

Funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente
desde la autonomía de las entidades territoriales

Trabajo de grado:
Maestría en Derecho Administrativo

Presentado por:
Liliana Rocío Carvajal Torres

Directora:
Diana Carolina Valencia Tello

Jurado:
Juan Carlos Covilla Martínez
Juan David Duque Botero



Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Junio 12 de 2020

Bogotá D. C.

Agradecimientos

A Dios por las oportunidades que me concede cada día y en especial, la de culminar este proyecto. A mi familia por su instrucción y apoyo. A mi directora de tesis por su orientación y siempre presta disposición en el desarrollo de este ejercicio académico. A las personas que me impulsaron a emprender esta etapa formativa. Finalmente, a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra del Rosario y docentes por su formación.

Tabla de contenido

Introducción	6
Capítulo I. Organización territorial del Estado	9
1.1. Modelo de organización	9
1.2. Descentralización	12
1.3. Autonomía territorial	15
1.4. Relaciones interadministrativas	21
1.4.1. Cooperación o colaboración	22
1.4.2. Jerarquía	23
1.4.3. Coordinación	23
1.4.4. Control	25
1.5. Colofón	27
Capítulo II. Autonomía territorial en contratación	28
2.1. Antecedentes	28
2.2. Alcance de la autonomía territorial	37
2.3. Colofón	46
Capítulo III. Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente	48
3.1. Creación y funciones	48
3.2. Acuerdos marco de precios e instrumentos de agregación de demanda	58
3.3. Manuales, guías y circulares	67
3.4. Documentos estandarizados	78
3.4.1. Pliegos de condiciones tipo según el EGCP	78
3.4.2. Proyectos tipo del DNP	87
3.4.3. Documentos estándar en los contratos plan	90
3.4.4. Documentos estándar en las vías terciarias para la paz y el posconflicto	92
Capítulo IV. Funciones de CCE desde la autonomía territorial	93
Conclusiones	116
Bibliografía	118

Listado de gráficas

Gráfico No. 1	35
Gráfico No. 2	36

Listado de tablas

Tabla No. 1	56
Tabla No. 2	66
Tabla No. 3	76
Tabla No. 4	76
Tabla No. 5	78

Abreviaturas

Acuerdo Marco de Precios	AMP
Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente	CCE
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	CNUDMI
Comisión Intersectorial de la Contratación Pública	CINCO
Departamento Nacional de Planeación	DNP
Estatuto General de Contratación Pública	EGCP
Informe de Diagnóstico de las Adquisiciones del País	CPAR
Organización Mundial del Comercio	OMC
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico	OCDE
Producto Interno Bruto	PIB
Red Interamericana de Compras Gubernamentales	RICG
Tienda Virtual del Estado Colombiano	TVEC
Tratado de Libre Comercio	TLC
Unión Europea	UE

Introducción

La Constitución Política de 1991 instituyó a Colombia como un Estado organizado en forma de república unitaria, descentralizada y con autonomía de las entidades territoriales, a saber, los departamentos, distritos, municipios, territorios indígenas y en un futuro cercano, las regiones.

Fue así como reiteró el modelo de organización del Estado unitario establecido en la Constitución de 1886 y la técnica de descentralización administrativa, la cual se potencializó con la incorporación de la autonomía territorial en su doble connotación de principio y derecho de las entidades locales. En su condición de principio es un mandato de optimización y como derecho, la Carta le ha dotado de un contenido mínimo inquebrantable para la gestión de sus intereses, dentro de los límites constitucionales y legales.

Se sigue que la actividad legislativa gira alrededor de dos principios en constante tensión, como son la unidad y la autonomía territorial. Ninguno puede aplicarse en forma absoluta en perjuicio del otro y su alcance se relativiza según la tendencia de recentralización o auspicio de la discrecionalidad.

En materia contractual, la Constitución atribuyó a los entes territoriales la facultad de suscribir contratos y administrar sus recursos, conforme al estatuto que adopte el legislador. En su desarrollo, fue expedida la Ley 80 de 1993, la cual estableció una estructura de principios que exaltaba el ámbito discrecional. No obstante, bajo la insignia de combatir la corrupción y aumentar la transparencia se han realizado una serie de reformas que han dado un papel preponderante a la función reglamentaria y las disposiciones de *soft law*.

