poner en entredicho la efectividad del uso de los AMP en Colombia, las consecuencias que ha generado y los actores afectados en el proceso.

Esta investigación se justifica en tanto contribuye a las discusiones sobre las implicaciones sociales de la contratación pública como uno de los sectores económicos que genera el mayor porcentaje del Producto Interno Bruto (OCDE, s.f.; OMC, s,f; Fazekas & Blum, 2021), y la utilidad de implementar modelos regulatorios y de administración de inspiración foránea.

A partir del mapeo de las ideas que inspiran la implementación en Colombia de los AMPs y de un estudio sobre cómo la institución aterrizó en el país, argumento que la teoría de la gobernanza regulatoria es la principal idea inspiradora de este tipo de medidas en el Estado colombiano. Esto, pues el principal objetivo de los Acuerdos, según la mencionada teoría, es la agregación de la demanda, la disminución de costos y la eficiencia administrativa en la contratación pública de bienes y servicios uniformes. Debido a estas alegadas ventajas, no solo

en Colombia, sino en muchos otros estados del mundo, se han venido implementado estos procesos de contratación agregados. Sin embargo, no es solo por los presuntos beneficios que la medida trae, que estados como Chile, Argentina y Brasil han venido acogiendo esta política (Benavides et al., 2016, p. 30), sino también por las presiones de actores del escenario internacional como la OCDE y los estados industrializados. Estos actores han estructurado varios esquemas de gobernanza basados en visiones regulatorias o de gerencialismo, que buscan exportar a los demás estados, para, en su criterio, lograr administraciones competentes y adaptadas a las nuevas dinámicas globales, no obstante, estas presiones extranjeras muchas veces ponen en entredicho la legitimidad estatal, que termina doblegándose ante el requerimiento externo. Así, la incorporación de los AMPs en Colombia surge de la adopción de las recomendaciones de la OCDE, dentro de sus políticas de promoción de herramientas de regulación en sus estados parte y no parte, y como una forma de trasplante jurídico. De esta manera, las consecuencias de la implementación también son de relevancia, pues los efectos que ha generado la adopción de estos Acuerdos en el marco jurídico colombiano no siempre han sido beneficiosos para todos los actores que hacen parte de la cadena de servicios y bienes del Estado. Las implicaciones entonces derivan en una afectación al mercado tradicional, que aún prevalece en muchas de las estructuras territoriales de nuestro país, y repercute en el sistema de micro, pequeñas y medianas empresas, que no están preparadas para la centralización y las eventualidades que debe afrontar un prestador encargado de proveer servicios para más de 6.000 entidades (Función Pública, 2023), razón por la cual también es una forma en que la institucionalidad extraestatal limita los cursos del mercado interno, en razón de la preponderancia de las corrientes de gobernanza y la presión con que se buscan imponer en los diferentes estados, por lo que no siempre las lógicas promovidas dentro de los esquemas de

gobernanza, como los AMP dan resultados satisfactorios. Para el caso colombiano, por el contrario, han afectado de manera relevante la manera de operar de los mercados locales y regionales.

La metodología utilizada es la investigación socio-jurídica, es decir, aquella que busca, de acuerdo con Feenan (2013, p. 7) y Cownie & Bradney (2013, p.42), analizar el ámbito jurídico en su intersección con el contexto social, histórico, económico, etc. desde una perspectiva interdisciplinaria; esto conduce a ver el derecho como fenómeno social. Esta visión obliga a estudiar las fuentes jurídicas de la mano de documentos y otras fuentes de datos que den cuenta de su contexto y efectos. La investigación socio-jurídica como establecen Banakar y Travers (2013), analiza el cruce entre derecho y sociedad en relación con el cómo los sistemas jurídicos contribuyen a moldear el comportamiento social, los efectos esperados e inesperados de las reformas legales, y los tipos de sujetos que el derecho ayuda a crear. Para poder realizar estos estudios se requiere un análisis más que formal de las normas, de ahí que los estudios socio-jurídicos suelen valerse de metodologías y métodos de otras ciencias sociales.

Específicamente, realicé un análisis cualitativo, que incluye la muestra, recolección y análisis de datos relacionados con casos que se adecuan al objeto de investigación, sin reducirlos a números ni analizarlos estadísticamente, buscando situar y contextualizar al lector con los descubrimientos esenciales frente a los Acuerdos implementados hasta el momento en Colombia y sus efectos al ámbito social (Hernández Sampieri & Mendoza Torres, 2018, p.10). El análisis de estos datos, que corresponden a tres casos específicos de alrededor de 100 posibles, me permitió llegar a puntos comunes y posteriormente a las conclusiones de esta tesis. (Creswell, 2018, p.46).

El criterio de selección de los casos analizados en esta investigación tuvo relación con la magnitud del mercado analizado versus el número de prestadores escogidos para la prestación de los servicios dentro del AMP, pues en estos puede evidenciarse de manera concreta la afectación social que se concluye en esta investigación. No obstante, considerando que dentro de este criterio caben la mayoría de los AMPs, incluí como parámetro de escogencia que el proceso de selección para estos AMP fuera reciente para el momento de realizar los estudios de casos, que correspondió al año 2020. La mayoría de información analizada correspondió a información de bases de datos públicas, como el SECOP, las bases de datos del directorio de empresas del DANE y la relacionada con los reportes empresariales a la Superintendencia de Sociedades. No obstante, es importante poner de presente que no toda la información está disponible para todos los criterios que quise evaluar para los tres casos en paralelo, por lo que cada uno tiene particularidades que los otros no presentan, pero que permiten llegar a conclusiones certeras. Adicionalmente, la información contenida en las bases de datos utilizadas, no se verificó, pues no se está en la capacidad de confirmar datos macro relacionados con el mercado y la contratación pública. Si bien la mayoría de los datos provienen de autoridades técnicas y deben corresponder a la realidad del mercado, es una limitación a la investigación.

Así las cosas, del análisis de los datos para los casos mencionados y teniendo en consideración las limitaciones, logré concluir lo poco preparado que está el mercado colombiano para incorporar una herramienta de agregación de oferta como los AMPs, pues el mercado es realmente desigual, y en cada territorio se responde a lógicas particulares y microempresariales, que no pueden centralizarse, si lo que se busca es una igualdad social real. Ahora, los mercados en Colombia son tan diferentes, que el dinero de compras públicas ejecutado por medio de esta herramienta no es el esperado y el número de entidades que han hecho uso de éstas es menor en

relación con las que están habilitadas para hacerlo. No obstante, a pesar de que la implementación no ha sido la esperada, ha logrado afectar los flujos de dinero en los pequeños territorios, en los que el presupuesto para la contratación de bienes y servicios es realmente limitado. Esta situación me lleva a reflexionar sobre los trasplantes jurídicos y si están dando los resultados que en principio se esperan. Esta tesis entonces se divide en tres grandes capítulos, de la siguiente manera:

El primer capítulo presenta los presupuestos teóricos que informan el análisis contenido en esta investigación y sobre los cuales hago un análisis crítico. Estos son: el papel del estado en la globalización, la gobernanza, el estado regulador, y los trasplantes jurídicos. En esta sección analizo cómo el estado ha venido respondiendo a las nuevas corrientes mundiales de administración pública y el papel preponderante que hoy han adquirido las organizaciones internacionales en este aspecto, centrándome en los postulados de la OCDE.

El segundo capítulo me concentro en la evaluación histórica, funcionamiento y análisis de la OCDE, e incluyo un apartado en el que analizo la relación de Colombia con la Organización. Este capítulo ambienta el surgimiento de los AMPs en el marco del proceso de adhesión de Colombia a la OCDE. Adicionalmente, refiero el marco jurídico vigente, el funcionamiento de los Acuerdos y las modificaciones que ha presentado este régimen desde su implementación en el país, lo cual es importante para entender el punto central del estudio de caso y la crítica que posteriormente propongo.

En el tercer y último capítulo expongo los casos escogidos, en que examino tres de los AMPs hasta ahora perfeccionados por parte de Colombia Compra Eficiente. En este proceso, analizo elementos cualitativos de los documentos públicos del proceso de selección de los prestadores y estudio los requisitos de postulación en comparación con las características propias

del mercado donde se encuentra el bien o servicio sujeto del Acuerdo, para llegar a conclusiones sobre barreras de entrada al mercado, políticas excluyentes y discriminatorias, falta de cobertura a nivel regional, entre otros. Esto adquiere importancia, pues es escaso el análisis que existe de estos procesos, por lo que no hay claridad sobre la eficiencia y conveniencia de los sistemas de gobernanza que se están consolidando en países como el nuestro.

Con base en la noción de estado que se desarrolla y el papel que éste debería jugar de acuerdo con las teorías abordadas, concluyo que el modelo que se ha venido ejecutando en nuestro país acoge e implementa medidas de regulación de parcial y descontextualizada que son implementadas en gran medida por presiones de organizaciones internacionales, y que genera afectación directa en los actores sociales que no cuentan con las herramientas para adaptarse a un nuevo contexto social en los términos globales que actualmente predominan. Así, las fórmulas extranjeras no siempre dan buenos resultados, pues responden a presiones internacionales sumadas al desconocimiento de la norma a implementar y una adopción equivocada de la misma, pues no hay una real intención de mejora frente a los actores más pequeños del Estado que son la razón de ser del mismo, sino el afán de incorporarlas para responder a los compromisos internacionales. De esta manera, la importancia redunda también en que la implementación está en marcha y tratará de abarcar más y más parte del mercado, por lo que la afectación podría ser mayor cada día. Así, poner estas discusiones sobre la mesa, para que posteriormente sean parte del escenario académico, puede posibilitar que las agencias reguladoras del país repiensen su papel frente a las implementaciones que tienen a cargo y logren abordar estas situaciones no solo como un compromiso, sino como una herramienta de cambio.

2. Marco Teórico: Presupuestos básicos.

a. El Estado en la globalización

Definir el concepto de globalización ha sido una tarea difícil a la que varios autores le han dedicado sus estudios (Fazio-Vengoa, 2018, p. 13; Held, 2004). Los autores que se concentran en este tema consideran que puede haber multiplicidad de entendimientos, que dependen del contexto y la especialidad disciplinar. Existen en general tres corrientes teóricas sobre el papel de los estados en la globalización (Martell, 2007, p. 177).

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.

Dentro de los autores más destacados en este aspecto se encuentra David Held (2004, 2013, 2014) que ha analizado a profundidad este fenómeno concluyendo una posición que comparto en lo que tienen que ver con esta investigación, que establece que la situación actual del mundo globalizado representa interdependencias complejas en todos los campos que afectan a todas las comunidades del mundo, generando que los posibles riesgos de la implementación de

políticas particulares de un lugar específico puedan reproducirse en otro espacio que no tiene nada que ver con el lugar en que se configuró. Razón por la cual, las soluciones que son pensadas dentro de los sistemas transnacionales vigentes no son muchas veces eficientes para lo que tiene que ver con la crisis que se genera en cada lugar que recibe la implementación. Es así como incorpora su concepto “*overlapping communities of fate*” que entiendo como *comunidades de destino sobrepuestas*, y que representa que el Estado-nación cada vez se ve más intervenido por las corrientes globales (Held, D., & Roger, C. 2013, p.4).

Además, 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, autores como Goig, han afirmado que la transformación del papel de esta institución es innegable, y se manifiesta en la metamorfosis de la soberanía y la aparición de múltiples centros de producción normativa, así Goig (2016) 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 que, 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 (Goig, 2016, p. 113).

Es entonces importante referirnos nuevamente a Martell, quien, al analizar el mismo fenómeno desde su segunda corriente, correspondiente a la transformacionista, afirma que el Estado sigue siendo jurídicamente soberano, pero está siendo transformado desde por la comunidad internacional, donde la autoridad deja de ser única y se diluye en los diferentes centros de poder. (Martell, 2007.p.185) Así las cosas, es claro que el papel del Estado sigue siendo prevalente y soberano, pero éste está condicionado por las presiones económicas globales. Por lo anterior, si bien las fuentes del derecho superan el *statu quo* definido años atrás, estas nuevas fuentes deben acogerse por los estados, para que consecuentemente, las políticas internacionales, que contienen normas sustantivas, puedan incluirse en el marco jurídico nacional de forma legítima; y a su vez contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad global (Martell, 2007,p.191).

Teubner et al. (2010), por su parte, siguiendo el mismo esquema argumentativo, afirman 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, según la cual 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, en la que los múltiples actores establecen conductas que se encaminan a un supuesto mejoramiento de la economía, la apertura de los mercados, el desarrollo sostenible y el progreso en la calidad de vida, que espontáneamente se convierten en un mecanismo de producción de derecho global. Este derecho se caracteriza por la carencia de un centro único de producción y, consecuentemente, por el debilitamiento de la concepción de unidad normativa para dar paso a micro procesos de creación que descentralizan la soberanía que antes caracterizaba el estado nación tradicional (Teubner et al., 2010, p. 37). Lo anterior no implica la desaparición del concepto de Estado sino una mutación de éste, mutación en la que se puede identificar la adopción de un papel esencial de coordinación de los múltiples intereses y visiones de los creadores de normas que operan en distintas escalas, sumado a un papel regulador y garantista de los derechos propios de los estados contemporáneos. Estos múltiples procesos de producción normativa, 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, guiada por diferentes motivaciones e intereses 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 mayor¹, pues permea y afecta todos los ámbitos del Estado actual, y varía dependiendo del contexto social en el que se analice. 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), 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).

¹ 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.

Simultáneamente, y en línea con lo mencionado, se han venido presentando fenómenos aledaños que han llevado a que el Estado y las tendencias de implementación de políticas públicas de gestión 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 jurídico², 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 toma relevancia, pues según el autor Nico Krisch (2022) el derecho se caracteriza por conexiones e interacciones de normas de diferentes orígenes que son clave para definir el alcance de éste y que de acuerdo con el concepto del autor pueden asimilarse a un “*enredo*” que supera el ordenamiento jurídico tradicional. Esto ha contribuido a un aumento de la globalización debido a la interconexión de sistemas que dentro de un estado siempre terminan incluyendo uno y muchos a la vez, que genera la necesidad de explorar prácticas más variadas, complejas y desiguales de las múltiples legalidades actuales que si o si permean el sistema jurídico que constantemente está en construcción.

² *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).

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, Pág. 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. En este sentido si bien puede conducir a crear los cambios esperados por quienes proponen las normas y contribuir progresivamente a la consecución de un modelo prediseñado (por ejemplo, económico), es común que presente desviaciones considerando que el contexto en el que opera es diverso y cambiante. Por otra parte, el derecho no es sólo la norma escrita en el papel, sino también la forma en que es aplicado y el efecto que genera, aunque no sea el esperado, y en el que están implicados múltiples actores con intereses particulares (Mendez, 2011; Horwitz, et al., 2017).

b. Gobernanza Global

Dentro del marco de esta investigación, la gobernanza representa, en palabras de Bulkeley y otros, "intentos de autoridad para dar forma a las acciones de los constituyentes hacia alguna forma de propósito público" (2014). Cuando se habla de gobernanza global, el énfasis se pone en la autoridad ejercida por actores y organizaciones internacionales, que a su vez representan solo una parte de la colectividad de actores que operan en esta escala; por lo que puede entenderse como una técnica de regulación que dista de lo tradicional (Levi-Faur, 2012). La gobernanza global busca generar marcos jurídicos, económicos, sociales y de desarrollo sostenible basados en principios como la transparencia, experiencia, tecnocracia, y bienestar general. Sin embargo, es criticada por dejar de lado principios como el de legitimidad y representación política, en tanto muchos de los actores que ejercen autoridad en este contexto no son elegidos de manera democrática. Particularmente, la gobernanza global es entendida para

estos efectos, como una forma de gobierno de la pluralidad de actores que han surgido en la globalización en el contexto internacional, mediante procesos de coordinación, dialogo y persuasión, que a su vez propenden por el cumplimiento de unos objetivos específicos, y que deben ser incorporados por medio de la adopción de la norma estatal interna correspondiente. (Contipelli, 2017)

Sobre la gobernanza global, el desarrollo conceptual ha sido amplio, por lo que hoy en día hay varias acepciones del término. Esto se puede corroborar en los escritos de varios autores, tales como Villamar que afirma que el concepto de gobernanza global puede entenderse de tres diferentes maneras: “1) como conjunto de fenómenos que se verifican en la realidad internacional; 2) como perspectiva analítica del campo de Relaciones Internacionales, y 3) como proyecto político de orden para el sistema internacional” (Villamar Nava, 2017, p.136).

Santos y otros (2007) argumentan que el concepto de gobernanza es una construcción que busca legitimar los nuevos arreglos políticos que han surgido en el contexto de la globalización y trata de dar una respuesta pragmática a los procesos económicos desde el punto de vista del derecho y la administración. La gobernanza para el autor idealmente se materializaría por medio de la participación ciudadana, la descentralización de las entidades, la reducción de las desigualdades en los procesos de participación, entre otras. No obstante, el autor enfatiza en la carencia de legitimidad de esta figura, pues ésta se fundamenta en la participación selectiva de los actores dentro del espectro de decisión, desdibujando la idea de soberanía tradicional. Así mismo, en su crítica a la gobernanza, Santos establece que, si bien en un principio la idea de la gobernanza buscaba superar las barreras de legitimidad de la década de 1970 y la idea de gobernabilidad, termina convirtiéndose en una forma de administración mutante que trata de

escapar de las presiones sociales y los cambios económicos que genera la interconexión entre los estados, creando un híbrido que ante todo carece de la legitimidad anhelada.

Adicionalmente, el concepto es criticado por el autor pues considera que tiende a ignorar las desigualdades de poder de los actores que conforman el escenario global, considerando que, si bien trata de reconocer las desigualdades, no tiene una propuesta clara y ejecutable respecto a la redistribución del poder, que identifica como uno de los problemas principales a analizar en el escenario global actual. Lo anterior lo sustenta en que la redistribución y el cumplimiento de los derechos económicos pasa a estar en un segundo plano, que depende de la voluntariedad del estado, dejando de lado la coerción necesaria y propia de los sistemas de derecho y su influencia en el devenir social. No obstante, es interesante como el autor refiere que esos derechos muchas veces se consolidan por la presión externa de los demás sujetos del escenario globalizado, que más allá del estado independiente, participan en la lógica global, y que busca consolidarse como el valor agregado del esquema. Esto reafirma el contenido de esta tesis, que será analizado en apartados posteriores, relacionado con la fuerza que imprimen las presiones externas sobre los propios estados “soberanos” y la capacidad de influencia en las decisiones “internas” de estos.

La idea anterior, tiene relación directa con la teoría sostenida por Sassen, que establece que la gobernanza global lleva a la descentralización del poder a nivel global y nacional, y a la disminución del papel preponderante del estado-nación como forma central de organización política (2003b, p.7). La administración pasa a ser un aspecto más allá de las fronteras y de la democracia, y se convierte en un poder decisorio del llamado “*comunidad internacional*”, que varios autores critican argumentando la falta de legitimidad política que la caracteriza (Goig, 2016, p.113). Así las cosas, el concepto de los autores, Santos y Goig, redundante en la degradación del componente político dentro del marco social, en el sentido en que ahora son los expertos

jurídicos y técnicos los que tienen a cargo la protección de los derechos y los intereses sociales y la definición de las normas aplicables, dejando de lado la cuestión de la movilización política que ha sido históricamente un factor necesario para la legitimación social.