Estas competencias se atribuyen primordialmente al presidente de la República como primera autoridad administrativa y a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, creada en el Decreto – Ley 4170 de 2011, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al presidente mediante la Ley 1444 de 2011.

CCE ostenta la naturaleza de unidad administrativa especial descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional y es concebida como el órgano rector en contratación,

cuyos objetivos son desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

Las funciones atribuidas pueden clasificarse según cuatro criterios: (i) impulsión y apoyo, (ii) implementación normativa, (iii) coordinación como manifestación de alineación y (iv) administración.

De su análisis se obtiene que constituyen parámetro para estudio desde la autonomía territorial las relativas a la implementación normativa, expresada en: 1. Los acuerdos marco de precios e instrumentos de agregación de demanda, 2. Los manuales, guías y circulares y 3. Los documentos estandarizados. Lo anterior, porque inciden en el ámbito competencial propio de las entidades territoriales en materia de contratación y así en su autonomía o grado de libertad en la gestión de sus intereses.

Dentro de este contexto, el problema base de la disertación consiste en establecer ¿cómo impactan las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente la autonomía de las entidades territoriales?

El tema investigado se justifica en que CCE es de reciente creación, la función de implementación normativa ha tenido amplio desarrollo, se encuentra aún en definición y presenta tendencia a su amplitud y, por último, interfiere sobre las atribuciones de los entes territoriales en el área sensible de la contratación, debido a los fines que persigue para la satisfacción del interés general, el porcentaje de recursos públicos que maneja en términos del PIB y los frecuentes problemas de corrupción.

La hipótesis planteada consiste en sostener que las funciones normativas de CCE han impactado en forma negativa la autonomía territorial, pues materializan una disminución de su ámbito de competencia y discrecionalidad, es decir, del grado de libertad en la gestión de sus intereses. Lo anterior, reflejado en la recentralización y la relación interadministrativa de coordinación –incluidos mecanismos informales–.

Esta disminución en sí misma no desconoce la autonomía territorial en tanto que el legislador tiene amplio margen de acción, se preserva a los entes locales campo competencial para la gestión de sus intereses, la contratación estatal trasciende al interés general de toda la población y además se logra un resultado satisfactorio a la luz de sus fines, los principios que orientan la materia, así como de la necesaria coordinación y capacidad. En cualquier caso, derivado de su condición de principio deben potencializarse las formas de participación y siempre, garantizarse la legalidad de las fuentes en las restricciones que se impongan.

Para lograr el objetivo general de determinar la forma en que las funciones de CCE han impactado la autonomía de los entes territoriales se abordarán los siguientes objetivos específicos:

1. Definir la ubicación dogmática de las entidades territoriales en la organización del Estado, el contenido y alcance de su autonomía y la forma en que se relacionan con el orden central;
2. Analizar la autonomía territorial en el ámbito de la contratación estatal, su margen de amplitud y restricción;
3. Explicar las funciones de CCE con incidencia en la autonomía territorial; y
4. Evaluarlas para determinar si materializan una recentralización de funciones y/o una relación interadministrativa, si disminuyen o transgreden la autonomía territorial y en este caso, cómo podrían adecuarse para su satisfacción.

La disertación se estructura en cuatro capítulos, cada uno orientado por un objetivo específico, en forma respectiva, así: 1. De la organización territorial; 2. De la autonomía territorial en contratación; 3. De la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente; y 4. De las funciones de CCE desde la autonomía territorial.

A este efecto se realizó una revisión de la legislación, la jurisprudencia, la doctrina e información pública de CCE. Su estudio se hizo en el marco de una investigación de dogmática jurídica, descriptivo – prescriptiva, *lege data* y cualitativa.

Capítulo I

Organización territorial del Estado

Abordar el tema de investigación exige contextualizar el modelo de Estado acogido en Colombia como república unitaria, descentralizada y con autonomía de las entidades territoriales. Particularmente se procurará establecer el alcance y límite de cada una de estas notas características, la forma en que se relaciona la Nación con las entidades territoriales y los medios de solución a los conflictos que puedan surgir entre los principios de unidad y autonomía territorial.

Lo anterior reviste especial importancia a los fines de la disertación, pues cimentará las bases para el análisis de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente como unidad administrativa especial del sector descentralizado del orden nacional y la autonomía de las entidades territoriales: departamentos, distritos, municipios, territorios indígenas, y en un futuro próximo, las regiones.

1.1. Modelo de organización

La organización territorial o distribución del poder en el territorio orbita alrededor de un planteamiento núcleo, consistente en el reconocimiento o no de personas jurídicas en el interior del Estado, y de ser afirmativa la respuesta, la atribución de facultades legislativas – también llamada, función normativa primaria—. Es decir, versa respecto a la centralización del poder político en el Estado o su reparto con determinadas entidades territoriales. El primer supuesto corresponde al modelo de Estado unitario y el segundo, al compuesto, comprensivo del federal, regional y *devolution* (Pavani & Ragone, 2010).

Sobre el Estado **unitario** Ferrando Badía (1978) señala que es puro y simple cuando en la personificación jurídica principal se centraliza la totalidad de funciones; sin embargo, es una figura ideal o irrealizable (citado por Rincón Córdoba, 2018a, pp. 161 y 163). Por lo anterior, se ha dado paso al Estado unitario mixto o complejo, en donde se sigue sosteniendo un único centro de impulsión política, esto es, una misma Constitución y leyes para todo el

territorio nacional, pero se concibe la creación de personas jurídicas en su interior – subestatales o subnacionales–, mediante descentralización (Rincón Córdoba, 2018a).

George Burdeau (1981) define el Estado **federal** como la asociación de estados sometidos en parte a un poder central y en la otra, bajo independencia (Citado por Rodríguez, 2017, p. 180). Aunque históricamente su formación más frecuente era a través de la unión de estados independientes y soberanos –*bottom-up process*–, de manera reciente se ha realizado en sentido contrario, tras la fragmentación de un Estado unitario –*top-down*–.

Como presupuestos del Estado federal se han identificado los siguientes: cada Estado miembro tiene Constitución; el parlamento está conformado por dos cámaras, en una de las cuales están representados los intereses de sus miembros; los Estados parte participan en las funciones públicas, en especial la reforma constitucional; y hay reparto de competencias legislativas entre los niveles federal y estatal (Pavani & Ragone, 2010).

El Estado **regional** es concebido como una organización territorial intermedia entre los modelos unitario y federal, o también, con el carácter de descentralización avanzada. Hay una preeminencia del Estado central sobre sus componentes, escasa participación de las autonomías territoriales en las funciones centralizadas, no hay segunda cámara en la cual estén representados los entes subnacionales y vía constitucional se atribuye un ámbito competencial para el ejercicio de la autonomía legislativa y potestad reglamentaria (Sueli Cock, 2008).

La **devolution** es un proceso *sui generis* de distribución del poder en el territorio, comprensible solo desde el constitucionalismo británico. Busca conciliar la supremacía del parlamento de Westminster con el espíritu de autonomía de algunas nacionalidades de Reino Unido, bajo la preeminencia del primero (Estupiñán Achury, 2012).

En los anteriores términos se ha hecho referencia a la “teoría de los tipos ideales de las formas de Estado”, es decir, la descripción y sistematización de los rasgos característicos de los modelos de organización territorial. Es una clasificación ideal, porque en la práctica cada Estado presenta sus propias connotaciones y matices, de acuerdo con factores históricos, sociales y políticos.

Por ello, independientemente de la forma de Estado establecida en la Constitución y la ley, lo determinante en su estudio es la manera en que se encuentren regulados los principios de centralización y descentralización. Es así como puede hallarse Estados federales con alta centralización y unitarios con considerable descentralización (Estupiñán Achury, 2011).

En la historia de Colombia, finalizado el período preconstitucional de 1810 a 1821, rigieron las siguientes Constituciones: República de Colombia de 1821: centralista, República de Colombia de 1830: centralista, Estado de la Nueva Granada de 1832: centralista, República de la Nueva Granada de 1843: centralista, Nueva Granada de 1853: centro-federal, Confederación Granadina de 1858: confederal, Estados Unidos de Colombia de 1863: federal, República de Colombia de 1886: centralista (Hernández Becerra, 2001) y República de Colombia de 1991: en cuyo artículo 1º se señala una organización de Estado unitario, descentralizado y que dota de autonomía a las entidades territoriales (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Como se observa, dentro de la teoría de los tipos ideales de las formas de Estado, en Colombia ha predominado el modelo unitario, en la actualidad mixto o complejo, pues se reconoce la existencia de entidades territoriales, bajo la técnica de descentralización.