Rescatando los conceptos de Sassen (2003b, p. 10), dentro de la gobernanza, el estado nación muta en virtud de los interés privados que han adquirido mayor poder en la globalización. Poderes privados que tratan de sumarse a las formas de gobierno tradicionales para lograr el resultado de una autoridad híbrida. Esta autoridad tiene vertientes públicas, privadas, nacionales y globales, que conforman la nueva legalidad; sin embargo, el estado nación continúa siendo el garante directo de los derechos de los asociados. Dentro de esta concepción, la autora resalta lo ya mencionado anteriormente citando a Santos et al. (2007), y es que el papel de cada estado frente a esta nueva forma de organización internacional es diferente dependiendo del poder que cada uno tenga dentro del escenario global, llevando a que algunos sean los que definan las estrategias de gobernanza y otros los que reciben e implementan las directrices definidas por otros actores, lo cual es un planteamiento esencial para las conclusiones de esta investigación.

Esta gobernanza ya analizada desde el punto de vista teórico tiene una representación clara en el marco internacional actual, por medio de las instituciones y organizaciones internacionales que tratan de agrupar las intenciones comunes de los diferentes sujetos del marco internacional, se consolidan los postulados de esta teoría. En palabras de Graham (2015, p. 171), las organizaciones internacionales regulan prácticas imponiendo a los actores del marco internacional lo que está permitido y lo que es posible, jugando un papel principalmente de regulador entre los estados miembros. Las organizaciones internacionales buscan consolidarse como un meta-regulador que tienen el objetivo de: i) tomar decisiones institucionales y ii) tener una estructura formal de operación. Lo anterior, buscando que los marcos jurídicos estatales se

adapten a unas políticas internacionales generalizadas que generan un clima de operación unificado (Kural, 2021, p. 17).

Varios autores en los últimos años han analizado el fenómeno que ha generado la implementación de los esquemas de gobernanza global dentro de las esferas internacionales y nacionales, y el estudio no siempre arroja resultados positivos. De esto se desprenden las teorías críticas de este modelo, que a continuación expongo, que acojo y que más adelante tendrá relación directa con el estudio de caso.

Zürn (2018) argumenta que el escenario global ha mutado a partir del inicio del siglo XXI, pues desde ese momento priman las relaciones de autoridad y legitimidad inequitativas, lo que acarrea la priorización de intereses de unos actores particulares, lo cual es ocultado por medio de “principios normativos y patrones de autoridad institucionalizados” que mantienen el orden internacional actual. La soberanía internacional que trata de argumentar el autor está consolidada en tres instancias: i) la voluntad no solo de los estados, sino también de los sujetos que hacen parte de la comunidad internacional, ii) el bienestar internacional que obtienen los miembros de la colectividad, y iii) la creencia de una autoridad internacional que detenta el poder y concreta las expectativas. El deseo de los sujetos de hacer parte de esta comunidad hace que la relación de autoridad se consolide; sin embargo, la consolidación del concepto de legitimidad presenta inconvenientes en razón de las pocas herramientas institucionales de las que puede hacer uso el aparato internacional y que muchas veces no representan los intereses de estados en vía de desarrollo. Las instituciones internacionales presentan narrativas que más que legalistas, pues la legitimidad es un aspecto que al igual que otros mencionados, pone en discusión el autor, tienen tintes tecnocráticos y están creadas bajo la dirección de una serie de estados dominantes que no ven la necesidad de analizar si la puesta en práctica de las políticas internacionales se

adecua a todos los escenarios en que se implementan. La legitimidad se pone en entredicho en razón de la inexistencia de la separación de poderes en las organizaciones internacionales, que, al ser los principales órganos impulsores de las políticas de gobernanza, terminan dejando de lado la no-arbitrariedad y la imparcialidad por satisfacer a los estados que históricamente han sido más poderosos, generando que el fin último de la representación real y la puesta en práctica de las medidas de inclusión de la sociedad civil se vea afectado.

Es así como en palabras de Zelicovich (2022), el autor Zürn establece que:

Los mecanismos causales que enuncia *Una teoría de Gobernanza Global* proponen que, a mayor autoridad ejercida por las instituciones internacionales, mayor atención reciben de los estados poderosos, que buscan retener mayor influencia -especialmente mediante los mecanismos de toma de decisión e implementación-. A la vez, a mayor autoridad política de las instituciones internacionales, mayor atención atraen, más actores participan en los debates y tiene lugar una mayor polarización de las opiniones (politización). Por otra parte, se sostiene que la falta de stocks de legitimidad tiende al crecimiento de la resistencia a las instituciones inter y trasnacionales.

En este sentido, el autor argumenta que existen cuatro posibilidades para que los estados reten la autoridad ejercida por las instituciones internacionales:

Dependiendo de los recursos de poder de los actores desafiantes (sean estos actores sociales, estados emergentes o estados ya dominantes), de las alternativas disponibles para los desafiantes, de las capacidades de la autoridad para adaptarse, del nivel de politización y de contrainstitucionalización, las instituciones en el marco de la gobernanza global pueden llevar a una mayor fragmentación y declive o a una profundización de ésta. (Zelicovich, 2022).

La anterior es una clara descripción de lo que se evalúa en el estudio de caso y las conclusiones de esta investigación, pues como podrá verse más adelante, a pesar de existir desafíos en los estados en vía de desarrollos relacionados con la implementación de políticas de origen internacional, estas adopciones no siempre están generando los resultados esperados en el ámbito social interno. Estos efectos no representan el final del desafío de la gobernanza global y su implementación, sino el inicio de un camino de transformación. El hecho de que estemos en el comienzo de una mirada transformadora de la gobernanza global tiene relación directa con que en América Latina estemos viendo los resultados más inmediatos de la adopción de las medidas bajo este esquema de administración, considerando que la adopción inició entre el final del siglo XX y comienzos del siglo XXI, pues por los flujos de información y la aparición en el escenario internacional, estos estados recibieron la influencia internacional de manera posterior a lo que fue para los estados pertenecientes a la Unión Europea. Por lo que es un momento ideal para entender y analizar desde un punto de vista teórico y práctico las implicaciones de la acogida de la gobernanza regulatoria en esquemas de gobierno alternos, y no en los tradicionalmente analizados, como los europeos. La importancia del momento histórico para el análisis de este fenómeno es definida por Zelicovich en su artículo, quien dedica un apartado a entender el porqué de la diferencia conceptual de la Gobernanza Global en América Latina. Para el autor, los marcos analíticos desde donde se piensa y se genera la producción académica de la región, en términos de los desafíos para la inserción internacional de los países latinoamericanos, son diferentes a los tradicionales utilizados desde la experiencia europea y norteamericana, que vivieron la experiencia desde otro punto de vista. Muchas veces se ha generado una literatura crítica, en donde la práctica está más relacionada a un enfoque revisionista que ha empezado a realizar la academia ante las indescifrables reformas e implementaciones que no presentan los

grandes cambios esperados en los devenires sociales de sus estados en desarrollo. En este sentido, podría decirse que la implementación de estas políticas está generando afectación directa a las instituciones estatales tradicionales conocidas, y muchas veces el desuso de las herramientas legales que fueron eficientes dentro de esa esfera social, generando así otro de los fenómenos posibles dentro de la teoría del derecho y su influencia en la adaptación y el cambio social. Así las cosas, si bien las medidas fueron llegando a los países de la región de manera tardía, éstos no han impedido la implementación de las mismas y han respondido a las presiones externas, muchas veces sacrificando a los actores internos.

c. Estado regulador

La tendencia del estado regulador en el mundo puede definirse como el cambio en el modelo de gobierno o administración de los estados hacia una intervención moderada, que busca por medio de agencias especializadas y tecnificadas, cumplir los grandes objetivos del estado. Esto, siguiendo las lógicas de mercado y privatización, pero eliminando los riesgos que genera la teoría del libre mercado y el *laisse faire* que previamente había fracasado. De manera general, los autores han considerado que esta tendencia es consecuencia directa de que “cambió el paradigma de los mercados altamente regulados. La competencia internacional expandió la demanda de nuevas reformas en las regulaciones. Los sistemas reguladores centralizados y burocráticos comenzaron a cuartearse en la medida en que surgieron más actores que no encajaron en la representación corporativa del gobierno de la época” (Valencia, 2004, p. 9).

En el marco académico colombiano, Restrepo y Cárdenas destacan en uno de sus artículos que, “la regulación garantiza la existencia de unos contenidos jurídicos que constituyen la condición de posibilidad de la economía de mercado”. (Cardenas & Restrepo Medina, 2016, p. 9). Sin embargo, enfatizan que la regulación solo será efectiva en la medida en que cumpla con

los estándares de técnica y procedimiento que requiere el mercado para el cual fue creada (2016, p.11).

La idea del estado regulador tiene sus orígenes en el derecho anglosajón. Particularmente, esta idea comenzó a forjarse en Estados Unidos a comienzos del siglo XIX, pero se hizo transversal a su ordenamiento desde el año 1946, por medio de la expedición del *Administrative Procedure Act*. Esta ley creó un proceso autónomo y especial para el funcionamiento de las agencias independientes que ya se habían configurado en años anteriores y que tenían el objetivo de dictar reglamentos y ejercer poderes cuasi legislativos, relativos a las temáticas que les competían, como lo referente a temas laborales, la protección del medio ambiente, el suministro de electricidad y gas, entre otros. Esto, se materializaban por medio de la expedición de actos administrativos generales, para definir el espectro de actuación de los sujetos, y particulares, para imponer medidas correctivas o sanciones a quienes fueran en contra de estos (Malagón, 2016, p. 315 y ss.). Así, el estado regulador corresponde a la forma de gobernanza que prevalece en el momento actual, y está caracterizada por tendencias como la privatización, acompañada de la creación de marcos normativos estándares para la actuación de los individuos dentro del estado, que son definidos por las agencias especializadas, en las cuales debería prevalecer la tecnocracia, la independencia y la promoción de políticas que soporten la economía del estado, pero que claramente están influenciadas por los actores internacionales prevalentes, como los son las organizaciones internacionales.

Así las cosas y de acuerdo con los autores Restrepo et al., citando a Mitnick, existen dos tipos de razones que justifican la existencia de la regulación estatal:

De una parte, aquellas encaminadas a la corrección o restricción de actividades intencionales que se juzgan deseables a un nivel ideal pero que funcionan mal en la

práctica o que se juzgan indeseables con respecto al interés público. De otra parte, las que buscan controlar productos laterales no intencionales de las actividades cuando la competencia no puede sobrevivir, cuando la competencia existe, pero por imperfecciones como ignorancia de los compradores, riesgo excesivo, discriminación o selectividad de la competencia o probabilidad de que la competencia sea dañina para el servicio, no se obtienen resultados competitivos; o cuando existe competencia pero otras políticas se le oponen (Restrepo Medina et al., 2012, p. 3).

De acuerdo con Garrido (2017), Colombia ha sido activa en la implementación de las reformas de gobernanza regulatoria, buscando la construcción de mejores relaciones entre los ciudadanos y la administración. Lo anterior, pues por medio de estas estrategias de administración y buen gobierno, el Estado propende por la eficiencia en la atención de las necesidades de los administrados, que no está correlacionado con un estado tradicional.

Por su parte, otros autores colombianos más recientemente han definido que el derecho de la regulación se gesta en el país en razón de la relevancia que adquiere cada uno de los agentes del escenario global y que son reconocidos internamente por los órganos estatales. Esto genera que:

[...] el Estado se convierte en un gestor que canaliza las visiones de los actores tanto internos como externos para insertarlas dentro de su organigrama estatal. En consonancia con lo descrito en el CONPES 3248 sobre la renovación de la administración pública “el Estado es promotor, regulador, controlador y sólo empresario cuando ello sea indispensable [...]”. (Franco Fuquen & Restrepo Medina, 2021, p. 141).

Así, más allá de la referencia histórica, puede afirmarse que este modo de ejercer la administración se enmarca en el concepto de la gobernanza regulatoria, el cual es un modelo de

gestión estatal promovido por diferentes organizaciones internacionales, entre las que se encuentra la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y que tiene como objetivo que las instituciones administrativas adelanten una agenda política que busque la consolidación de la regulación. Esta última entendida como aquel modelo de estado en que prevalece el establecimiento de marcos jurídicos para la actuación de los individuos, y el control y vigilancia del actuar de los mismos, sin la necesidad de intervenir o actuar como proveedor único. Esto incluye necesariamente el llamado a los estados a incluir dentro de su estructura, organismos de gestión y supervisión de la regulación, particularmente en sus poderes ejecutivos y, en algunos casos, en los parlamentos o los órganos de representación. También debe traducirse en la existencia de entidades reguladoras independientes de las actividades económicas de los diferentes sectores, organismos asesores y comisiones especializadas para la implementación de nuevas normas que desarrollen el modelo (World Bank, 2010, p.3). Algunos autores y el Banco Mundial suelen subclasificar las instituciones propias de la gobernanza regulatoria de la siguiente manera: i) órganos de supervisión encargados de la reglamentación en general en la materia, ii) comités de alto nivel encargados de las reformas a nivel político, iii) órganos consultivos encargados de la asesoría a los programas previamente definidos y, iv) instituciones ad hoc encargadas de tareas de regulación específicas según las necesidades particulares. La clasificación en mención es importante para entender la manera en que opera el estado bajo este mecanismo, pero se debe mencionar también que los mismos autores definen que estas distinciones pueden no ser tan efectivas, considerando que en la práctica las funciones asignadas pueden soslayarse entre ellas (World Bank, 2010, p.viii).

La OCDE ha sido fiel promotor de las políticas de regulación (World Bank, 2010; OECD, 2012), pues tal como se enfatizará más adelante, la Organización tiene una dependencia

destinada a promover la gobernanza regulatoria en los diferentes niveles del aparato estatal. En dicho espacio se han analizado principalmente los retos de las entidades públicas en relación con las empresas que prestan servicios al Estado y aquellos ciudadanos que ejercen labores propias de la administración.

Transición al Estado Regulador

La idea del estado neoliberal parte de una crítica al Estado intervencionista que se presentó durante las décadas de 1960 y 1970, promovida principalmente, por Ludwig Von Mises, Friedrich Von Hayek y Milton Friedman, y se consolidó en la teoría económica y política neoliberal. Para autores de esta corriente, los problemas del Estado intervencionista sirvieron de plataforma para postular su teoría sobre el papel adecuado del Estado frente a la economía. El fracaso de las teorías intervencionistas para enfrentar las crisis generadas por las guerras de inicio del siglo XX y la gran depresión de 1929, fueron las herramientas que utilizaron estos autores para plantear la necesidad de un gobierno que estableciera un mercado libre y competitivo, por medio de políticas desregulatorias, que generasen un ambiente propicio para el desarrollo económico del Estado.

En materia de administración pública, las ideas de la tendencia neoliberalista que aboga por la reducción de las funciones estatales como solución a los problemas fiscales y administrativos quedaron plasmadas en el Consenso de Washington (Veggeland, 2016, p. 106). En este pueden encontrarse ideas que buscan que las autoridades funcionen de manera eficiente, acogiendo modelos de administración empresarial (Gracia, 2015, p. 7), buscando estabilizar la economía y generar políticas de competencia seguras para los empresarios. La reducción del tamaño del estado y su eficiencia a la luz de criterios económicos y empresariales se postulan como herramientas para asegurar los derechos de los ciudadanos y las garantías fundamentales para el bienestar general, y a su vez generar eficiencia fiscal y de mercado para el estado (Puello-

Socarrás, 2013, p. 25). Para Williamson, el Consenso de Washington, promueve una idea de estado en que éste debe actuar bajo déficit presupuestario, lo que implica la priorización del gasto público y la eliminación de medidas como los subsidios y apoyos económicos.

Adicionalmente, está acompañado de la promoción de medidas económicas competitivas, y la liberación de los flujos de capital hacia el exterior, eliminando el proteccionismo a la industria nacional y promoviendo la inversión extranjera directa. Es así como, la privatización se convierte en una herramienta importante para hacer efectiva la política económica en mención; pues las empresas pueden gestionar mejor el mercado. No obstante, para el Consenso de Washington, la regulación no era la solución y buscó la implementación de políticas tendientes a la desregularización del mercado. (Williamson, 1999).

Posterior a esto, Stiglitz y otros autores, definen el surgimiento del estado regulador como una respuesta a los resultados de la política desregulatoria previa promovida por el neoliberalismo. Estos argumentan que la regulación tiene el objetivo de mantener los mercados seguros y fuertes, a la vez que asegura a todos los grupos sociales el acceso al capital. Por ende, un estado funcional, se logra por medio de la construcción de marcos de regulación seguros, la eliminación de las medidas restrictivas, la generación de normas que conserven la competencia y el comportamiento regulado de los actores dentro del mismo, entre otros. Si bien este modelo mantiene la promoción de postulados como la privatización y el libre comercio, redefine el concepto de regulación que reconoce las diferencias propias de los mercados y los diferentes grados de intervención que deben ser puestos en marcha. Esto es lo que varios autores llaman neo institucionalismo. (Stiglitz, 1998)

Materialización del Estado Regulador e Influencia Internacional.

Helena Alviar y Everaldo Lamprea afirman que se consolida el modelo regulatorio cuando se presenta:

(1) Una nueva división del trabajo entre el Estado y la sociedad, en donde la privatización representa un rol protagónico; (2) un crecimiento de la delegación de funciones públicas a actores privados; (3) una proliferación de nuevas tecnologías de regulación, tales como las agencias reguladoras; (4) la formalización de arreglos institucionales para gobernar el mercado a través de la regulación; y (5) una importancia creciente del conocimiento experto. (Alviar García & Lamprea, 2016, p. 5)

Esta visión de regulación fue en primera medida desarrollada directamente por los propios 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, la legitimidad, el ahorro de recursos o la 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 influenciados por actores del escenario transnacional (Cabrera-Jiménez, 2014, p. 50), tales como la OCDE, lo cual no siempre genera resultados positivos para los estados.

El modelo promovido por las organizaciones internacionales se caracteriza por poner un mayor énfasis en la capacidad privada para autorregularse, por encima de la aspiración al mando y control directo y vertical por parte de las entidades públicas. Con base en esta lógica, el Estado incorpora a su organización agencias independientes que se encargan de 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 (Saavedra, 2012, p. 271). 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 (Saavedra, 2012, p. 273). Estas agencias tienen el deber de incorporar las políticas de regulación establecidas por la legislación de cada país, generando de procesos de simplificación de la estructura gubernamental tradicional (Falla, 2003, p. 170).

Al hablar del estado regulador es casi seguro que el lector 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 se debe a que la OCDE se ha posicionado a nivel global como una autoridad generadora de buenas prácticas en la materia, debido a los desarrollos a escala interna que han logrado sus estados parte y las consecuencias que las políticas promovidas desde la organización han tenido sobre sus economías. Lo anterior ha sido un posicionamiento que la OCDE ha construido en sus más de setenta años de operación, como entraré a explicar en el *Capítulo 3*.

Tal como lo argumenta Terraciano 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. (2019, p. 9)

Gracias a la promoción de estos postulados por organizaciones como la OCDE, la influencia de organismos como la Unión Europea y países como Estados Unidos y los europeos, las ideologías de los gobernantes de turno, la presión económica externa propia del mundo globalizado y los compromisos adquiridos por reciprocidad con otros estados, los países de América Latina invierten cada vez más en procesos de integración en instituciones que apoyan la calidad regulatoria de sus aparatos gubernamentales. Sin embargo, este no es un fenómeno perfecto, y la puesta en práctica de manera inadecuada o poco analizada puede llevar a fracasos tales o mayores al de las políticas dejadas atrás. Un punto para resaltar del estudio que realiza Elena Alviar en su libro dedicado a este fenómeno, es la identificación de tres grandes problemas en la implementación de este modelo en los estados latinoamericanos. Estos son:

- i) la falta de independencia de las agencias de regulación,
- ii) la falta de adecuación legal y constitucional de las agencias y su alcance jurídico que hace que no haya claridad en la forma de configuración ni ejecución de su tarea y,
- iii) la adopción de figuras jurídicas foráneas que no son adaptables a la realidad estatal. (p. 16).