Se atribuyen funciones que en ningún caso comprenderán las de dictar su propia Constitución (Estado federal), ni las de cumplir facultad legislativa (Estados federal y regional). El principio de juridicidad guardará la integridad del ordenamiento jurídico y la uniformidad de regulación (a *contrario sensu* de lo que puede ocurrir en los Estados federal y regional).

Es un límite de gran valía, comoquiera que carecen de potestad para dictar cuerpos normativos autónomos, su campo competencial tendrá el alcance que confieran las normas de orden superior y se hará en los términos que estas impartan.

Es de destacar que en forma preliminar no puede establecerse una circunstancia de desventaja manifiesta de los entes subnacionales en el Estado unitario frente a los modelos federal y regional. Es cierto que carecen de potestad constitucional y legislativa, sin embargo,

se atempera con la técnica de descentralización y se refuerza con la autonomía territorial. Será finalmente el tratamiento que a ellas se confiera el que sirva de parámetro diferencial.

1.2. Descentralización

En procura de una mayor comprensión de la figura y por su importancia para los fines de la disertación se aludirá en primer lugar al fenómeno de **centralización**. Se entiende como la radicación del conjunto de tareas y funciones públicas en la persona jurídica del Estado. Es absoluta cuando no reconoce ninguna forma de división territorial y será atenuada o limitada en el evento que admita su existencia. Sin embargo, de ser este último el caso, niega personería jurídica alterna y autonomía –por consiguiente, se trata de circunscripciones territoriales bajo el principio de jerarquía, subordinadas al poder central y que cumplen la función de transmitir y ejecutar ordenes, pero que carecen de potestad para la toma de decisiones– (Rodríguez, 2018).

La **descentralización** consiste en la distribución de competencias entre el Estado y otros entes dotados de personería jurídica, autónomos, con órganos propios y que expresan su voluntad. A los entes descentralizados se atribuye las siguientes características: (i) gozan de personería jurídica, (ii) tienen asignación legal de recursos, (iii) les han sido conferidas competencias específicas y se administran a sí mismos, (iv) hacen parte del Estado, (v) son creados por éste y (vi) se encuentran sometidos a su control (Gordillo, 2000).

La descentralización se manifiesta en tres formas, así: territorial, funcional y por colaboración. En sus inicios y durante el siglo XIX operó la descentralización territorial, es decir, la transferencia de funciones de la administración central a las entidades locales; y a finales del mismo siglo, en Francia y España surgió la descentralización funcional (Cassagne, 2009), en donde la asignación de competencias a otra persona jurídica se realiza en razón a un núcleo concreto de funciones técnicas o de servicio. Por último, la descentralización por colaboración se efectúa a favor de entes que no forman parte de la administración, no tienen relación de jerarquía, ni dependencia con ella, pero colaboran en la función estatal (Dromi, 1978).

La descentralización puede comprender todas las funciones del Estado, a saber: constituyente, legislativa, administrativa y jurisdiccional. En la teoría de los modelos ideales de las formas de Estado, en el federal hay descentralización de todas ellas (Sayagués Laso, 1986); en el regional y *devolution*, del legislativo y administrativo; y en el unitario, del administrativo.

Dentro de la descentralización administrativa se identifican la funcional, fiscal y política (Rodríguez, 2018). En la modalidad funcional se configura un traspaso de funciones, en la fiscal una transferencia de recursos y en la política se transfiere poder decisorio a autoridades locales y regionales designadas mediante voto o las formas de participación popular (Manrique Reyes, 2010).

En consecuencia, cuando se aborda el estudio de las figuras de centralización y descentralización se tratará en concreto de establecer si se admite o no, dentro de la persona jurídica del Estado, entes diferenciados y autónomos para el cumplimiento de funciones por especialidad o ámbitos territoriales (Hernández Becerra, 2001).