Estos problemas nacen del hecho de que el estado regulador nació bajo el entendido de la asociación directa de agentes expertos al manejo gubernamental, que comprendiera el manejo de la economía, que fuesen imparciales y que tuviesen una visión a largo plazo que generara estabilidad en las políticas públicas (Sanclemente Arciniegas, 2019, p. 193); elementos que no se han considerado a la hora de implementar en múltiples territorios, los postulados de esta teoría.

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 presuntamente eficiente que busca nutrir los esquemas de globalización en funcionamiento. La aplicabilidad de esto puede observarse en el informe que realizó la Organización en el año 2014, en el cual se enfoca en las formas de combatir la colusión en Colombia. En este informe se puede evidenciar como justamente en la mayoría de las recomendaciones se hace referencia a las falencias de la administración en lo que tiene que ver con la regulación de los diferentes aspectos de la contratación pública (OCDE, 2014).

Así las cosas, para los fines de esta investigación 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 y que es explicada por el autor Levi-Faur así:

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). [...] 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).

En conclusión, dentro del mundo globalizado, la promoción de los postulados de una administración que fundamente su operación en las ideas del Estado Regulador es un aspecto positivo, pues a mi juicio puede contribuir al desarrollo. Además, adoptar modelos regulatorios

como los promovidos por la OCDE y la correspondiente tendencia a la homogeneización de las formas regulatorias, podría ayudar a simplificar la operación de las empresas y el entendimiento entre mercados y administraciones, en pro de un crecimiento generalizado y la interconexión entre personas, bienes y servicios. En este sentido considero que la implementación de medidas de regulación es una práctica que ha podido traer avances a los mercados en vía de desarrollo, pues conjuga elementos importantes como lo son el conocimiento experto, la igualdad de condiciones, la privatización moderada y un entendimiento directo entre el sector privado y la administración que podrá generar eficiencia en el cumplimiento del interés general como principal objetivo de esta última.

No obstante, es importante resaltar que la adopción de fórmulas regulatorias foráneas no siempre trae efectos positivos; su éxito depende en gran parte del contexto social en que sean implementadas las medidas y los objetivos particulares que persigue el estado en que se adecuan, tal como se analizará en el apartado *d* de este capítulo. En este sentido, en mi opinión, el inconveniente que se ha evidenciado no es la teoría sino la implementación, razón por la que el objetivo de esta tesis no es abogar por la no adopción de este tipo de medidas de gobernanza, sino identificar los problemas de implementar medidas solamente justificadas en la presión externa de los actores internacionales, no revisar ni analizar de manera previa y consciente la medida a ser ejecutada, omitir puntos clave de examen que podrían permitir que la medida sea más efectiva y eficiente en el ordenamiento particular. En este sentido, argumento la necesidad de que los gobernantes y los representantes de las instituciones internacionales presten mayor atención al escenario social, por ejemplo, evaluando cuáles son los sectores, agremiaciones e individuos que se verán afectados directa o indirectamente por la decisión, y cuales podrían ser los efectos colaterales de la errónea aplicación de los principios regulatorios. Estos son aspectos

que tal como se dejó expuesto y como gran parte del sector académico lo sostiene, deben manifestarse en la reducción de la brecha de la desigualdad y/o la falta de inclusión social, lo que hasta ahora no se ha consolidado, por lo menos en lo que tiene que ver con los AMPs en Colombia, como podrá revisarse en el Capítulo 4.

d. Trasplantes jurídicos en la era global

Influenciados por la promoción de los postulados de corrientes como la Gobernanza Global, y particularmente el modelo de la Gobernanza Regulatoria por parte de los actores externos o internacionales es que los homólogos de América Latina invierten cada vez más en procesos de integración en sus aparatos gubernamentales de instituciones que apoyan la calidad regulatoria. Sin embargo, la acogida en sistemas jurídicos y económicos nacionales de esquemas externos y foráneos, no es un fenómeno fácil, pues tal como he referenciado hasta el momento, pueden existir tensiones y aspectos no esperados en la implementación de políticas de gobernanza. En secciones anteriores, se concluyó que la puesta en práctica de manera inadecuada de las recomendaciones de organizaciones internacionales como la OCDE, puede llevar a los estados a fracasos iguales o mayores que aquellos asociados a los efectos de las políticas dejadas atrás (Alviar-García & Lampresa-Montealegre, 2016, p. 11).

Una de las 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 con frecuencia las reformas normativas o institucionales que los estados tratan de implementar son trasplantes de políticas impulsadas por diversos organismos internacionales asesorados por expertos en temas de regulación de políticas estatales, como se expuso anteriormente. Estos modelos regulatorios son aceptados y valorados positivamente casi automáticamente por la comunidad internacional y por las mismas organizaciones

internacionales, y por esto son tan interesantes y atractivas para países que buscan la aceptación internacional y mejorar su reputación. No puede concluirse a ciencia cierta si las políticas regulatorias implementadas por Colombia en los últimos años, y que se analizarán en el *Capítulo 3*, nacieron como parte de la intención de los gobiernos del momento de pertenecer a la OCDE o como mecanismo independiente de avance económico. Sin embargo, lo cierto es que Colombia realizó estas reformas 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 la década

de 1990. 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.

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*, afirmó:

Una norma es necesariamente una forma cultural incorporada. Como acumulación de elementos culturales, se apoya en formaciones históricas e ideológicas [...] (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 y Gold, 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 no será similar, si no hay un contexto o una preparación consciente para la aplicación de la norma (Morin & Gold, 2014, p. 790).

A pesar de la categorización, 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 estrecha 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 y las formas de relacionamiento entre los estados (Saavedra-Velazco, 2011, p. 210).

Autores como Watson y Tusnet amplían estos dos criterios y califican los trasplantes en categorías más amplias, que en palabras de Miller 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. Los estudiosos del tema resaltan que, indistintamente del tipo de trasplante de que se trate, estos siempre tienen un punto débil, que corresponde a que son reglas o parámetros que no fueron pensados para esa sociedad particular, y que hacen que la implementación tenga carácter ocasional y no logre establecerse como parte de la cultura jurídica local (Miller, 2003, p. 52). Los inconvenientes en la puesta en práctica de la teoría, que se encuentran comúnmente son: 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).

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). Esto 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, y es ésta 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; Sáez, 2010). 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 un compromiso 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, tal como será analizado en el *Capítulo 3*, 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 nacen los más grandes interrogantes, ¿Son las reformas promovidas por la OCDE adecuadas para ser implementadas en todos los estados que hacen parte del aparato global? ¿Cuáles son los efectos de una incorrecta o inconveniente implementación? ¿Pueden estos aparatos globales afectar las lógicas sociales de un estado? Adelantándonos a las conclusiones del texto, para mí no todas las reformas promovidas por organizaciones como la OCDE son aplicables a todos los estados, inclusive no a todos los estados parte de la Organización, considerando la presión externa que han tenido para adherirse a este tipo de entidades o para cumplir con la agenda internacional. La falta de un estudio casuístico y seguimiento a las implementaciones ha generado consecuencias no siempre beneficiosas para los actores internos, dejando de lado el interés mayor del estado que corresponde a la promoción y garantía del bienestar general y consecuentemente de sus ciudadanos. Las lógicas y *modus operandi* de los estados, principalmente los que están en vía de desarrollo, se han visto afectados por políticas implantadas sin tener en cuenta el contexto social; pues para la OCDE los intereses van más allá de lo que internamente sucede con la población, vulnerable o no, del estado

receptor. Así, si bien me ubico en un punto medio frente a la teoría de los trasplantes jurídicos, esto es dentro de la teoría conciliadora, creo que en la práctica ese punto medio no ha logrado consolidarse, pues para que esto suceda, debe existir un papel activo y crítico por parte del estado receptor que claramente se ha visto anulado por la presión externa y la nula posibilidad de negociación o replanteamiento de los parámetros internacionales predefinidos.

3. La Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico – OCDE, los Acuerdos Marco de Precios y su Marco Legal en Colombia.

a. Aspectos generales

La Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico fue creada en el año 1960, aunque su verdadero inicio se remonta a la creación de la Organización para la Cooperación Económica de Europa (OCEE), la cual nació en 1948 con el objetivo de fortalecer el crecimiento sostenible de las economías de los estados que firmaron el Acuerdo de creación, todo estos pertenecientes al grupo de países del continente europeo que aun 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 unos propósitos comunes que los favorezcan. Estas finalidades generales tienen 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 la 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, como consecuencia directa y lógica de la implementación de las políticas económicas que la Organización promueve (Sáez, 2010, p.95).

Esta Organización durante sus más de 70 años de existencia se ha dedicado a proveer apoyo técnico en diferentes temas de política pública, como, por ejemplo: i) agricultura y pesca, ii) gobierno corporativo, iii) desarrollo, iv) economía, v) educación, vi) empleo, vii) medio

ambiente, viii) salud, ix) seguros y pensiones, x) migración, xi) impuestos, xii) comercio, entre otros. Para cada una de estas materias, la OCDE ha realizado múltiples estudios y ha formulado recomendaciones generales, en las cuales indica las políticas regulatorias y de gerencia que estima pertinentes para todos los estados. Adicionalmente, ha realizado trabajo de campo y análisis sobre cada uno de los estados miembro, con el fin de tener claridad sobre lo que se ha implementado en cada territorio y los puntos por mejorar, con miras a recomendar modificaciones. Aunque sobre esto no hay consenso, y es una idea debatida en este texto, autores como Gurría sostienen que el operar de la OCDE siempre ha tenido un mismo objetivo que ha desarrollado por medio de diferentes herramientas: ser “un foro único para compartir políticas, intercambiar las mejores prácticas y aprender unos de otros. En términos más generales, la OCDE ofrece a los gobiernos un lugar para hacer comparaciones, encontrar puntos de referencia y evaluar sus respectivos instrumentos de política, aprendiendo –así– unos de otros” (Gurría, 2011, p.34).

Esta visión de la OCDE corresponde a lo que varios autores han definido como un “*Think Tank*”. En términos de Xifra (2016, p. 17), este tipo de agremiaciones son:

[...] una organización formada por diversos intelectuales y analistas, que recibe contratos o encargos de organizaciones públicas o privadas para analizar ideas y proyectos, y proponer formas de aplicación de las diferentes actividades gubernamentales o industriales para ser difundidas a través de los medios de comunicación social y así influir en el debate público. Entre otros aspectos que hay que tener en cuenta a la hora de definirlos, debemos considerar que se trata de organizaciones permanentes encargadas de suministrar una producción original de reflexiones, análisis y asesoramiento, pero que no están al cargo de misiones gubernamentales. Además, su trabajo tiene, o debería tener, la

ambición, explícita o implícita, de servir a una determinada concepción del bien público, por oposición a las organizaciones con un afán únicamente comercial y lucrativo. Aunque los *think tanks* no lleven a cabo actividades de presión e influencia parlamentarias propiamente dichas hacen un muy notable papel en el desarrollo de estrategias de influencia, ya que sus opiniones una de las más tenidas en cuenta a la hora de abordar cualquier asunto de índole pública o política.

Si bien las políticas de la OCDE hoy en día están directamente relacionadas con las teorías enunciadas en el capítulo anterior (gobernanza regulatoria y NPM), esta posición de la OCDE ha variado. En las décadas de 1940 y 1950, la OCDE buscaba que los Estados acogieran políticas económicas alineadas a los paradigmas de la época, especialmente el keynesianismo; Velarde argumenta que “en aquella etapa, sus mensajes estaban ligados a una aceptación de las doctrinas keynesianas, dentro de planteamientos políticos que procuraban no separarse demasiado de actitudes socialdemócratas” (2011). Posteriormente, entre la década de 1970 y 1990, se eliminó cualquier tipo de relación o referencia a la política socialdemócrata y del estructuralismo económico. Lo anterior sugiere que, a lo largo de los años, la Organización se ha comportado como un espacio en que se buscan soluciones conjuntas a los problemas vigentes desde la óptica del marco institucional y a la luz de los debates académicos, políticos y económicos del momento. El soporte que se ha brindado a los diferentes estados es desarrollado por medio de diferentes técnicas que más adelante serán comentadas, y que han logrado impactar de manera directa las estructuras gubernamentales de los diferentes miembros (Arias Henao, 2019, p.118).

Los principales aspectos que busca promover la Organización tienen directa relación con los principios de economía de mercado, el libre comercio de bienes y servicios, y una

competencia fuerte y abierta entre todos los actores implicados dentro de estos procesos. Adicionalmente, desde las últimas décadas de siglo pasado, la Organización se ha interesado en desarrollar contenido para el avance de los estados en cuestiones sociales, de equidad y de desarrollo sostenible (Gurría, 2011, p. 33). Mira & Gutierrez han definido el objetivo de la OCDE como la búsqueda de condiciones e interacciones en las relaciones Estado, empresa y sociedad más reguladas dentro de parámetros de idoneidad, resultados y transparencia; buscando a su vez la reducción de las desigualdades e inequidades (2018, p.89).

El trabajo de la OCDE ha sido valorado de buena manera debido a su capacidad de promover políticas de gobernanza eficientes. En este sentido, podemos resaltar el análisis que hace Galvis Castro, quien analizar el funcionamiento y las tareas de la Organización desde un punto de vista práctico y de resultados. El autor concluye que la Organización se ha convertido en pionera de mecanismos de promoción de políticas y se ha consolidado como el actor 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, Galvis argumenta que la OCDE estudia las mejores políticas para los gobiernos actuales, entre las que se resaltan aquellas basadas en lógicas regulatorias y de 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 expone argumentos sobre esta materia 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 cómo la Organización complementa los análisis académicos con propuestas de implementación, que los estados muchas veces, ante la imposibilidad de crear su propio desarrollo normativo, acogen (Slaugther, 2004, p. 46).

Lo anterior sugiere que en la actualidad la OCDE comparte y promueve los presupuestos del estado regulador y concibe la regulación como una actividad esencial que debe realizar el estado, como entidad a cargo del control y la moderación del espacio público y las actividades mercantiles necesarias para la vida en sociedad.

b. Funcionamiento de la OCDE

El tratado constitutivo de la OCDE crea una estructura que se conforma por tres órdenes principales. En primer lugar, se encuentra el Consejo, el cual está compuesto por un representante de cada uno de los estados parte y de la Comisión Europea, y es el órgano encargado de expedir todos los actos formales de la Organización (OCDE, 1960) y tomar las decisiones de funcionamiento, por lo que se puede caracterizarse como el máximo organismo dentro de la estructura (OCDE, s.f.)

Por otro lado, opera la Secretaría, que se encarga de la función de investigación y análisis, siempre bajo el mando del Consejo. Este orden está conformado por más de 3.000 expertos en diferentes áreas del conocimiento y está encabezado por un secretario general, quien preside las sesiones del Consejo y se encarga de administrar la operación de dichos expertos (OCDE, s.f.).

Por último, se encuentran los comités, que están encargados de analizar ámbitos particulares de las políticas públicas. Son aproximadamente 300 comités y grupos focales en diferentes áreas, que se integran tanto por representantes de los estados, como por representantes del sector privado y expertos en las materias de análisis (OCDE, 2019). Entre los principales

comités se encuentran: (i) el Comité de Política Económica (EPC), (ii) el Comité de Exámenes Económicos y de Desarrollo y (iii) el Comité de Ayuda al Desarrollo (OCDE, s.f.).

Esta estructura organizacional y las ideas que la OCDE quiere que los estados acojan como parte del sistema de cooperación se enmarcan dentro de corrientes que buscan el distanciamiento y la transformación del estado tradicional a la luz de movimientos como la gobernanza regulatoria analizada en el capítulo anterior, y otras que también han tenido un papel relevante, como el *New Public Management*³. Estas corrientes, tomaron fuerza durante la década de 1990 y buscan enfrentar la problemática de la administración pública desde diferentes enfoques, pero siempre en búsqueda de la eficiencia y efectividad.

La OCDE ha pasado a ser un actor determinante en temas de reformas al sector público, es decir, tal como sostiene Pal, la Organización tiene alta incidencia las decisiones que toman los estados sobre sus orientaciones de política y reforma en el sector público. En esta labor tienen un papel central los Comités de Gobernanza creados dentro de la OCDE precisamente para este fin (Pal, 2008, p.8).

La Organización, en muchos de sus textos, incorpora los conceptos de *New Public Management* y la gobernanza regulatoria cuando formula recomendaciones en temas de políticas públicas. Esto puede verse por ejemplo en el documento titulado *Public Management Reform and Economic and Social Development* publicado en 2001, y en el que explica los cambios en

³ Corresponde a la corriente por medio de la cual se busca la inclusión del concepto de gerencialismo dentro de la administración pública y el abandono de una concepción puramente pública, se crea un sistema práctico e incluyente en el sentido de una administración integral, que lograra superar las situaciones que generan que los estados se queden cortos ante las exigencias actuales que redundan en: i) un funcionamiento de las entidades públicas eficiente, visible y que genere una percepción positiva de la ciudadanía ante ellas, ii) la conservación del nivel de los servicios, más allá del declive de los ingresos públicos y, iii) la inclusión de objetivos a largo plazo dentro de los planes de gobierno. (Brugué & Subirats, 1997, p.104). El gerencialismo hace referencia a la inclusión dentro del gobierno de los estados, de mecanismos y lógicas de gerencia empresarial, así como principios profesionales, lo que forja una similitud de formas en el campo de la administración pública y privada (García, 2007, p. 39).

diferentes áreas de la administración pública que deben ejecutarse dentro del marco de una reforma guiada por los contenidos propios de estas corrientes (Keating, 2001, p.145). Algunos de los ejemplos más representativos de las políticas incluidas en estos documentos, de cara a las principales cuestiones que los gobiernos deberán implementar, son:

Incrementar la capacidad del propio sector público para aplicar las nuevas orientaciones y funciones del gobierno. Como ya se ha señalado, preocupa especialmente el grado de preparación de los servicios públicos de muchos países miembros de la OCDE para administrar contratos en los que la prestación del servicio implica un grado significativo de discrecionalidad. También habrá que tener en cuenta las implicaciones a largo plazo para el propio servicio público y la calidad de su asesoramiento si su papel se reduce en gran medida a la gestión de contratos. (OCDE, 2001, p.27).

Así las cosas, la prioridad de la OCDE es que los Gobiernos acojan una agenda por medio de la cual puedan desarrollar las capacidades estratégicas y de formulación de políticas del gobierno promovidas, como lo son, integrar las políticas económicas y sociales de modo que se complementen mutuamente, con mejores resultados en general.

En la actualidad, la OCDE promueve el apoyo del crecimiento económico sostenible, el empleo en condiciones favorables, el mejoramiento de los estándares de vida, la estabilidad financiera de los estados, la colaboración con el desarrollo económico de otros países y la contribución al crecimiento del comercio mundial. En lo que tiene que ver con los estados latinoamericanos, se han determinado tres políticas esenciales a promover, las cuales a su vez abarcan una inmensidad de propuestas. Estos tres ejes son: la gobernanza, la inclusión social y la productividad (Vargas, 2018, p.45).

En materia de formas de actuación de la Organización, los tres principales mecanismos de gobernanza⁴ que ha implementado y perfeccionado a través de sus años de funcionamiento y que hoy son el fundamento de su incidencia internacional, son los siguientes:

- i) Análisis de datos comparables e informes estadísticos sectoriales.
- ii) Producción de normas: Esta actividad se realiza por medio de la adopción de varias herramientas que tienen efectos vinculantes diferentes dependiendo de sus características. Entre ellas se encuentran: i) las convenciones, que son instrumentos vinculantes que se acogen por el voto unánime de los estados parte; ii) las decisiones, las cuales son el instrumento de actuación del Consejo reconocido por excelencia y por medio de las cuales la Organización establece los lineamientos para los miembros; y por último, iii) las recomendaciones, que son instrumentos a cargo del Consejo que se caracterizan por ser herramientas de *soft law*⁵ (Girón Uribe, 2018, p.75). Estas últimas buscan que los

⁴ Mecanismos de gobernanza se refiere a la manera en que las organizaciones que promueven políticas públicas determinadas, como la OCDE materializa sus postulados. Para el caso de la OCDE, esta es reconocida por promover mecanismos relacionadas con el Gobierno Corporativo, y tiene un enfoque para informar sobre las políticas y crear normas mundiales por medio de un proceso de colaboración entre múltiples partes interesadas, un intenso aprendizaje entre pares y un seguimiento mutuo de las políticas de forma voluntaria. Esto por medio de: i) Debate y consulta, ii) Establecimiento de normas y orientación política, iii) Apoyo a la aplicación e implementación, iv) Revisión por pares, entre otros. (OCDE, 2023).

⁵ A cerca del *soft law*: “Al hablar de *Soft Law* nos referimos a 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 incluirlas en su derecho interno.” (Pardo & Paz, 2011, p.22)

miembros incluyan en sus legislaciones aspectos esenciales para el avance constante de su función pública.

- iii) Peer Review o Revisión de Pares: Tassara define este mecanismo como: “el examen y la evaluación sistemática de una política o de un programa de un Estado, un ministerio o una entidad pública realizada por representantes de entidades homologas con el propósito de ayudar la entidad proponente a mejorar la formulación o la implementación de su política, adoptar mejores prácticas y adaptarse a normas y estándares internacionales” (Tassara, 2015a, p. 16). Podría decirse que este es el mecanismo que diferencia el trabajo de la OCDE, no solo por ser un trabajo juicioso y realizado bajo criterios objetivos, sino porque el porcentaje de acogida de los informes producto de la revisión de pares es uno de los más altos en lo relativo a las disposiciones del *soft law* (García-Femenía & Sagrario, 2010, p. 39).

Por medio de este tipo de evaluaciones la OCDE busca que los estados entiendan sus puntos débiles y tomen medidas voluntarias, dentro de sus sistemas internos, para adaptarse a los estándares internacionales en un tema específico. Todo esto dentro del marco de un sistema no adversarial, de evaluación recíproca y que tiende a crear un mecanismo de responsabilidad mutua. Este se ha consolidado como uno de los generadores de mayores resultados en la búsqueda de materialización de los fines de la OCDE (Pagani, 2002, p. 5).

La gran acogida de los miembros hacía los informes que nacen como resultado de la Revisión de Pares, se debe entender en relación con el concepto de “*peer pressure*”, que Pagani (2002) define como el sistema de presión de los pares que genera que el Estado examinado adecue sus políticas a los análisis que sobre él se realizó. Quiere decir esto, que un mecanismo de *soft law* pasa a ser un medio de creación normativa fundamental en virtud de los efectos que la

publicación de los estudios genera en términos del escrutinio público, la presión externa y el impacto en la opinión pública.

Es también importante dejar claro que la naturaleza del material que nace como resultado del trabajo de la OCDE es variada, y que no hay claridad en la doctrina sobre el nivel de vinculatoriedad ni la naturaleza normativa de esta producción. A pesar de que este es un tema sobre el que existe una discusión amplia, seguramente no habrá en el corto plazo una solución definitiva a este problema de interpretación.

Sin embargo, y para efectos de esta investigación, es posible atribuir diferentes niveles de vinculatoriedad a diferentes instrumentos, como paso a explicar:

- i) Las Convenciones son siempre vinculantes para los estados, teniendo en cuenta que todos dan su voto favorable dentro del proceso de aprobación. Además, las múltiples convenciones deben surtir el trámite legislativo interno y el control constitucional automático, para ser incorporados en la normativa interna.
- ii) Sobre los demás mecanismos de trabajo que fueron comentados en el acápite anterior, se puede decir que por medio del tratado constitutivo no se transfieren competencias legislativas de los estados a la Organización, por lo que este trabajo que viene desarrollando la OCDE se encuentra dentro de la categoría de *soft law*. Adicionalmente, esta producción no entra a los ordenamientos jurídicos de los estados parte de manera directa y autónoma, sino que opera como “*recomendaciones*” frente a las cuales los estados pueden tomar una posición de acogimiento o rechazo (Sáez, 2010, p. 99; Vega García, 2014, p.234).

En cuanto a las recomendaciones expedidas por el Consejo, es de resaltar la aproximación “*cuasi-normativa*” con las que las caracteriza Vega García (2014), ya que el

simple hecho de que un Estado se manifieste positivamente frente a una recomendación genera que no pueda apartarse de la aplicación del contenido de la misma bajo ninguna excusa posterior. Por lo anterior, en los estados que se manifiestan positivamente sobre una recomendación, su incorporación es muy probable que tenga lugar, la cual será luego verificada por los comités encargados en el momento en que lo determine el Consejo o el estado parte interesado lo solicite. No obstante, eso no ocurre siempre. En caso de que se dé, estará bajo el mandato y supervisión del mismo Consejo.

Bonucci indica al respecto:

A diferencia de otras organizaciones internacionales, la OCDE tiene una producción relativamente limitada de instrumentos jurídicos. Enfatizo que el enfoque de abajo hacia arriba y basado en el consenso para el desarrollo de los instrumentos jurídicos de la OCDE significa que casi siempre se habrá alcanzado un consenso antes de su adopción. Por lo tanto, una vez que se adopta un instrumento de la OCDE, aunque no sea vinculante, se espera que los miembros de la OCDE tomen medidas para implementarlos, dado que la implementación es a menudo monitoreada a través del sistema de revisión por pares, los miembros de la OCDE desarrollaron una práctica según la cual "si un miembro no puede aplicar una recomendación o una de sus disposiciones, se abstendrá de adoptarla" o harán una reserva frente a la misma.⁶ (Bonucci, 2011, p. 248)

Puede deducirse que el elemento vinculante está compuesto por dos aspectos fundamentales: un primer aspecto que recoge la intención del gobierno del Estado parte en ser reconocido como un Estado que implementa las buenas prácticas frente a las cuales dio su aprobación al momento de ingresar a la Organización. Un segundo aspecto externo que se

⁶ Traducción propia.

configura por medio de la presión de los demás estados miembros que cumplen a cabalidad sus compromisos institucionales y que pretenden que haya igualdad de condiciones entre las partes para que el fin último de la Organización pueda ser alcanzado, es decir, la movilidad de la economía y la igualdad de condiciones de mercado. Sin embargo, existen otras razones de peso para que los estados acojan estas recomendaciones, tales como las corrientes globales actuales relacionadas con la promoción de estos postulados, la posibilidad de una apertura más amplia al mercado y de nuevas prácticas empresariales dentro del Estado que buscan la eficiencia. En este sentido, es más que claro que uno de los objetivos de la implementación es alcanzar eficiencia, que tal como se analizará más adelante, podría generar igualmente efectos adversos no contemplado.

Todo lo mencionado es importante para que el lector pueda entender cuál es el proceso y las manifestaciones de la OCDE y de qué manera pueden llegar a afectar los ordenamientos internos. Es relevante hacer claridad de que es el mismo estado receptor quien deja la puerta abierta a estas políticas, y que en principio no hay una imposición coactiva desde afuera, pero esta idea de libertad puede desdibujarse, pues entra dentro de las circunstancias, el reconocimiento, la posición dentro del escenario global y la búsqueda de metas económicas.

c. Colombia en la OCDE

Actualmente la OCDE cuenta con 38 estados parte. Colombia fue el Estado número 37 en adherirse a la Organización, y el tercer país latinoamericano en adquirir esta condición. Esta adhesión fue el resultado del deseo reiterado de varios de nuestros mandatarios, especialmente durante el periodo comprendidos entre 2010 y 2018, en el que fue desarrollada gran parte de la consolidación del proyecto, lapso en que además fueron implementadas la mayoría de las recomendaciones preliminares dadas por la OCDE a Colombia. En el año 2018 se logró que la

Organización invitara a Colombia a convertirse en Estado miembro por medio de la suscripción de la Convención de la OCDE. El Gobierno colombiano suscribió dicho tratado el 30 de mayo de 2018 y, a comienzos del año 2019, el Congreso de la República aprobó la Ley 1950 de 2019 que permitió que la adhesión fuera una realidad. Puede afirmarse de manera preliminar que este proceso, que procederé a exponer en acápite posteriores, fue realizado, a juicio del gobierno de ese momento, en razón de los “beneficios” económicos, sociales y reputaciones que traería para un Estado como Colombia este suceso.

Para lograr la vinculación de Colombia a la OCDE, la administración debió promover una serie de reformas en temas claves del funcionamiento del Estado colombiano, para así demostrar a la Organización que era un Estado preparado y que cumplía sus estándares de buen gobierno o gobernanza. El ingreso de Colombia a una Organización de tan alto nivel es una oportunidad para realizar un estudio socio jurídico sobre los objetivos reales de la adhesión y la lógica que implica la implementación de las recomendaciones. Colombia ha iniciado la acogida de las medidas que la OCDE recomendó en el transcurso del proceso de adhesión y que fueron naciendo a medida que los 23 comités que participaron en este proceso publicaron sus informes. En este proceso, los primeros ajustes que implementó el Estado colombiano se enmarcaron en la corriente de gobernanza regulatoria.

La mayoría de las implementaciones que ha realizado Colombia, especialmente en lo que tiene que ver con la contratación pública, han sido realizadas por medio de herramientas de la rama ejecutiva. Colombia Compra Eficiente (CCE), creada por medio del Decreto Ley 4170 de 2011, ha sido la autoridad “regulatoria” encargada de poner en funcionamiento recomendaciones relativas a la implementación de los Acuerdos Marco de Precios (AMP), pliegos tipo, sistema electrónico de contratación pública y demás tipos de medidas. De manera introductoria, vale la

pena dejar sentado que el objeto análisis de esta investigación son los AMP, los cuales fueron implementados por medio de la Ley 1150 de 2007⁷, una vez el Estado decidió acoger una de las recomendaciones generales y reiterativas de la OCDE en el tema de la contratación estatal. Este proceso de inserción de los Acuerdos ha sido largo y arduamente desarrollado, tal como se analizará en el apartado correspondiente al Régimen de Contratación Pública en Colombia, todo esto dentro del marco de las recomendaciones de la Organización, tal como lo ha señalado la Agencia Nacional De Contratación Pública (2013).

La aplicación de las normas ejecutivas que han acogido estas recomendaciones en temas de contratación pública ha quedado en su mayoría sin efectos debido a la sentencia del Consejo de Estado proferida el 11 de abril de 2022. La Sección Tercera de esta Corporación declaró la nulidad parcial de las competencias atribuidas a CCE, argumentando que era una función que el legislador le había concedido al Gobierno y que, por lo tanto, este no podía delegar en una entidad del carácter de CCE, es decir, una Agencia Administrativa Especial. Esta decisión hace que en Colombia, a pesar de las muchas maneras que han sido evaluadas para la implementación, no se tenga un camino claro para ejecutar las recomendaciones de la OCDE.

Girón Uribe (2018) y Arias Henao (2019) explican que la OCDE comenzó a ser relevante en el escenario colombiano a partir del primer mandato presidencial del ex presidente Juan Manuel Santos (2010). Esta postura puede ser refutada, ya que con anterioridad al 2010, Colombia había adoptado políticas y adecuado un par de normas internas en pro del cumplimiento del marco institucional de la OCDE. Sin embargo, apoya la postura en la cual definen que fue a partir de 2010, que Colombia empieza su camino real hacia la adhesión, y se

⁷ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

encarga de hacer visibles los comportamientos que adopta para cumplir los estándares mínimos que exige la Organización para ser parte de la misma.

Hecha la salvedad anterior, a continuación entraré a describir el camino de Colombia hacía la aceptación como Estado parte de la OCDE en 2018. Detrás de una serie de aproximaciones informales que inició el Gobierno nacional con la OCDE, el primer paso determinante de Colombia en su recorrido hacía el objetivo, se consolidó el día 8 de diciembre de 2011, cuando el ex presidente Santos, en su visita a la sede oficial de la OCDE en París, realizó una declaración expresa de la intención del Gobierno Colombiano de pertenecer a la organización de las “buenas prácticas”, día además en que firmó la carta de invitación formal que le había sido remitida previamente por el Secretario de la Organización, Ángel Gurria (Dinero, 2012). Todo esto estuvo enmarcado dentro las políticas de internacionalización y cooperación que se habían afirmado en el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1450, 2011) que se acababa de expedir.

En septiembre de 2013, el Consejo estableció la ruta de adhesión que fue todo un reto para el Estado colombiano. En esta se estableció que Colombia debía ser evaluado por 23 comités, que después de hacer una serie de tareas investigativas y hacer un análisis juicioso de la evolución de las políticas internas, debían dar su visto bueno para que Colombia pudiera acceder como miembro a la Organización.

Esta labor de análisis y aprobación fue concluida con el visto bueno de todos los comités el día 16 de mayo de 2018, casi cinco años después del comienzo de este largo proceso, y vale aclarar, muchos de los expertos en la materia consideran que fue un tiempo récord por parte del Estado colombiano para cumplir todos los requerimientos de la Organización, considerando que

debían obtener aprobación de cada comité, la periodicidad de sus reuniones y las reformas que debía implementar Colombia (Crane, 2020. p. 139).

Puntualmente, la contratación pública es una cuestión que aborda el Comité de Gobernanza Pública. El grupo específico encargado de este tema y el Consejo en conjunto han formularon alrededor de 15 recomendaciones específicas que Colombia ha tratado de acoger de la mejor manera. Las principales recomendaciones están contenidas en el documento publicado en 2014 por la OCDE “*Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia*” y el publicado en el año 2016 llamado “*Towards Efficient Public Procurement in Colombia*”.

Todas las actuaciones que ha emprendido el Estado en pro del cumplimiento de las recomendaciones de la OCDE se circunscriben en una lógica global, donde las organizaciones internacionales han tomado un papel preponderante, tal como lo analicé anteriormente cuando me referí al *Estado en la Globalización*. Es importante, como se hace en este texto, evaluar las iniciativas de implementación de las recomendaciones de la OCDE para entender qué oportunidades y beneficios pueden generar al país y comprender qué tipo de principios las orientan, los cuales como adelantamos hacen parte de la Gobernanza Regulatoria. Así, si bien las lógicas globales se dan gracias a la participación de los múltiples sujetos en el espectro de relaciones internacionales y las relaciones que se han fundamentado; la corriente a la que responde la OCDE de una manera principal, hoy por hoy, es la Gobernanza Regulatoria. Aunque la conclusión de varios de los políticos y autores, e inclusive de la OCDE, sea que Colombia aún tiene mucho por hacer a la luz de las recomendaciones, estas conclusiones no tienen en cuenta todos los efectos que ha generado la fase inicial de la implementación en diferentes escenarios sociales y económicos. En este sentido, si se examinan los efectos de la implementación

solamente desde el solo punto de vista de sus efectos en términos de globalización económica, específicamente de criterios como posicionamiento del país en los mercados internacionales, la creación de confianza para inversionistas extranjeros y la posibilidad de garantizar estándares mínimos frente a otros actores internacionales, es fácil llegar a una postura pro-implementación. No obstante, mi conclusión, tras el análisis desarrollado en el Capítulo 4, es que esta postura no tienen en cuenta las realidades que los ciudadanos colombianos han debido afrontar con ocasión de las adecuaciones del marco legal a estas nuevas formas de gobernanza. Si bien estimo que la gobernanza regulatoria puede ser positiva y traer mejorías a los países que implementan cambios institucionales inspirados en esas ideas, no se puede ser ajeno a la realidad de las personas que desarrollan sus actividades en los sistemas socio económicos en los que se introducen los cambios. Es por este motivo que en el Capítulo 4 se ahonda en uno de los casos críticos dentro del sistema de gobernanza regulatoria en Colombia que corresponde a la implementación y puesta en marcha de los Acuerdos Marco de Precio, a cargo de CCE, para definir cuáles han sido sus consecuencias positivas y no tan favorables.

d. Régimen jurídico de la contratación pública en Colombia y su relación con el marco internacional.

Las recomendaciones de la OCDE en temas de contratación pública se encuentran consolidadas en un documento expedido en el año 2015 por el Consejo, en el que el organismo definió los principios esenciales que deben guiar este aspecto al interior de los estados. Esta materia ha sido considerada de relevancia mayor por la Organización, por varios factores en los que se incluye que un promedio del 16% del PIB de cada uno de los estados parte es destinado a la contratación pública (OCDE, 2015). No obstante, este porcentaje, de acuerdo con recientes publicaciones de la Organización Mundial del Comercio, está ubicado entre el 10% y el 15% del

PIB (OMC, s.f). Particularmente, para Colombia en el año 2019, se reportó \$150 billones de pesos invertidos en contratación pública, lo cual constituye el 15% del PIB nacional, según un análisis realizado por CCE y que puede evidenciarse en la *Herramienta de Búsqueda de Contratos y/o Convenios Administrativos* de la entidad (Acosta, 2021). Las mencionadas recomendaciones en contratación estatal de la OCDE se fundamentaron en una anterior recomendación que había sido expedida en 2008 y que buscó desarrollar la confianza pública, un mayor bienestar para los ciudadanos y sociedades más prósperas e inclusivas. El documento de 2015 se fundamenta en los principios de integridad pública, transparencia, participación, accesibilidad, contratación electrónica, supervisión y control. Por medio de este, la OCDE pretende incluir dentro del análisis a todos los actores dentro del proceso de contratación pública y fortalecer la confianza de los ciudadanos en la administración. Con la introducción de estos principios, la recomendación busca disminuir los altos grados de corrupción presentes en los procesos de compras públicas y la falta de confianza que tienen los ciudadanos en la administración a raíz de la crisis institucional que ha desatado la colusión pública (OCDE, 2015).

En lo que toca específicamente al estado colombiano, en un informe realizado posteriormente, como consecuencia en un estudio del funcionamiento del sistema de compras públicas nacionales realizado en colaboración con Colombia Compra Eficiente en el año 2016, el Comité encargado resaltó los siguientes hallazgos importantes dentro del esquema de contratación pública colombiano (OCDE, 2016): i) carencia de disponibilidad de datos sobre el valor de la contratación pública; ii) deficiencias en el sistema de detección de conflictos de intereses para lo que se requiere un marco jurídico consolidado, equilibrado y eficaz; iii) limitaciones de los mecanismos de selección de contratistas de forma competitiva; y iv)

complejidad e ineficiencia de los procesos de contratación, por ejemplo, se asegura que no concentran su atención en los resultados de mercado.

De este mismo estudio, las recomendaciones claves que surgieron para superar los hallazgos relacionados anteriormente, fueron: i) darle un mejor manejo a las bases de datos de la contratación pública, ii) crear un marco jurídico claro relativo a los conflictos de intereses, iii) simplificar el marco legal de la licitación pública, incluyendo medidas que busquen un mejor desarrollo de la competencia y del comercio, pero que a su vez nivele las condiciones de los grandes y pequeños competidores bajo el principio de igualdad, por último y, iv) implementar un tribunal especializado en temas de litigio frente a temas adjudicaciones y ejecuciones de los contratos públicos.