La Constitución de 1886 puso fin al modelo federal que había regido por 33 años con las Constituciones centro federal de 1853, confederal de 1858 y federal de 1863. Fue así como en el artículo 1º de la Carta de 1886 se instituyó a Colombia en condición de Estado unitario, del cual se predicaba centralización política y descentralización administrativa.

Esta Carta fue derogada por la Constitución de 1991, en la cual se potencializó la descentralización y dotó a los entes territoriales de autonomía para la gestión de sus intereses.

Es así como la Constitución Política de 1991 señala en su artículo 1º que el Estado se organiza en forma de República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales; y el precepto 209 *ibidem* dispone que la función administrativa se ejerce con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

De ahí que se reconozca a la descentralización una triple dimensión como fórmula de organización que atempera el modelo de Estado unitario, principio que vincula el actuar de

la administración pública y una técnica de gestión y racionalización del trabajo, en conjunto con la desconcentración y delegación (Rincón Córdoba, 2018b).

En relación con la descentralización territorial, el artículo 286 superior indica que las entidades territoriales son los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas. Previó a su vez que la ley podría darle este carácter a las regiones y las provincias. Al efecto, mención especial merecen las regiones, por ser respecto de quienes el legislador se ha pronunciado frente a su conversión en entidad territorial.

La Ley 1454 de 29 de junio de 2011 –orgánica de ordenamiento territorial– (Congreso de la República, 2011) señaló que previa autorización de las respectivas asambleas, y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado, los gobernadores de dos o más departamentos podrían constituir una Región Administrativa y de Planificación (RAP). En tratándose del Distrito Capital de Bogotá, el departamento de Cundinamarca y los departamentos contiguos, sería una Región Administrativa de Planeación Especial (RAP-E).

En la Ley 1962 de 2019 se establecieron los requisitos para la conversión de las RAP y RAP-E en entidades territoriales, lo que solo puede darse a partir del año 2022 (Congreso de la República, 2019c).

Así las cosas, actualmente la descentralización territorial se realiza en relación con los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas; y legalmente están dadas las condiciones para la conformación futura de la Región Entidad Territorial.

Para los efectos de la disertación, la descentralización será entendida como técnica que permite la creación de entidades territoriales al interior del Estado y la asignación de competencias de diversa naturaleza. Particularmente y en lo que refiere a la contratación estatal, la facultad de celebrar contratos, con todo y lo que ello implica, es decir, el manejo desde la etapa precontractual hasta la poscontractual, para el cumplimiento de las funciones de las entidades territoriales, así como los fines del Estado y de la contratación.

Como se expuso con anterioridad, no necesariamente en un Estado unitario los entes subestatales se encuentran en una situación de manifiesta desventaja en relación con los del federal y regional, pues depende del alcance otorgado a la descentralización.

En el informe de la OCDE titulado *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública – Colombia la Implementación del Buen Gobierno*, la organización tras analizar las competencias de las autoridades subnacionales concluyó que “{...} si bien Colombia es un estado unitario, se ha convertido en uno de los países más descentralizados de América Latina.” (OCDE, 2014, p. 215).¹

Destacó que no existe un único nivel óptimo de descentralización, sino que es específico para cada país, se condiciona por el contexto y depende de múltiples factores internos y externos. No obstante, “{...} un nivel eficiente de descentralización, vinculado a la gestión de las relaciones con base en intereses mutuos de diferentes niveles de gobierno, depende de la necesaria coordinación y capacidad.” (OCDE, 2014, p. 216).

De ahí que no pueda primigeniamente tomarse siempre que toda manifestación y exaltación de la descentralización en materia contractual sea de la mayor conveniencia y propósito último, pues la atribución inconsulta de funciones sin un estudio de capacidad terminará entorpeciendo el buen desarrollo de los cometidos estatales, en perjuicio de sus habitantes como destinatarios.

Para finalizar, la **recentralización** consiste en devolver las competencias del nivel descentralizado al sector central (Cassagne, 2009). Eaton y Dickovik (2004) refieren que es consecuencia de la intención de recuperar el poder anteriormente transferido y supone la vuelta al *statu quo* previo a la descentralización. Puede ser explícita cuando se materializa en cambios normativos e institucional o sutil si implica la adopción de políticas que no suponen cambios sustantivos, pero sí un intento de reforzar la posición del centro. La recentralización tiene aplicación en los sectores administrativo, fiscal y político (citados por Olmeda & Armesto, 2017, pp. 112-114).

1.3. Autonomía territorial

José Gascón y Marín (1955) señala que el reconocimiento de la autonomía se hace en función de dos elementos: población y territorio. El primero determina la necesidad de buscar

¹ Este informe hizo parte de un conjunto de estudios encargados por Colombia, en el contexto de solicitud de ingreso a la OCDE.

soluciones diferenciadas de acuerdo con las necesidades específicas de un conjunto de personas con intereses comunes que son peculiares respecto de los nacionales y el segundo delimita la competencia en un espacio geográfico (citado por Rincón Córdoba, 2018a, pp. 267-268).

La positivización de la autonomía territorial puede encontrarse en la Constitución, la ley o provenir de la progresiva internacionalización del derecho público como en la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, ratificada por todos los Estados de la Unión Europea (Velasco Caballero, 2018).

En ella es entendida como el derecho y capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes, sin interferencia de los gobiernos nacionales o intermedios. Establece que deberá reconocerse en la Constitución y legislación interna y cada Estado fijará en la ley las competencias que comporte (Fernández de Losada, 2015).

En Colombia la autonomía territorial se introdujo con la Constitución Política de 1991, previamente había iniciado un proceso de descentralización.

La descentralización y la autonomía se encuentran en estrecha relación, pues la descentralización supone necesariamente un cierto grado de autonomía en la toma de decisiones, y a su vez, la autonomía implica la descentralización como fenómeno opuesto a dependencia o subordinación (Pérez Escobar, 2004). Tanto la descentralización como la autonomía aluden a un cierto grado de libertad para tomar decisiones por un determinado ente jurídico respecto de otro (Molina Betancur, 2004).

Sobre la relación entre estas figuras se ha considerado de medio a fin, esto es, que la autonomía obedece a un principio organizativo que implica un fin del Estado y la descentralización corresponde a una herramienta jurídica para alcanzarlo (Robledo Silva, 2010); y en igual sentido, la descentralización como técnica administrativa para lograr mayores niveles de eficiencia y eficacia en la actividad y función administrativa, y la autonomía relativa a la materialización del derecho de los pueblos a un gobierno propio, a

una relación de tipo político entre los territorios, en contravía de una exclusiva de tipo administrativo (Sierra Cadena, 2009).

Debido a la estrecha relación entre descentralización y autonomía y que, en el marco de un Estado unitario, como el nuestro, el poder político se encuentra centralizado –solo existe una Constitución y un órgano con potestad legislativa en el territorio nacional– hay doctrinantes quienes afirman que no se ha consagrado una verdadera autonomía y no se ha sobrepasado la descentralización administrativa (Robledo Silva, 2010)².

Otro sector sostiene que la autonomía territorial no se reduce a la descentralización, porque no se concilia con el control de tutela o semi-jerárquico característico de ésta y trasciende el ámbito puramente administrativo para adquirir connotación política (Hernández Becerra, 2010).

Frente a este debate, no es dable atribuir igual significado a la descentralización y la autonomía territorial, pues por virtud del primero se permite la creación de entidades territoriales y la atribución de funciones y por razón del segundo, como se verá, se asigna un contenido mínimo o irreductible susceptible de protección y con alcance de proyección normativa. Viene así la autonomía a fortalecer la descentralización y garantizar a las entidades territoriales cierto grado de independencia para la gestión de sus intereses.

Con la advertencia de las dificultades para establecer un concepto unívoco de la autonomía territorial, es preciso destacar que por su significado etimológico consiste en la potestad de autonormación y fue así como se concibió por la doctrina tradicional, representada por Laband, Jellink y Santi Romano. Por su parte, en la doctrina moderna con exponente a Giannini, se entiende no únicamente como comprensiva de la facultad de autonormación, ya sean normas jurídicas individuales o de ordenamientos jurídicos completos, sino también la capacidad de autodirección y auto-orientación, política y administrativa del ente autónomo (Robledo Silva, 2010).

² Ver: El Centralismo en la Nueva Constitución Política Colombiana. Sandra Morelli y Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Siguiendo a la misma doctrinante, en la Constitución Política de 1991 la autonomía territorial adquirió dos dimensiones, a saber: principio fundamental de la organización del Estado y atributo o cualidad de las entidades territoriales.