Ahora pasaré a hacer un breve recuento de los fundamentos del Régimen de Contratación Pública en Colombia buscando generar claridad sobre cómo funcionan los Acuerdos Marco de Precios, en que parte del sistema de contratación están ubicados y para qué fueron pensados. Esto, pues abordar el tema a profundidad generaría un exceso de contenido que no tiene relación directa con el tema de investigación.

El Régimen de Contratación Pública vigente en Colombia se ha desarrollado a partir de la Constitución Política de 1991, la cual incluye regulaciones importantes referentes al tema, tales como, la protección de la libre iniciativa privada, la indicación de que es una finalidad esencial del Estado prestar servicios a los ciudadanos de manera eficiente, y la habilitación al legislador para expedir el Estatuto General de Contratación Pública (Constitución Política, 1991).

El Congreso, en cumplimiento del mandato constitucional, en el año 1993 expidió la Ley 80, la cual contiene mandatos generales de aplicación indistinta a todos los procesos regidos por esta norma que corresponden aquellos en que está involucrada una entidad estatal y que

dependiendo del objeto del contrato podrá ser licitación, contratación directa, concurso, entre otros. Además, una remisión expresa a las disposiciones civiles y comerciales pertinentes en lo que tiene que ver con aquellos aspectos que no regulaban de manera especial (Ley 80, 1993).

Esta Ley ha sido objeto de múltiples reformas, las cuales se han consolidado principalmente en la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1882 de 2018. Estas normas acogieron las reformas incentivadas por la experiencia en la aplicación del estatuto original, las exigencias sociales, y las advertencias de organismos internacionales como la OCDE, que pueden verse reflejadas por ejemplo en la incorporación de los Acuerdos Marco de Precio (AMP), el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP⁸, los Pliegos de Condiciones Uniformes y las normas para el fortalecimiento de la eficiencia y la transparencia en la contratación.

Actualmente, todo el sistema normativo de la contratación pública se encuentra reglamentado por el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, contenido en el DUR 1082 de 2015. En lo que toca a los AMP, el DUR determina todo lo que tiene 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. Además, recalca la obligación de CCE de diseñar e implementar manuales para el uso de AMP.

Frente al tema de la gobernanza regulatoria, vale la pena resaltar la creación de CCE por medio del Decreto 4170 de 2011. Esta entidad nació con el propósito de ser la entidad rectora en gestión contractual pública y promover, articular, implementar, y hacer seguimiento a la implementación de políticas que orienten la actividad contractual estatal, así como proporcionar instrumentos gerenciales en dicha actividad y, por esa vía, colaborar activamente en la

⁸ Es la plataforma en la cual las Entidades Estatales deben publicar los Documentos del Proceso, desde la planeación del contrato hasta su liquidación. También permite a las Entidades Estatales y al sector privado tener una comunicación abierta y reglada sobre los Procesos de Contratación.

mitigación de riesgo de corrupción en la inversión de los recursos públicos. CCE tiene funciones relacionadas con la articulación de los procesos de compras pública, optimización de recursos y generación de mayor rentabilidad social mediante el uso adecuado del erario. Para esto se le ha encargado la administración de herramientas como el SECOP y los Acuerdos Marco de Precios, y se le confirieron las funciones de desarrollar manuales y guías para estandarizar y hacer más eficiente el proceso de contratación.

Esta última función fue complementada en el año 2015 por medio del Decreto 1082, que le concedió la facultad de desarrollar instrumentos estándares o tipo que debían ser obligatoriamente aplicados por las entidades estatales que ejecutaran recursos del presupuesto de la nación a través de procesos de contratación de obras públicas. Sin embargo, por medio de la Sentencia del 11 de abril de 2019, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad parcial de estas competencias argumentando que era una función que el legislador le había concedido al Gobierno y que, por lo tanto, este no podía delegar en una entidad del carácter de CCE. Teniendo claro este panorama, hoy en día CCE propone manuales y guías que no tienen fuerza vinculante y que solo actúan como herramienta de orientación dentro de los procesos que lleven a cabo las entidades públicas para la adquisición de bienes y servicios. Por otra parte, los documentos que han sido acogidos por medio de ley o decreto como los documentos tipo contenidos en la Ley 1882 de 2018, son obligatorios mientras que la ley siga vigente. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia Rad. 11001032600020140013500).

La Ley 1150 de 2007, es la primera norma que habilita al Estado a utilizar los AMP como un mecanismo que 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. Esta definición se hizo en el Decreto 4170 de 2011, en el que se especifica que el responsable es CCE. Es importante decir que según la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, los AMP debían ser utilizados de manera obligatoria por todas las entidades de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, las cuales están a su vez cobijadas por la Ley 80 de 1993. Posteriormente, la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022, Ley 1955 de 2019, en su Artículo 41, definió el alcance de la aplicación de los AMP. El nuevo artículo dispone “se hará obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, lo que puede ser fiel muestra de la intensión del Gobierno Nacional de continuar implementando las recomendaciones de la OCDE.

El 25 de marzo de 2021, el Gobierno profirió el Decreto 310 de 2021⁹. Este Decreto reglamenta el artículo 41 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 en lo que tiene que ver el espectro de aplicación de los AMP y amplió considerablemente los parámetros de aplicabilidad de esta herramienta de agregación de demanda. Antes de la expedición del Decreto en mención, era de obligatoria utilización para las entidades de la rama ejecutiva obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y las Ley 1150 de 2007. Ahora, con la modificación implementada por el Decreto 310, todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, incluidas las entidades territoriales y otras ramas del poder público, deben utilizar la herramienta de manera obligatoria. Considerando que la ampliación de la población obligada se amplió considerablemente, la misma norma estableció un plan de implementación gradual en que para el año 2021 y 2022 CCE debía ajustar sus sistemas para que los bienes que son requeridos por las diferentes entidades sean ofertados de manera oportuna. El mismo CCE estableció un plan de

⁹ Por Medio del Cual Extiende la Obligatoriedad del Uso de los Acuerdos Marco a las Entidades Regidas por el Estatuto General de Contratación.

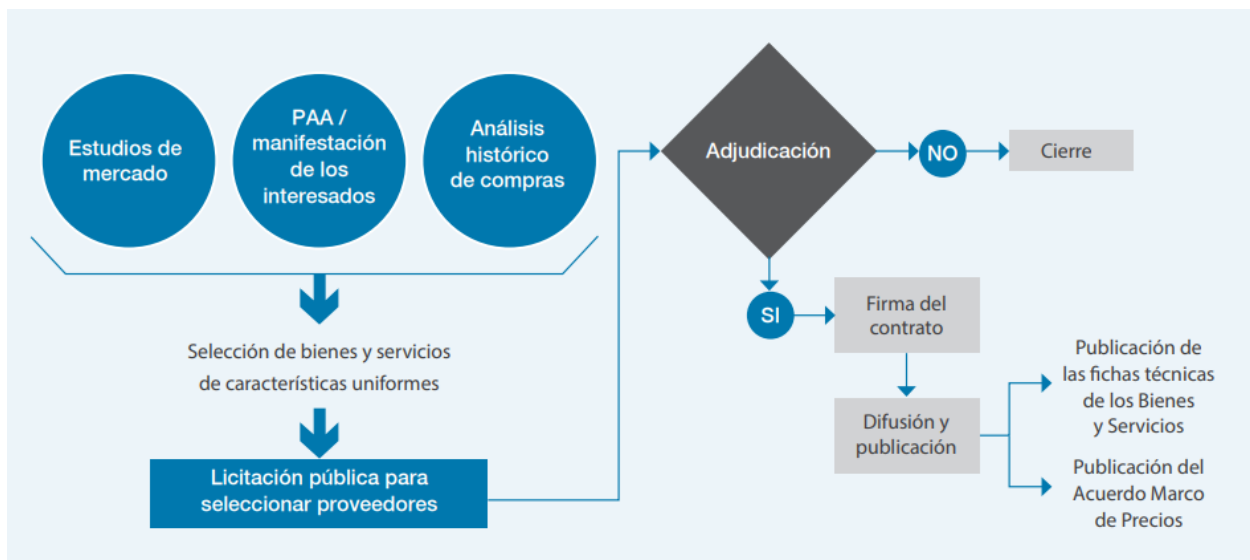
implementación que estuvo en marcha hasta a finales del año 2022.

Es de resaltar que el Gobierno definió que CCE debe, antes de la aplicación de cualquier AMP, realizar un estudio de agregación de demanda para el servicio particular. Este debe contemplar las particularidades propias de los mercados regionales, la necesidad de promover el desarrollo empresarial en las entidades territoriales a través de las MyPimes, y evitar en lo posible la concentración de proveedores en ciertas ciudades del país, salvo que exista la respectiva justificación técnica, económica y/o jurídica. Esta inclusión refleja en alguna medida, la concentración de la oferta que ha venido generando la aplicación de los AMP en Colombia, principalmente por las características propias del mercado que se analizarán casuísticamente en el siguiente Capítulo. Adicional a lo ya mencionado, el Decreto 310 de 2021 ajusta lo relativo a la *Planeación de una adquisición en la bolsa de productos*, que corresponde a una excepción legal a la aplicación de los AMP, y que tiene su justificación en la poca adaptación que tuvo los AMP para esas condiciones particulares; reglamentación que surgió claramente de un análisis posterior pero no completo de los efectos de la implementación.

De acuerdo con CCE, hay dos tipos de transacciones dentro de un AMP: i) la operación principal y ii) la operación secundaria. La operación principal está a cargo de CCE y versa sobre la identificación de los bienes y servicios de características uniformes y de común utilización que deben ser objeto de un AMP, y la realización de estudios de mercado en lo que se considere la oferta interna e internacional y la demanda pública frente a los respectivos bienes y servicios. (Agencia Nacional De Contratación Pública, 2013, p.3). Dentro de esta operación primaria, la entidad no ejecuta recursos públicos y simplemente ajusta el espacio jurídico para la implementación de la segunda operación, que perfecciona la adquisición. En este sentido, la operación secundaria representa:

La transacción realizada por la entidad pública compradora, que inicia con la identificación de una necesidad y la decisión de efectuar un gasto para satisfacerla. Antes de adquirir bienes y servicios de características uniformes, la entidad estatal debe verificar si existe un Acuerdo Marco de Precios para ese bien y/o servicio. Si existe, debe suscribirlo enviando para el efecto una comunicación a Colombia Compra Eficiente y poner la orden de compra en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios. (Agencia Nacional De Contratación Pública, 2013, p.4)

Es en este punto donde se ejecuta el gasto y la entidad pública adquiere el bien o el servicio de una manera más eficiente, práctica y evitando costos administrativos innecesarios por parte de las entidades, según la teoría. A continuación, se incluye un cuadro resumen del proceso analizado:



Fuente: Agencia Nacional De Contratación Pública, 2013, p.4

Así las cosas, puede evidenciarse que Colombia ha adaptado constantemente su régimen jurídico interno en lo que tiene que ver con la contratación pública; y considerando la más reciente sentencia del Consejo de Estado y la aparición de nuevas subreglas en aspectos como los

AMP, se puede decir que aun tendrá que seguir en un proceso de modificaciones y ajustes constantes. Si bien se ve una marcada influencia de las políticas de regulación de la OCDE, también puede evidenciarse una falta de articulación de las implementaciones al marco jurídico preexiste y a las exigencias propias de los mercados, que en el país están marcados por fuertes regionalismos y culturas que un no se han incorporado del todo al proceso global que se ha gestado desde estados exteriores. El marco jurídico está actualmente está dado para cumplir los lineamientos y compromisos que Colombia ha adquirido y que promueve también buscando una apertura económica mayor.

4. Estudio de Caso - Acuerdos Marco de Precios en Colombia

La OCDE, como lo dejé establecido en el Marco Teórico, es promotora indiscutible del modelo de gobernanza regulatoria. En seguimiento de las recomendaciones de la OCDE y dentro de los diferentes sistemas jurídicos, los AMP son una herramienta integrada al sistema de compras públicas de los estados, que busca agregar demanda y centralizar las decisiones (Agencia Nacional De Contratación Pública, 2013; Cabinet Office, 2020, p. 43). Según CCE, los AMP tienen tres objetivos principales: (i) producir economías a escala, (ii) incrementar el poder de negociación del Estado y (iii) compartir costos y conocimientos con las agencias o departamentos del Estado. La teoría no hace referencia a algún objetivo social, ni ningún tipo de consolidación de política de Estado para la generación de flujos de capitales en los territorios, que apoye la materialización de los derechos fundamentales de los ciudadanos del estado colombiano (Agencia Nacional De Contratación Pública, 2013; Caballero Duarte, 2017).

La Ley 1150 de 2007, en el inciso 2 literal a) y parágrafo 5 del artículo 2, habilitó por primera vez al estado colombiano a utilizar los AMP, como herramienta de fijación de condiciones de oferta y suministro de bienes de características uniformes y de utilización masiva en las diferentes entidades. A pesar de que la norma que introdujo la posibilidad de utilizar AMPs 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 el que fue reglamentado el tema y comenzó a operar la Tienda Virtual del Estado Colombiano¹⁰. Según un estudio impulsado por Fedesarrollo, hasta el 2016, por medio de la implementación de los AMP,

¹⁰ Hace parte del Sistema Electrónico de Compra Pública desarrollado y administrado por Colombia Compra Eficiente, y consiste en una herramienta en línea que permite a las Entidades Estatales realizar compras a través de instrumentos de agregación de demanda como grandes superficies y los Acuerdos Marco de Precios ofreciendo a las entidades estatales facilidad, rapidez y buenos precios para la adquisición de bienes, obras y servicios.

se habían logrado altos grados de ahorro y mejora en la calidad de los bienes adquiridos, tal como lo demuestran en la siguiente tabla (Zuleta, Saavedra, & Medellín, 2018, p. 8).

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 con base en Colombia Compra Eficiente

Fuente: Zuleta, Saavedra, & Medellín, 2018, p. 8.

Por otro lado, en el Decreto 310 de 2021 que enuncié en el capítulo anterior, fue incluida la reglamentación sobre la posibilidad de ejecutar la *Planeación de una adquisición en la bolsa de productos*. Esta posibilidad corresponde realmente a una excepción legal a la aplicación de los AMP que se fundamenta en la existencia de precios inferiores al promedio de los valores finales de las operaciones secundarias materializadas con ocasión de las órdenes de compra colocadas por las entidades, siempre que no se desmejore las condiciones técnicas y de calidad definidas para los bienes y servicios que conforman los catálogos de los acuerdos marco de precios de CCE. Para aplicar esta excepción, la entidad pública interesada debe realizar un estudio profundo y consignarlo expresamente en los documentos del proceso de selección y darle publicidad a través del SECOP. Esta alternativa que la ley deja abierta a los diferentes actores beneficiarios de los AMP tiene razón de ser en la realidad verificada y la aplicación del principio de eficiencia. En efecto, la realidad es cambiante y el curso del mercado varía, más aún cuando las realidades sociales de cada región del país son disimiles y particulares.

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. Del reporte emitido por la entidad para los años 2020 y 2021, los datos relativos a la aplicación de los AMP son: Para 2020, i) valor de los contratos por 1,5 billones de pesos, ii) para 5431 contratos y iii) 1109 entidades beneficiarias. Esta ejecución presupuestal corresponde al 2,75% de los 54,48 billones totales ejecutados. Para el 2021, i) valor de los contratos por 33 mil millones de pesos, ii) para 20 contratos y iii) 1782 entidades beneficiarias, repartidas en 11 departamentos del país, lo que representa el 0,08% del total del gasto público. A excepción del 2020, año en que las circunstancias extraordinarias que generó la pandemia obligaron a las entidades públicas a acudir a mecanismos operativos extraordinarios, para la adquisición de los bienes y servicios requeridos, el resto de los años analizados, 2021 y 2022, representan un índice de compras menor al 1%. Estos datos son una muestra de que la concentración de la oferta, que es el objetivo de los AMP, no siempre da un resultado positivo, particularmente comparados con los principios de la libre competencia, tema del que no se ha discutido a profundidad en ningún tipo de escenario y en relación con estas herramientas de agregación de ofertas. Las implicaciones que esto ha traído para los ciudadanos del estado colombiano, y particularmente para el sector de la industria nacional, es un resultado tangencialmente diferente a lo que se esperaría de políticas públicas de bienestar e inclusión económica de la OCDE.

A enero de 2021, CCE tenía vigentes aproximadamente 30 AMP, por medio de los cuales ofrece a 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 abril funciones que la ley o los reglamentos les ha atribuido a dichas entidades. Al mes de julio de 2023, la entidad ofrecía AMP para 46 servicios y bienes. 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 de suplir, en el marco del principio de planeación que gobierna, este tipo de procesos contractuales (Ley 80, 1993; Consejo de Estado Sentencia 27315). En estos procesos que, al buscar consolidar un prestador de servicios único para las más de 6.200 entidades públicas que tiene el estado colombiano (Función Pública, 2023), se establecen requisitos de experiencia y capacidad financiera excesivamente altos, que llegan a constituir barreras de entrada al mercado para los pequeños y medianos competidores.

Este argumento es examinado a continuación a partir del análisis de algunos de los procesos de selección que ha llevado a cabo CCE para la escogencia de los prestadores de servicios con los se suscribirán AMP. Este estudio ilustra las condiciones que exige la entidad para la selección del prestador, y presenta un breve recuento de las características propias de los prestadores que son elegidos recurrentemente frente a los otros prestadores del servicio no seleccionados. El estudio muestra que de los AMP se deriva una afectación a las interacciones sociales y de mercado en los territorios en donde no existe actualmente ningún prestador autorizado para suplir los servicios propios de su región, quienes han sido remplazados por grandes competidores que claramente no se encargan de dar movilidad a las microeconomías propias de las entidades territoriales.

Es entonces una doble jugada la que está implementado el Gobierno y que resume la teoría incluida sobre los trasplantes jurídicos y la postura que elegí adecuada para este análisis, que establece que a pesar de que los trasplantes no sean perfectos, no logren las estructuras de cambio esperadas socialmente, no se deslegitima la idea de su implementación. Esto, pues hace parte de la inercia, el empoderamiento y la legitimación del aparato global que impone las tendencias, y sobre las cuales no se podría tomar una decisión autónoma y racional de

apartarnos. Lo anterior, considerando que no es una decisión del estado tradicional, sino de la idea completa del estado como parte de una comunidad internacional para el bienestar, que se ha gestado en el escenario global que se erige hoy como espectro de acción de los sujetos nacionales y supranacionales.

a. Análisis de caso No. 1: AMP para el suministro de papelería y útiles de oficina

Tabla 1 – Resumen proceso licitatorio LP-AMP-102-2016

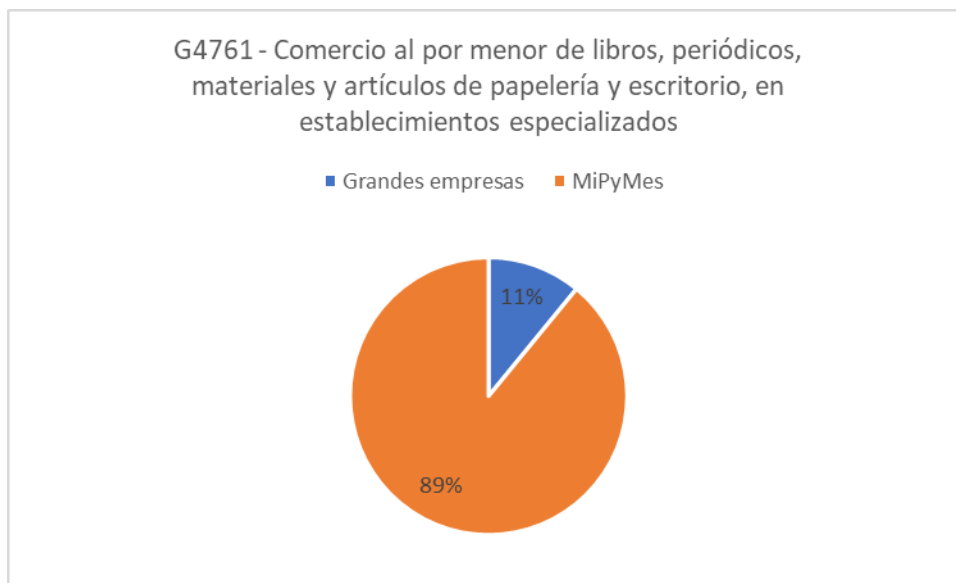
Objeto del Acuerdo	El objeto del Acuerdo Marco de Precios es establecer: (a) las condiciones para el suministro de productos de papelería y útiles de oficina al amparo del Acuerdo Marco de Precios, (b) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco de Preciosa, y (c) las condiciones para el pago de los productos de papelería y útiles de oficina por parte de las Entidades Compradoras.
Requisitos de presentación para el segmento nacional	<ol style="list-style-type: none"> 1- Capacidad de entrega de productos: 7 días hábiles desde el pedido. 2- Reposición de productos defectuosos: 3 días hábiles desde la queja. 3- Inscripción en el Registro Único de Proponentes. 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. 5- Capacidad financiera:

	<p style="text-align: center;">Tabla 5 Indicadores de capacidad financiera</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 0,95</td> </tr> <tr> <td>Índice de endeudamiento</td> <td>Menor o igual a 77%</td> </tr> <tr> <td>Razón de cobertura de intereses</td> <td>Mayor o igual a cero (0)</td> </tr> </tbody> </table> <p style="text-align: center;">Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.</p> <p>6- Capacidad operacional:</p> <p style="text-align: center;">Tabla 6 Indicadores de capacidad organizacional</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>Utilidad operacional sobre el patrimonio</td> <td>Mayor o igual que cero (0)</td> </tr> <tr> <td>Utilidad operacional sobre activos</td> <td>Mayor o igual que cero (0)</td> </tr> </tbody> </table> <p style="text-align: center;">Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.</p> <p>7- Requisitos técnicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 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. <p>8- Certificado de cumplimiento de las especificaciones técnicas.</p>	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)	Indicador	Índice requerido	Utilidad operacional sobre el patrimonio	Mayor o igual que cero (0)	Utilidad operacional sobre activos	Mayor o igual que cero (0)	
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)															
Indicador	Índice requerido															
Utilidad operacional sobre el patrimonio	Mayor o igual que cero (0)															
Utilidad operacional sobre activos	Mayor o igual que cero (0)															
<p>Factores de evaluación</p>	<p style="text-align: center;">Tabla 8 Puntaje por criterio de evaluación</p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th>N°</th> <th>Criterios de evaluación</th> <th>Puntaje</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1</td> <td>Factor económico</td> <td>60</td> </tr> <tr> <td>2</td> <td>Factor técnico</td> <td>20</td> </tr> <tr> <td>3</td> <td>Puntaje para estimular la industria nacional</td> <td>20</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Total puntos</td> <td>100</td> </tr> </tbody> </table> <p style="text-align: center;">Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.</p>	N°	Criterios de evaluación	Puntaje	1	Factor económico	60	2	Factor técnico	20	3	Puntaje para estimular la industria nacional	20	Total puntos		100
N°	Criterios de evaluación	Puntaje														
1	Factor económico	60														
2	Factor técnico	20														
3	Puntaje para estimular la industria nacional	20														
Total puntos		100														
<p>Número de oferentes</p>	<p>Nueve</p>															

Número de adjudicatarios	Siete
Número de prestadores de los servicios a contratar en el mercado colombiano	3,807

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:



Fuente: elaboración del autor con datos publicados en el Directorio de Empresas del DANE (2021).

En lo que tiene que ver con el proceso licitatorio particular, se encontró que exigió que el oferente hubiera contratado por lo menos un valor de 4.796 SMMLV, es decir, aproximadamente el valor de COP \$4.357.290.000 para la época, en no más de cinco contratos. De acuerdo con la base de datos de la Superintendencia Financiera (2021) 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 el número de prestadores que puedan ofertar dentro del proceso se vea reducido, 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. Esto es aún más relevante si se tiene en cuenta que, de acuerdo con los porcentajes de calificación, al factor económico le corresponden 60 puntos de la evaluación, por lo que ya solo con este requisito, quedan por fuera la mayoría de los competidores del mercado.

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)

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 menores. 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.

Otro factor que incide en el limitado número de participantes es el requisito de constituir

de manera previa a la presentación, la póliza o garantía de seriedad de la oferta de acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones, que está generalmente en los 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esto índice en que las compañías de operación e ingresos limitados, que anteriormente satisfacían este tipo de servicios a nivel territorial, no pueden ni siquiera cumplir con este requisito de acceso a la oferta.

Se puede observar la limitación exagerada del mercado por medio del pliego de condiciones para la presentación; en el caso bajo estudio, de los 3,807 potenciales prestadores, solo nueve se presentaron a la licitación, y de estos solo siete fueron elegidos como prestadores.

b. Análisis de caso No. 2: AMP para el suministro de motocicletas / segmento motocicletas de calle.

Tabla 2 – Resumen del proceso licitatorio CCENEG-020-1-2019

<p>Objeto del acuerdo</p>	<p>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.</p>
<p>Requisitos de presentación para el segmento motocicletas calle</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1- Equipo mínimo 2- Mantenimiento preventivo 3- Periodo de entrega: 40 o 60 días hábiles desde el pedido, dependiendo de la ubicación de la entidad solicitante. 4- Adecuaciones y accesorios. 5- Inscripción en el Registro Único de Proponentes. 6- Requisitos de experiencia: Valor contratado 14.999 SMMLV hasta en diez contratos en el RUP.

7- Capacidad financiera:

Tabla 6 Indicadores de Capacidad Financiera

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

Fuente: cálculos realizados por La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

8- Capacidad operacional:

Tabla 7 Indicadores Capacidad Organizacional

Indicador	Índice requerido
Utilidad operacional sobre activos	Mayor o igual a 0,02
Utilidad operacional sobre patrimonio	Mayor o igual a 0,01

Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.

9- Requisitos técnicos:

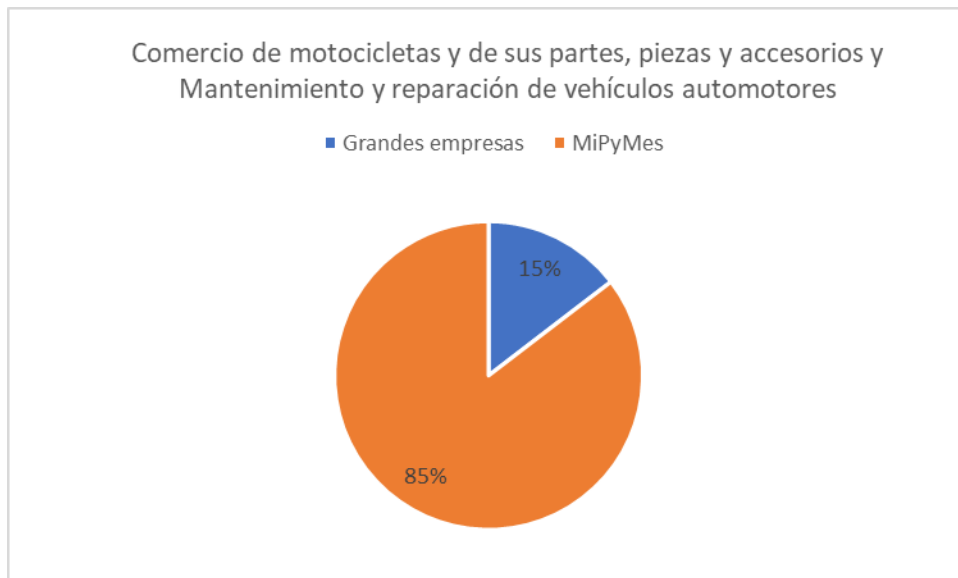
- Motocicletas acreditadas en el cumplimiento de la tecnología Euro 2.
- Autorización del fabricante para la distribución.
- Requisitos técnicos del anexo.

Número de oferentes	Seis
Número de adjudicatarios	Cinco
Número de prestadores de los servicios a contratar en el mercado colombiano	Ciento cuarenta y siete entre empresas y MiPymes

Factores de evaluación	Tabla 8 Puntaje por criterio de evaluación para Motocicletas, Cuatrimotos o Motocarros																										
	<table border="1"> <thead> <tr> <th>No.</th> <th>Criterios de Evaluación</th> <th>Puntaje</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td rowspan="2">1</td> <td rowspan="2">Factor Económico</td> <td>Descuento sobre el precio de la Referencia</td> <td>24</td> </tr> <tr> <td>Precio de las Adecuaciones y Accesorios</td> <td>14</td> </tr> <tr> <td>2</td> <td>Factor Técnico</td> <td></td> <td>41</td> </tr> <tr> <td>3</td> <td>Puntaje para estimular la Industria Nacional</td> <td></td> <td>20</td> </tr> <tr> <td>4</td> <td>Discapacidad</td> <td></td> <td>1</td> </tr> <tr> <td colspan="2" style="text-align: center;">Total</td> <td></td> <td>100</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	Descuento sobre el precio de la Referencia	24	Precio de las Adecuaciones y Accesorios	14	2	Factor Técnico		41	3	Puntaje para estimular la Industria Nacional		20	4	Discapacidad		1	Total		
No.	Criterios de Evaluación	Puntaje																									
1	Factor Económico	Descuento sobre el precio de la Referencia	24																								
		Precio de las Adecuaciones y Accesorios	14																								
2	Factor Técnico		41																								
3	Puntaje para estimular la Industria Nacional		20																								
4	Discapacidad		1																								
Total			100																								
Número de prestadores de los servicios a contratar en el mercado colombiano	1,996																										

Fuente: elaboración del autor

De la misma manera en que se dejó establecido para el anterior ejemplo, este sector está compuesto mayoritariamente por MiPymes.



Fuente: elaboración del autor con datos publicados en el Directorio de Empresas del DANE (2021).

El valor mínimo contratado para entrar en el proceso licitatorio es de 14.999 SMMLV, es decir, COP \$13.626.981.474 para la época, en un número de contratos que no exceda los diez, lo

que significa un promedio de diez contratos por el valor de COP \$1.362.698.147. 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 competencia. Esto, considerando que, es previsible que estas empresas no logren acreditar el valor mínimo de contratación requerido pues no tienen el capital necesario para cumplir un compromiso contractual de dichas magnitudes. Adicionalmente, podría no ser atractivo para ellos adquirir un compromiso comercial que implica una prestación de servicios a nivel nacional, lo que trae consigo gastos operacionales mayores en la ejecución.

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 vacantes 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, en que se protege el mercado de los actos que tienen por objeto limitar la libertad de éste, como los carteles, los acuerdos restrictivos de la competencia y aquellos que tienen por objeto limitar el abastecimiento o hacer una diferenciación no objetiva en los precios y servicios. Lo anterior, pues se 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 asociado a 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. Esto último, pues se termina perjudicando a aquel que por las limitaciones económicas y del devenir social, está en incapacidad para cumplir con aquellos requerimientos cubiertos bajo las correspondientes acciones positivas.

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 (Trujillo, Gamba y Arenas, 2016). De un informe realizado por la Fundación Saldarriaga (Correa Montoya y Castro Martínez, 2016), solo el 12,5 de las mujeres con discapacidad estaban empleadas, y el 7,5% de los hombres en esta condición reportaban un empleo fijo. En este mismo informe, los autores resaltan que, de acuerdo con la OIT, el personal humano que presenta alguna discapacidad no cuenta con la capacitación suficiente, lo que siempre conlleva a que tenga muy pocas posibilidades de generar ingresos suficientes, bien sea a través de un empleo o a través de la creación de sus propios negocios. Así, la contratación de personal en

situación de discapacidad, sucede cuando uno de los trabajadores, en el ejercicio de su cargo, adquiere la condición, no porque el empleador así lo desee, principalmente por las restricciones que impone la ley a los empleadores con trabajadores a cargo que están en esta situación, y la inoperancia de las excepciones que la misma ley trae. 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 esta medida de acción afirmativa termina beneficiando a las grandes compañías, que a diferencia de las pequeñas empresas sí pueden asumir estos costos y tienen esquemas de asesores jurídicos y de recursos humanos que pueden asesorarlos en estos temas.

c. Análisis de caso No. 3: AMP para la contratación de Servicios de Impresión

Tabla 3 – Resumen del proceso licitatorio CCENEG-035-01-2020

<p>Objeto del acuerdo</p>	<p>Los proveedores se obligan a suministrar a las Entidades Compradoras los Servicios de Impresión de acuerdo con las especificaciones establecidas en el pliego de condiciones y de acuerdo con las Ofertas presentadas a Colombia Compra Eficiente en la licitación pública CCENEG-035 -01-2020. Los Servicios de Impresión están divididos en tres segmentos de acuerdo con la naturaleza y complejidad de los 2 tipos de servicios incluidos dentro del Acuerdo.</p>
----------------------------------	--

Requisitos de presentación

- 1- Representación legal e inscripción en el Registro Único Tributario.
- 2- Experiencia:
 - Segmento 1: 12.218 SMLMV hasta en 15 contratos inscritos en el RUP.
 - Segmento 2: 977 SMLMV hasta en 3 contratos inscritos en el RUP.
 - Segmento 3: 3.909 SMLMV hasta en 7 contratos inscritos en el RUP.
- 3- Periodo de entrega: entre 3 a 75 días hábiles dependiendo de la complejidad del servicio requerido.
- 4- Capacidad financiera:

Tabla 6 Indicadores de Capacidad Financiera

Indicador	Índice requerido
Índice de liquidez	Mayor o igual a 1
Índice de endeudamiento	Máximo 69%
Razón de cobertura de intereses	Mayor o igual a 1

Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente

5- Capacidad organizacional:

Tabla 7 Indicadores Capacidad Organizacional

Indicador	Índice requerido
Utilidad Operacional / Activo Total	Mayor o igual a 0
Utilidad Operacional / Patrimonio	Mayor o igual a 0

Fuente: cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.

Para el Proponente cuyo patrimonio sea cero (0), no es posible calcular el indicador de Utilidad operacional sobre el patrimonio, caso en el cual el Proponente **no cumpliría** con dicho indicador.

6- Criterios de evaluación

Tabla 8. Puntaje por criterio de evaluación de cada Segmento

Nº	Criterios de evaluación	Puntaje
1	Factor económico	80
2	Factor técnico adicional	9
3	Puntaje para estimular la industria nacional	10
4	Trabajadores en situación de discapacidad	1
Total puntos		100

7- Factor técnico:

Tabla 9. Puntaje del factor técnico adicional

Nº	Criterios de evaluación	Puntaje
1	Sistema Distribución de los productos	3
2	Papel libre de cloro	2
3	Vinculación de mujeres cabeza de familia	2
4	Vinculación de Personas mayor de 50 años	2
Total puntos		9

8- Factores de evaluación técnica adicionales:

- Puntaje del factor técnico adicional para el sistema de distribución.

Segmento	Criterios de evaluación	Puntaje
1	Al menos cinco (5) vehículos de carga propios o en arrendamiento financiero (leasing) o al menos una (1) certificación de un convenio o contrato vigente con una empresa de transporte para la distribución de los productos en todo el País.	3
2	El Proponente debe demostrar que realiza las impresión y distribución de al menos un diario de circulación nacional con más de 100.000 ejemplares semanales.	3
3	Al menos un (1) vehículos de carga propios o en arrendamiento financiero (leasing) o al menos una (1) certificación de un convenio vigente o contrato con una empresa de transporte para la distribución de los productos en todo el País.	3

- Papel libre de cloro.
- Vinculación de mujeres cabeza de familia.
- Vinculación de personas mayores de 50 años.
- Estimulación industria nacional.
- Incorporación de trabajadores en situación de discapacidad.

Número de oferentes	Cinco
Número de adjudicatarios	Cuatro
Número de prestadores de los servicios a contratar en el mercado	3,747

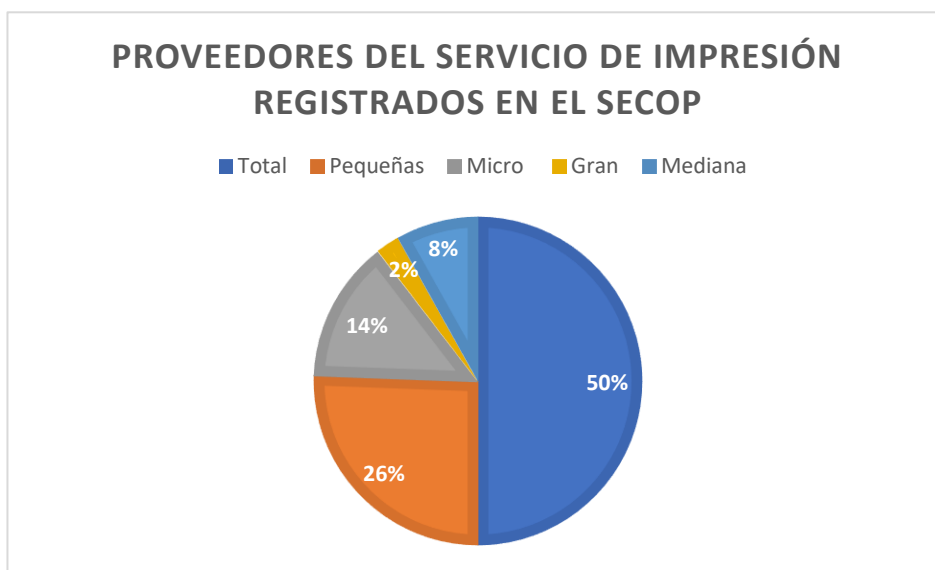
colombiano																			
Factores de evaluación	<p style="text-align: center;">Tabla 8. Puntaje por criterio de evaluación de cada Segmento</p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th style="background-color: #0056b3; color: white;">Nº</th> <th style="background-color: #0056b3; color: white;">Criterios de evaluación</th> <th style="background-color: #0056b3; color: white;">Puntaje</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1</td> <td>Factor económico</td> <td>80</td> </tr> <tr> <td>2</td> <td>Factor técnico adicional</td> <td>9</td> </tr> <tr> <td>3</td> <td>Puntaje para estimular la industria nacional</td> <td>10</td> </tr> <tr> <td>4</td> <td>Trabajadores en situación de discapacidad</td> <td>1</td> </tr> <tr> <td colspan="2">Total puntos</td> <td>100</td> </tr> </tbody> </table>	Nº	Criterios de evaluación	Puntaje	1	Factor económico	80	2	Factor técnico adicional	9	3	Puntaje para estimular la industria nacional	10	4	Trabajadores en situación de discapacidad	1	Total puntos		100
Nº	Criterios de evaluación	Puntaje																	
1	Factor económico	80																	
2	Factor técnico adicional	9																	
3	Puntaje para estimular la industria nacional	10																	
4	Trabajadores en situación de discapacidad	1																	
Total puntos		100																	

Fuente: elaboración del autor

Al igual que en los anteriores análisis realizados, en este caso puede evidenciarse que solamente cinco prestadores presentaron sus propuestas para prestar sus servicios dentro de este proceso de selección. De estos solo cuatro fueron seleccionados para prestar servicios a las 6.200 entidades públicas que actualmente operan en el estado colombiano (Función Pública, 2023). Del mercado general de prestadores, puede entonces concluirse que sólo aproximadamente el 7% de los partícipes del mercado lograrían cumplir con los requisitos exigidos por la entidad para ser prestadores dentro del AMP; no obstante, solo el 0,13% de los prestadores registrados por el DANE están actualmente habilitados para estos fines (Directorio de Empresas, 2023). Esto nuevamente demuestra que uno de los efectos principales de este tipo de medidas de contratación, es que los requisitos de acceso son tan rígidos y fuera de contexto, que generan la exclusión inicial y subjetiva de la mayoría de los prestadores del mercado.

Particularmente, de las empresas del sector registradas como proveedoras de estos servicios en el SECOP, puede evidenciarse que existen 43 empresas, de las cuales sólo dos se consideran grandes empresas, y 22, es decir más de la mitad, son pequeñas empresas que eventualmente pudieron registrarse en el SECOP para prestar servicios de menor valor para los

que operacionalmente estaban capacitadas. Esto, considerando que antes de la puesta en marcha de los AMP, cada entidad pública podía adelantar sus procesos de selección considerando sus particularidades y necesidades.



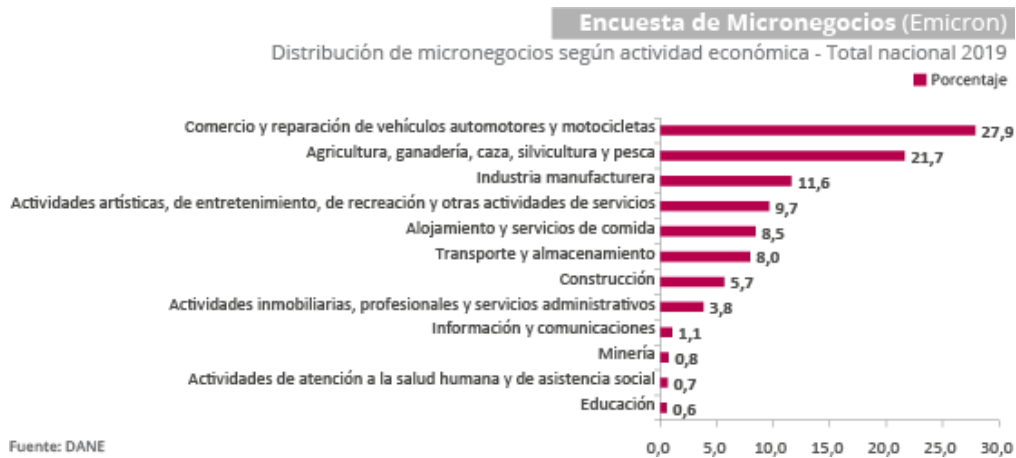
Fuente: elaboración del autor con datos publicados en el SECOP (2021).

Otro criterio que se repite en este análisis es la inclusión de factores de evaluación y puntuaciones en el factor técnico que no tienen relación directa con el servicio requerido por CCE. Estos factores que tiene relación con las características de la población contratada, el tipo de insumos a ser utilizados, e inclusive lo que tiene que ver con particularidades del sistema de distribución hacen que, para los pequeños productores, que como puede verse en la gráfica, son la mayoría, obtener un puntaje competitivo sea realmente improbable. Lo anterior, considerando que es previsible que su planta de personal sea mucho menor, lo que da menos oportunidad de vinculación de personal discapacitado, sus medios económicos sean más limitados y los productos a ser utilizados sean aquellos a los que pueden acceder y no aquellos que libremente pueden elegir en el mercado.

Así las cosas, se ratifica la brecha entre proveedores disponibles y proveedores elegidos, para prestar servicios y proveer bienes a las instituciones estatales que conforman el más grande comprador del mercado en cualquier estado actual; lo que genera entonces afectación real en las economías de pequeña escala que están presentes en un gran porcentaje en el mercado colombiano.

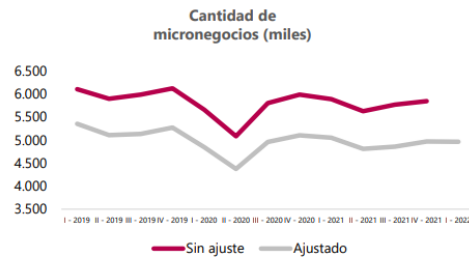
d. Análisis de los estudios de caso

De acuerdo con la Encuesta de Micronegocios (DANE, 2019) realizada por el DANE en el 2019, para ese entonces existían en Colombia 5.874.177 micronegocios. Para el año 2022, y como consecuencia de la pandemia, pero también de otros factores del mercado y externos, existen 4.961.670 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.



Cantidad de micronegocios, personal ocupado e ingresos nominales

Total nacional
I Trimestre 2019 – I Trimestre 2022^P



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, de aquellas que emplean más de 100 trabajadores, existían 13.233 registradas para el 2017. Esto implica que las características en cuanto a empleabilidad, recursos disponibles y posibilidad de impacto sean tangencialmente diferentes. La referencia más actualizada frente al tema indica la existencia de 5,4 millones de micro, pequeñas y medianas empresas en Colombia, esto según el DANE en 2021. El DANE también estimó que estas empresas representan 90% del sector productivo total del país, aunque algunos otros datos estiman que asciende a 99 % del total del comercio y la industria nacional.

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. 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.

Previamente, 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. Los costos en procesos contractuales para el Estado, tal como lo dejamos anteriormente establecido, han disminuido en algún porcentaje 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 y las eventualidades que muchas veces deben afrontar las entidades, pues los acuerdos no se adaptan a sus necesidades, que antes eran cien por ciento resueltas por los prestadores de su región y que ya conocían sus expectativas y requerimientos. En este sentido, 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 características 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), 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 entre 1 y 250 trabajadores es de 121.000 euros (Statista, 2019). Igualmente, en Francia el promedio corresponde a 35.000 euro (French News, 2007). Adicional a esto, debe considerarse que la mayoría de los países de Europa son considerablemente más pequeños en tamaño y en densidad poblacional, por lo que muchas veces estas micro y medianas empresas logran suplir los requerimientos de las entidades públicas de manera más completa y general.

Así mismo, si se mira desde otro punto de referencia, como lo es 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 solo el 30% del total de prestadores.

Ahora, en lo que tiene que ver con la implementación de los AMP 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, vale la pena rescatar 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 evaluación que todos estarían en capacidad de cumplir.

Así las cosas, y tras el análisis realizado, es claro 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, dejan en desventaja a los pequeños productores. Por lo que si bien la regulación podría cumplir sus objetivos la agencia sería la encargada junto con los expertos de evaluar el mercado en pro de lo social y ver como ajustar los requisitos de las licitaciones para estos acuerdos; cosa que no se evidencia de manera clara hasta el momento.

Los autores Fazekas y Blum en el año 2021 realizaron un análisis del estado de los procesos de compras públicas y su impacto en términos de costo beneficio. Dentro de los esquemas de contratación analizados incluyeron los procesos de compra centralizada, entre los que se pueden enmarcar los AMP incorporados en Colombia, pues implica el establecimiento de una unidad central de compras selecciona los proveedores para que después, las entidades contratantes individuales, o usuarios finales, pueden comprar a la unidad central en condiciones establecidas, normalmente utilizando un acuerdo marco central (Fazekas & Blum, 2021, p.20). Dentro de este análisis, los autores resaltan que los procesos de centralización si bien están caracterizados por la reducción del favoritismo, acceso a servicios de mejor calidad, eliminación de procesos administrativos y reducción de costos, implica también coartar el libre acceso al mercado y la rentabilidad de los procesos. Tal como puede verse del análisis de los casos incluidos en esta sección, estos procesos pueden generar el aumento de la burocracia, que a la vez no garantiza la entrega optima y eficaz de un producto a la totalidad de entidades del estado colombiano pues un pliego de condiciones estándares impide la flexibilización frente algunas situaciones o usuarios que requieren servicios apartados de la generalidad, en razón a su operación. Por último, es importante resaltar que el último elemento que los autores resaltan

como conflictual en la implementación de estas herramientas, es el que acá se ha visto de manera más particular, y que corresponde a que los contratos de mayor tamaño e importancia pueden impedir que las empresas más pequeñas presenten ofertas y por ende sean elegidos para ser los prestadores. Situación que podrá generar un alza en los precios si no hay suficientes empresas grandes o desincentiva la creación y manejo de la empresa privada en el país.

De esta manera, el Estado al implementar los AMP no ha logrado asegurar ninguno de los objetivos que en principio debe promover la contratación estatal: i) la prestación de los servicios de manera generalizada y de calidad, ii) redistribución de la riqueza entre los actores sociales, por medio de oportunidades económicas y un mercado activo que permita la inclusión de todos los partícipes en los flujos de capital, iii) la garantía de derechos fundamentales, como la igualdad y la garantía de la iniciativa privada. El efecto de la implementación ha sido negativo en tanto ha dejado por fuera a la gran mayoría de pequeños y medianos empresarios del país, que además de generar empleos, tienen la capacidad de generar capital para el desarrollo de los pequeños y medianos municipios.

5. Conclusiones

La adopción de mecanismos de Gobernanza Global, entendida como una forma de gobierno que dista del esquema tradicional y busca el dialogo, coordinación, y presencia de múltiples actores en la legitimación de intereses comunes y superiores a los de cada estado independiente, es una realidad en la actualidad. La gobernanza se ha filtrado en el funcionamiento de lo que hoy podemos llamar el estado globalizado, generando fenómenos propios de la implementación de políticas diferentes a las tradicionales, que algunos tildan como positivos y que otros, más críticos, entran a evaluar incipientemente. Particularmente el modelo de la gobernanza regulatoria, que se aborda ampliamente en este texto, ha sido mayormente acogido en la actualidad, pues promueve una limitación de la actuación de los individuos, y elimina la necesidad de intervención absoluta por parte del estado. Si bien la regulación ha presentado fracasos mayores en algunas situaciones, América Latina invierte cada vez más en procesos de integración y en instituciones que apoyan la calidad regulatoria de sus aparatos gubernamentales, ciñéndose a lo promovido por organizaciones internacionales de prestigio. Estas prácticas, en mi concepto, han traído avances a los mercados en vía de desarrollo, pues conjugan elementos importantes como lo son el conocimiento experto, la igualdad de condiciones, la privatización moderada y un entendimiento directo entre el sector privado y la administración que genera eficiencia en el cumplimiento del interés general como principal objetivo de esta última. No obstante, se han evidenciado inconvenientes, no en la teoría sino en la implementación, razón por la que conjugo este asunto con la teoría de los trasplantes jurídico, que se han hecho cada vez más comunes en la época de la globalización, donde el pluralismo

jurídico ha tomado fuerza y muchas de las políticas promovidas por agentes externos a los estados casi que se han vuelto obligatorias de manera previa que el mismo estado las legitime.

Particularmente, en la investigación se abordó como la OCDE comparte y promueve los presupuestos del estado regulador, conceptos que ha acogido ampliamente Colombia desde el momento en que inició su proceso de ingreso a la Organización. El modelo de gobernanza regulatoria incluye la promoción de políticas de agregación de demanda, lo cual ha sido pensado y estructurado por la OCDE en sus recomendaciones, y acogido por Colombia dentro de su proceso de adhesión y cumplimiento de compromisos. La puesta en marcha de las obligaciones adquiridas por Colombia como parte del proceso de ingreso y cumplimiento de su rol como estado parte, es una muestra de un trasplante jurídico, ya que cumple con las siguientes características: i) un lugar de producción extranjero –en este caso la OCDE; ii) una motivación para la implementación, 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, y 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.

El 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, es el factor social diferenciador en cada uno de los ambientes en que busca ser implementado este tipo de lógicas generales. En este punto se puede afirmar que Colombia cae en los errores comunes de los trasplantes jurídicos, como afirmé anteriormente, pues desconoce la existencia de factores sociales particulares, que hacen que la regulación implementada tenga efectos colaterales no esperados.

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, se ubica dentro de los crasos errores cometidos por los gobiernos de estados 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 una herramienta que tiene la capacidad de mejorar el escenario social, para ponerla a la orden de las grandes industrias del mundo globalizado en que hoy vivimos. Así, en el escenario actual priman los centros de producción normativa externos, como las organizaciones internacionales, que cada vez se hacen más fuertes y tienen injerencia más directa, en los contenidos normativos que los estados implementan como estrategias de buen gobierno, sin que los resultados sean muy esperanzadores para los ciudadanos del común que, contrario al resultado, propenden por un estado ideal que proteja sus derechos y acoja un papel de garante, que ha sido abandonando en búsqueda de otros ideales relacionados con la globalización. Es importante en este punto mencionar, que los resultados de los procesos de implementación dependen de las alternativas disponibles dentro de los estados, de las capacidades de la autoridad para adaptarse, del nivel de politización y de contrainstitucionalización (Zelicovich, 2022) y las conclusiones, así como las consecuencia de los trasplantes variarán dependiendo del caso de análisis, razón por la que en esta investigación solo nos centramos en el caso colombiano.

Después de este análisis, en el cual se abordó el tema desde el punto de vista teórico, se abordó detalladamente el funcionamiento de la OCDE y el proceso de incorporación de Colombia a la Organización, así como el régimen jurídico aplicable a la herramienta analizada en el texto, los AMP. De este análisis se puede concluir que el marco jurídico interno ha variado

constantemente para dar cumplimiento a los lineamientos y compromisos adquiridos frente a la OCDE, pero a su vez se evidencia la falta de congruencia de los nuevos reglamentos a los marcos sociales vigentes, lo que implica una desarticulación del sistema.

Para lograr una visión general de las implicaciones sociales de la implementación de los AMP en Colombia se realizó el análisis cualitativo de tres de los AMP definidos por Colombia Compra Eficiente en los últimos años. De este análisis se pudo observar la afectación directa a los partícipes del mercado, en el sentido en que es claro que la herramienta de agregación de demanda promovidas por la OCDE como parte de la gobernanza regulatoria, limita la participación de los actores (oferentes) en los diferentes procesos, pues incluye barreras de entrada al mercado, como lo es la definición de requisitos económicos y técnicos altos, en relación con lo que podría implicar la prestación efectiva del servicio una vez sea requerido por alguna de las entidades del estado. Como fue mencionado en el último capítulo de esta investigación, las barreras que han surgido desde la adopción de los AMP en Colombia impactan principalmente a las MiPymes, que están limitadas para participar en estos procesos de contratación pues los requisitos son generales para el país, y dejan de corresponder a una cantidad acorde al tamaño y densidad del ente territorial, al que antes podían prestar sus servicios de manera directa. En este sentido, es claro que la aplicación de estas medidas uniformes y que buscan la disminución de las funciones burocráticas de las entidades municipales y nacionales, dejan en desventaja a los pequeños productores. Por lo que, si bien la regulación podría cumplir sus objetivos, la agencia debe estar encargada junto con los expertos en el campo, de evaluar el mercado en pro de lo social y ver como ajustar los requisitos de las licitaciones para estos acuerdos; cosa que no se evidencia de manera clara hasta el momento, por lo menos en Colombia. Dentro del referido capítulo también se hace referencia a la diferencia que puede

existir con otros mercados, pues si bien Colombia el 90% del componente empresarial está compuesto por micro, pequeñas y medianas empresas, otros mercados podrán tener mayor movilidad en la medida en que corresponda a uno con mayor capital, inversión y desarrollo, en donde el componente de grandes empresas sea mayormente representativo. Así, es claro que hasta el momento las lógicas que hacen parte del marco regulatorio, y específicamente los AMP, no han sido adaptadas a la realidad socioeconómica de Colombia, y han mantenido un esquema inalterado al momento de la implementación que no ha resultado provechoso para los partícipes de la economía colombiana.

En este sentido, podemos arribar a una conclusión similar a la que Fazekas y Blue (2021) llegan en su texto sobre *Mejora de los resultados de la contratación pública. Revisión de las herramientas y el estado de la base de pruebas*, en que establecen que frente a los AMP:

Existen sólidos argumentos teóricos a favor de la contratación pública colaborativa y centralizada (Albano & Sparro, 2010), pero la base empírica es bastante dispersa y, en general, de calidad insuficiente. Las características organizativas y de los productos que definen el potencial de ahorro y la satisfacción de los usuarios con estas prácticas necesitan un estudio mucho más sistemático. Además, es necesario comprender mejor la interacción entre los organismos centrales de compra, las organizaciones públicas que compran a través de acuerdos marco centrales y el comportamiento oportunista de los proveedores requieren un estudio más exhaustivo para identificar las compensaciones entre los ahorros en la fase de licitación y las dificultades de ejecución de los contratos.

Así, si bien aún falta mucho por analizar y sólo veremos las demás implicaciones de la política regulatoria en Colombia, cuando haya pasado algún tiempo y se hayan consolidado otros aspectos dentro del campo social, viene al caso abordar el estudio socio-jurídico, para entender

las reformas ya aplicadas y tratar de promover políticas más acordes a nuestras estructuras nacionales, a las que muchas veces les vendría mejor un análisis para el mejoramiento desde lo local, que desde lo global. Por lo que es un momento ideal para entender y analizar desde un punto de vista teórico y práctico las implicaciones de la adopción de las lógicas de gobernanza regulatoria en esquemas de gobierno alternos, y no en los tradicionalmente analizados, como los europeos, por existir diferencias conceptuales con los de América Latina.

Termino entonces afirmando que, si bien el Estado continúa siendo una institución actual, su papel se ha venido permeando por las lógicas internacionales que se han encargado de definir la esencia de la actuación estatal para enmarcarla dentro de los objetivos globales, que claramente son definidos por los actores internacionales poderosos como quedó demostrado, lo es la OCDE. Particularmente, la promoción de los postulados del estado regulador, acompañada de la creación de marcos normativos estándares para la actuación de los individuos dentro del estado, que son definidos por las agencias especializadas, es la postura que prevalece en búsqueda de la eficiencia y un mejor desempeño del estado como administrador y si bien la regulación podría llegar a cumplir sus objetivos, las agencias reguladoras y en general la estructura de los procesos ajustados a esta corriente, deben verse sometidos a un examen de fondo. La falta de un estudio casuístico y seguimiento a las implementaciones ha generado consecuencias adversas para los actores internos, dejando de lado el interés mayor del estado que corresponde a la promoción y garantía del bienestar general y consecuentemente de sus ciudadanos. Las lógicas y *modus operandi* de los estados, principalmente los que están en vía de desarrollo, se han visto afectados por políticas implantadas sin tener en cuenta el contexto social; pues para la OCDE los intereses van más allá de lo que internamente sucede con la población, vulnerable o no, del estado receptor. En lo que tiene que ver con el objeto a de análisis, la

herramienta para la adquisición de bienes uniformes, es necesario lograr una implementación gradual y en la que junto con los expertos de cada mercado se evalúen soluciones en pro de lo social y la modificación de los requisitos de cada uno de los procesos llevados a cabo para llegar a estos acuerdos; buscando no afectar la realidad de los partícipes del proceso de contratación, que de alguna manera funcionaba desde lo local, en los términos del estado colombiano. Lo anterior, sin desconocer que la globalización es una realidad a la que debemos adaptarnos, pero sin dejar de lado la evaluación de la esfera social, y los impactos a largo plazo.

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.966906&i%20sFromPublicArea=True&isModal=False>

Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, (2020). Información del Procedimiento número CCENEG-035-01-2020. [Recuperado el 23 de abril de 2023]

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.1575447>

Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente. (14 de agosto de 2019).

Repuesta a la consulta No. 4201913000004103. Documento con radicado No. 2201913000005877.

Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente. (12 de diciembre de

2022). Repuesta a la consulta No. P20221113011351. Documento con radicado No. RS20221212014777.

Alviar García, H., & Jaramillo Sierra, I. C. (2012). *Feminismo y crítica jurídica: El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Universidad de los Andes.

Alviar García, H., & Lampresa, E. (2016). *El estado regulador en Colombia*. Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes.

Arias Henao D. (2019). El camino de Colombia a la OCDE. *Relaciones Internacionales*, 28(56), 117-136.

World Bank. (2010). *Better Regulation for Growth*. <https://doi.org/10.1596/27866>

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>

Banakar, R., & Travers, M. (2013). *Law and Social Theory*. Hart Publishing.

Bonucci, N. (2011). The OECD at Fifty: Some Observations on the Evolving Nature of an International Organization. *George Washington International Law Review, Issue 2*, 239.

Bulkeley, H., Andonova, L. B., Betsill, M. M., Compagnon, D., Hale, T., Hoffmann, M. J., Newell, P., Paterson, M., Roger, C., & VanDeveer, S. D. (2014). *Transnational Climate Change Governance*. Cambridge University Press.

<https://doi.org/10.1017/CBO9781107706033>

Caballero Duarte, A. (2017). Hacia el mejoramiento de la compra pública en el Ministerio de Defensa Nacional a través del acuerdo marco de precio de intendencia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Cabinet Office. (2020). Transforming public procurement [CP 353]. OGL.

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)

Cardenas, C. M. L., & Restrepo Medina, M. A. R. (2016). *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de estado regulatorio*. Universidad del Rosario.

<https://pure.urosario.edu.co/es/publications/adecuaci%C3%B3n-de-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica-colombiana-al-modelo-de-e>

Circular Externa 004 de 2021. Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente.

Crane, C. (2020). El Camino de Colombia a la OCDE: por qué, para qué y cómo se hizo. *Revista tempo do mundo*. 133- 153. <http://dx.doi.org/10.38116/rtm25art6>

- Creswell, J. W. (2018). *Qualitative inquiry and research design: Choosing among five approaches* (4th edition). SAGE Publications.
- Clark, D. (2023) Average profit of SMEs in the UK 2022, by enterprise size. *Statista*.
<https://www.statista.com/statistics/291299/average-profit-of-smes-in-the-uk-by-enterprise-size/>
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia Rad. 11001032600020140013500. (C.P.. María Adriana Marín. 11 de abril de 2019).
- Consejo de Estado. Sentencia 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 24 de abril de 2013.)
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Contipelli, E. (2017). Global Governance and Comparative Analysis of the Integration Processes in Latin America: The Andean Community and the Mercosur. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 12(2), 93-110.
<https://doi.org/10.18359/ries.2802>
- Correa Montoya, Lucas y Castro Martínez, Marta Catalina. (2016). Discapacidad e inclusión social en Colombia. Informe alternativo de la Fundación Saldarriaga Concha al Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Editorial Fundación Saldarriaga Concha. Bogotá D.C., Colombia. 162p.
- Cownie, F., & Bradney, A. (2013). Socio-legal studies: A challenge to the doctrinal approach. En D. Watkins & M. Burton (Eds.), *Research methods in law* (pp. 40-65). Routledge.
- DANE, 2019. Boletín Técnico. Encuesta de Micronegocios (EMICRON). Recuperado de:
<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/micro/bol-micronegocios-2019.pdf>

DANE, 2021. Directorio de Empresas.

Dinero. (2012, de abril de). Colombia lista para entrar al “club de los países ricos.” *Dinero*.

<https://www.dinero.com/economia/articulo/colombia-lista-para-entrar-club-paises-ricos/149172>

de Leeuw, G. (2016, enero 1). Joseph E. Stiglitz, The Price of Inequality: How Today’s Divided Society Endangers Our Future and Joseph E. Stiglitz, The Great Divide: Unequal Societies and What We Can Do About Them. *Anglican theological review*, 98(1), 218-220.

Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura. Noviembre 3 de 2011. Diario Oficial No. 48.242

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Mayo 26 de 2015

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [Ley 80 de 1993]. Octubre 28 de 1993 (Colombia).

Falla, A. (2003). Las nuevas agencias reguladoras «Ni muy muy ... Ni tan tan». *IUS ET VERITAS*, 27, 169-178.

Fazekas, M., & Blum, J. R. (2021). *Improving Public Procurement Outcomes: Review of Tools and the State of the Evidence Base* [Working Paper]. World Bank.

<https://doi.org/10.1596/1813-9450-9690>

Fazio Vengoa, H. (2018). *¿Qué es la globalización?: Contenido, explicación y representación*. Universidad de los Andes. Departamento de Historia.

Feenan, D. (2013). *Exploring the «socio» of socio-legal studies*.

<http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=4008370>

Franco Fuquen, N. R., & Restrepo Medina, M. A. (2021). *Autoridades regulatorias, soft law administrativo y jurisprudencia* (Primera edición). Universidad del Rosario.

Friedman, L. M., & Landinski, J. (1969). *El derecho como instrumento de cambio social incremental*.

<http://ez.urosario.edu.co/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdia&AN=edsdia.ART0000816190&lang=es&site=eds-live&scope=site>

French News, 2007. How Much Does a Small Business Make in France? *Business In France*.

https://www.french-property.com/news/french_business/french_small_businesses/

Función Pública, 2023. Entidades del Estado. *Sistema de Información Estratégica. Estado en cifras*. <https://www.funcionpublica.gov.co/web/sie/entidades-del-estado>

Galvis Castro, F. A. (2021). La OCDE: un perfil crítico. *Razón Crítica*, 10, 211-235. <https://doi.org/10.21789/25007807.1568>

Galvis-Quintero, D. (2016). La Colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas / Collusion as a restrictive practice that seriously affects competition selection process of contractors. *Vniversitas*, 132, 133. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

García- Femenía, A.M., y Sagrario, N. (2010), El aprendizaje entre pares en la elaboración de políticas públicas. Contribuyendo a la construcción de políticas en materia de cohesión social en América Latina y El Caribe, Madrid

Garrido, M.C. 2017. Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia. *Revista Digital de derecho Administrativo*. 17 (ene. 2017), 243-290.

DOI:<https://doi.org/10.18601/21452946.n17.13>.

Girón Uribe, P. A. (2018). La conversión del soft law de la OCDE en hard law en Colombia, especial referencia a los Convenios para Evitar la Doble Imposición suscritos por Colombia con Francia y Reino Unido. *Revista de Derecho Fiscal*, 12, 69-120.

<https://doi.org/10.18601/16926722.n12.05>

Goig, J. M. (2016). La OCDE en la era de la Globalización: Desarrollo e Influencia. *Revista de Derecho UNED*, 19, 111-149.

GOV.UK, 2022. How public procurement will change to improve the way supplies, services and works are procured for the public sector. *Transforming Public Procurement*.

<https://www.gov.uk/government/collections/transforming-public-procurement#:~:text=The%20Transforming%20Public%20Procurement%20programme,compliant%20with%20our%20international%20obligations>

Gracia, J. C. (2015). Las características jurídicas del neoliberalismo. *Cuestiones Constitucionales*, 32, 3-44. <https://doi.org/10.1016/j.rmhc.2016.03.001>

Graham, E. R. (2015). Money and Multilateralism: How Funding Rules Constitute IO Governance. *International Theory*, 7(1), 162-194.

Gurría, Á. (2011). La Oede, 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>

Held, D. (Ed.). (2004). *A globalizing world? culture, economics, politics* (2. ed). Routledge [u.a.].

- Held, D., & Roger, C. (2013). *Global governance at risk*. Cambridge: Polity.
- Held, D. (2014). *Globalization: The C Arrer of a Concept*. *Globalizations*, 2014. Taylor & Francis. Volume 11, 2014-Issue 4. <https://doi.org/10.1080/14747731.2014.951211>
- Hernández Sampieri, R., & Mendoza Torres, C. P. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta* (First edition). McGraw-Hill Education.
- Horwitz, M. J., Kennedy, D., & Gordon, R. W. (2017). *Historias críticas del derecho*. Siglo del Hombre Editores.
- Jordana, J. (2012). El desarrollo del Estado regulador en América Latina. En *El desarrollo del Estado regulador en América Latina* (pp. 43-60). Vervuert Verlagsgesellschaft. <https://doi.org/10.31819/9783865279866-003>
- Jordana, J., & Levi-Faur, D. (2005). ¿Hacia un estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. *Documentos CIDOB. América Latina*, 7, 1.
- Keating, M. (n.d.). National development and the APS. *Canberra Bulletin of Public Administration*, 101, 26–29. <https://doi.org/10.3316/agispt.20015087>
- Krisch, Nico (2022). Entangled legalities in the postnational space. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 20, 476–506. <https://doi.org/10.1093/icon/moac018>
- Kural, E. (2021). *Global Adaptation Governance: Evidence from 30 International Organizations, 1990-2017*. <http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:su:diva-194966>
- Latorre, I. (2014). La política de mejora regulatoria: Oportunidades y desafíos para Colombia. *Better regulatory policy: opportunities and challenges for Colombia.*, 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). Regulation & Regulatory Governance. *Handbook on the Politics of Regulation*.
- Levi-Faur, D. (2012.), *The Oxford Handbook of Governance* (2012; online edn, Oxford Academic, 18 Sept. 2012), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199560530.001.0001>, acceso 23 Apr. 2023.
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2007. Diario Oficial No. 46.691
- Ley 1450 de 2011. Plan Nacional de Desarrollo Prosperidad para Todos. 16 de junio de 2011. Diario Oficial No. 48.102.
- Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Enero 15 de 2018. Diario Oficial No. 50.477.
- Llewellyn, K. N. (1931). Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44(8), 1222-1264. JSTOR. <https://doi.org/10.2307/1332182>
- López Casanovas, G. (2015). *El bienestar desigual: Qué queda de los derechos y beneficios sociales tras la crisis*. Península.
- López López, E. (2014). *Pluralismo Jurídico una propuesta paradigmática para repensar el derecho*. 1, 31-64.
- Majone, G. (1998). *The regulatory state and its legitimacy problems* (Vol. 56). Institut für Höhere Studien (IHS), Wien.

- Majone, G., & la Spina, A. (1993). El Estado regulador. *Gestión y Política Pública*, II(2), 197-261.
- Malagón, M. (2016). El Estado Regulador y la Misión Currie en Colombia. En H. Alviar García & E. Lamprea Montealegre (Eds.), *El Estado regulador en Colombia* (Primera edición en español, pp. 309-334). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Martell, L. (2007). The Third Wave in Globalization Theory. *International Studies Review*.
- McLaughlin, K., Ferlie, E., & P, S. O. (2005). *New Public Management: Current Trends and Future Prospects*. Routledge.
- Medina, D. E. L. (2004). *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- Méndez, Y. D. (2011). El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad. *Derecho y Cambio Social*, 8(23), 28.
- Miller, J. M. (2003). 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), Art. 4. <https://doi.org/10.2307/3649131>
- Mira, L. E., & Gutierrez, J. A. (2018). Impacto jurídico de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en Colombia. *Jurídicas CUC*, 14(1), 75-104.
- Mordillo, M. A. D. (2021). Pasado y futuro del Estado de Bienestar: Reflexiones desde una era postcovid. *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, 46, Art. 46. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23138>
- 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>

- Norav Veggeland. (2016). The Narrative of the Modernized Regulatory State. *Horyzonty Polityki: Secularization of Political Thought in Russia : from the «Right of Existence» to the Empire and Geopolitics*, 7(21), Art. 21. <https://doi.org/10.17399/HP.2016.072103>
- OCDE (s.f.) *Public Procurement*. OECD.gov. <https://www.oecd.org/governance/ethics/public-procurement.htm>
- OCDE. (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*. Organisation for Economic Co-operation and Development. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/recomendacion-del-consejo-sobre-politica-y-gobernanza-regulatoria_9789264209046-es
- 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.
- OCDE. (2016). 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.
- OECD (2016), *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>
- OMC. (s.f). La OMC y la contratación pública. *Organización Mundial del Comercio-Contratación Pública*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm#:~:text=La%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20representa%20en,la%20competen

- Paci, J. J. (s. f.). *La inescindibilidad del Derecho con el contexto social* [Universidad de Castilla-La Mancha.]. Recuperado 29 de diciembre de 2021, de <http://ez.urosario.edu.co/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edstdx&AN=edstdx.10803.397481&lang=es&site=eds-live&scope=site>
- Pagani, F. (2002). Peer Review as a Tool for Co-Operation and Change. *African Security Review*, 11(4), 15–24. <https://doi.org/10.1080/10246029.2002.9628141>
- Pal, L. (2008). Inversions without End: The OECD and Global Public Management Reform1. *The OECD and Transnational Governance*.
- Pal, L. A. (2009). The OECD and Global Public Management Reform. *Hrvatska i Komparativna Javna Uprava: Časopis Za Teoriju i Praksu Javne Uprave*, 9.(4.), 1057-1089.
- Pardo Schotborgh, C y Paz Monroy, M. (2011). *El Soft Law como fuente de Derecho Internacional, caso: Resoluciones de Comercio justo*. Universidad de Cartagena.
- 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>
- Payscale, 2021. Average Small Business Owner Salary. *Small Business Owner*. https://www.payscale.com/research/US/Job=Small_Business_Owner/Salary
- Puello-Socarrás, J. F. (2013). Ocho tesis sobre el neoliberalismo (1973-2013). *Revista Espacio Crítico*, 4-18.
- Reyes, M. (2014). *The Challenges of Legal Transplants in a Globalized Context: A Case Study on 'Working' Examples*. (SSRN Scholarly Paper ID 2530811). Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=2530811>

- Saavedra, A. G. (2012). La función reguladora del Estado y el Derecho. *Revista de Investigaciones UNAD*, 11(1), Art. 1. <https://doi.org/10.22490/25391887.783>
- 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. *Universidad de Lima*. <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/3058>
- Sáez, R. E. (2010). La OCDE y el ingreso de Chile. *Estudios Internacionales*, 43(166), 93-112. JSTOR.
- Sanclemente Arciniegas, J. (2019). La independencia del regulador en Francia y en Colombia. *Revista de Derecho*, 51, 187-210.
- Santos, B. de S., Rodríguez Garavito, C. A., & Ansley, F. (Eds.). (2007). *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita* (1. ed). Anthropos Editorial.
- Sassen, S. (2000). Digital Networks and the State: Some Governance Questions. *Theory, Culture & Society*, 17(4), 19-33. <https://doi.org/10.1177/02632760022051293>
- Sassen, S. (2003a). The Participation of States and Citizens in Global Governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10(1), 5-28.
- Sassen, S. (2003b). Globalization or Denationalization? *Review of International Political Economy*, 10(1), 1-22.
- Scott, C. (2017). The regulatory state and beyond. En *Regulatory Theory*; page 265-287; ISBN 9781760461010. ANU Press. <https://doi.org/10.22459/rt.02.2017.16>
- Selznick, P. (1985). Focusing Organisational Research on Regulation. *Noll, R. Regulatory Policy and the Social Sciences*, 363-367.
- Slaughter, A.-M. (2004). *A new world order*. Princeton University Press.

- Statista, (2019).
- Stiglitz, J. E., & Research, W. I. for D. E. (1998). *More instruments and broader goals: Moving toward the post-Washington consensus /: Joseph E. Stiglitz*. UNU/WIDER,.
<https://digitallibrary.un.org/record/421196>
- Stiglitz, J. E. (1999). *Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries*.
- Tarzuján, & Paredes Molina, R. (2006). *Organización industrial para la estrategia empresarial*. Pearson Educación.
- Tassara, C. (2015a). *Colombia en el escenario internacional: Oportunidades y retos para el desarrollo*. Cartagena: Escuela Latinoamericana de Cooperación y Desarrollo y (ELACID) Editorial Bonaventuriana. <https://doi.org/10.13140/RG.2.1.1961.2242>
- Tassara, C. (2015b). La política exterior de Colombia, la OCDE y la revisión entre pares de las políticas públicas. *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, 2(2), 69-103.
<https://doi.org/10.21500/23825014.2273>
- Terracciano, A. (2019, marzo 14). *Development trajectories of regulatory quality: The experiences of OECD, European Union and the case of Italy* [Master's Degree Thesis]. Luiss Guido Carli. <http://tesi.luiss.it/23898/>
- Teubner, G., Sassen, S., & Krasner, S. D. (2010). *Estado, soberanía y globalización*. Siglo del Hombre : Universidad de los Andes : Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Trujillo, E., Gamba, M., & Arenas, L. (2016). *Las dificultades de las Pymes en América Latina y Colombia para lograr ser competitivas y sostenibles*. [Monografía para optar al título de Especialistas en Estándares Internacionales de Contabilidad y Auditoría]. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

- Valencia, G. D. (2004). *Metamorfosis del Estado: De empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia* (edsrep.p.lde.grupom.028). RePEc.
<https://ideas.repec.org/p/lde/grupom/028.html>
- Valencia Tello, D. C. (2015). *El estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Grupo Editorial Ibañez.
- Valencia-Tello, D. C. (2020). *Pluralismo Jurídico. Análisis de tiempos históricos*. Revista Derecho del Estado. <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.
- Vargas, L. F. (2018). *Colombia en la OCDE. Las realidades de la adhesión* (Primera edición). Fundación Konrad Adenauer, KAS.
https://www.academia.edu/36830486/Colombia_en_la_OCDE._Las_realidades_de_la_adhesi%C3%B3n
- Vega-García, A. (2014). *El soft law en la fiscalidad internacional* [Ph.D. Thesis, Universitat Pompeu Fabra]. <http://www.tdx.cat/handle/10803/279394>
- Veggeland, N. (2016). The Narrative of the Modernized Regulatory State. *Horyzonty Polityki : Secularization of Political Thought in Russia : From the “Right of Existence” to the Empire and Geopolitics*, 7(21), 99–118. <https://doi.org/10.17399/HP.2016.072103>
- Velarde J. (2011). *Un gran «Think tank»: la OCDE*. ABC Economía.
https://www.abc.es/economia/abcp-gran-think-tank-ocde-201101310000_noticia.html

Villamar Nava, Z. (2017). Gobernanza Global y (su propio) desarrollo. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 0(127).

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rri/article/view/61149>

Watson, A. (2007). *Comparative law: law, reality and society*. Vandephas Publishing.

Watson, A. (2012). The Birth of Legal Transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 41(3), 605-608.

Williamson, J. (1999). Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a reformas de las políticas económicas. *La cultura de la estabilidad y el consenso de Washington, 1999*, ISBN 84-88099-42-8, págs. 67-117, 67-117.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2303934>

Wróblewski, J. (1993). Cambio del derecho y cambio social. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 1(12). <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3080>

Xifra, J. (2016). *Los think tanks*. Editorial UOC.

Zelicovich, J. (2022). La teoría de Gobernanza Global como enfoque analítico y los puentes conceptuales con el debate latinoamericano. *Colombia Internacional*.

<https://doi.org/10.7440/colombiaint109.2022.07>

Zuleta, M. M., Saavedra, V., & Medellín, J. C. (2018). *Fortalecimiento del sistema de compra pública para reducir el riesgo de corrupción*.

<http://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3544>

Zurbriggen, C. (2011). Gobernanza: Una mirada desde América Latina. *Perfiles latinoamericanos*, 19(38), 39-64.

Zürn, M. (2018). *A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation*.

Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198819974.001.0001>