En cuanto principio, al estar positivizado cumple doble función, así: (i) es criterio de interpretación de la Constitución y la forma en que deben aplicarse las demás normas jurídicas y (ii) tiene alcance de proyección normativa por obra del legislador y el juez.

En su carácter de derecho de las entidades territoriales, la autonomía no posee contenido universal, sino que depende de lo que la Constitución y la ley determinen sobre sus intereses, los cuales no son uniformes para todos.

Ante la ausencia de definición expresa en la Constitución sobre la autonomía territorial, la Corte Constitucional ha interpretado que el *mínimum* garantizado es el previsto en el artículo 287 sobre los derechos y atributos de las entidades territoriales y los preceptos 300, 305, 313 y 315 relativos a sus funciones y competencias. En consecuencia, se garantiza cierta autonomía política –elección de gobernantes–, autonomía administrativa –facultad para manejar los asuntos de su jurisdicción– y autonomía fiscal –potestad para fijar tributos, participar de las rentas nacionales y administrar recursos– (Estupiñán Achury, 2016).

El artículo 287 constitucional es del siguiente tenor:

Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

Desde la construcción dogmática de la autonomía territorial es preciso indicar que, en el marco del Estado unitario instituido en la Constitución Política de 1991, queda proscrita la facultad de autonormación a través de la potestad legislativa, luego su ejercicio con sujeción

al principio de legalidad se limitará a disposiciones de inferior jerarquía como las ordenanzas departamentales, acuerdos municipales y en general, actos administrativos.

Adicionalmente, la Carta Política en armonía con la doctrina moderna no restringe la autonomía a la potestad de autonormación en los términos descritos, sino que la extiende a los ámbitos fiscales, políticos y administrativos. A ello se suma, el carácter de principio que impide entender agotado su contenido y conlleva a que se renueve hacia la amplitud.

Robledo Silva (2006) refiere a las dimensiones de la autonomía territorial así:

Autonomía política: en su sentido amplio comprende la facultad de dictar leyes o normas de este rango –primarias– y también de fijar políticas propias para determinadas materias en el marco de políticas ajenas más amplias –secundarias–. En la Constitución Política se atribuyó función normativa a algunas entidades territoriales –departamentos, distritos y municipios–, quienes a través de sus órganos colegiados –asambleas y concejos– profieren actos administrativos –ordenanzas y acuerdos–. A su vez, los gobernadores y alcaldes son titulares de importante autonomía normativa que se concreta mediante los distintos decretos que expiden.

Autonomía administrativa: se fundamenta en: (i) el derecho a ejercer las competencias que les correspondan, concretado en el régimen competencial asignado y la potestad normativa secundaria; y (ii) la facultad de gobernarse por autoridades propias. Conlleva el poder de auto-organización.

Autonomía financiera: alude al conjunto de competencias normativas y potestades administrativas para establecer y gestionar un sistema de ingresos y gastos. Se fundamenta en los derechos a administrar recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

La autonomía territorial no significa soberanía, en contrario, encuentra sus límites en la Constitución, la ley y el modelo de Estado unitario. Debido a estas limitaciones se ha afirmado que la autonomía presenta diversas lecturas, conforme al devenir legislativo y jurisprudencial que relativizan su alcance, según las tensiones que se presenten con la tendencia de recentralización (Estupiñán Achury, 2016).

Así las cosas, goza de identidad jurídica propia diferente a la descentralización, su naturaleza es de derecho y principio y su contenido comprende lo necesario a efecto de la gestión de sus intereses.

La función de determinar el campo de la autonomía territorial, es decir, el requerido para la gestión de sus intereses se dejó en manos del legislador. Luego será quien lo señale y a la Corte Constitucional corresponderá ejercer el control de constitucionalidad. Siendo que se trata de un principio con alcance de proyección normativa, la función del legislativo no tendrá más límites que la propia Constitución y particularmente, la forma de Estado unitario.

Su consideración desde la legitimidad, el principio democrático y los requisitos de reforma y modificación, permite indicar que se lograría mayor seguridad jurídica y menor posibilidad de vulneración si la determinación de su alcance se hubiere efectuado en forma exclusiva en la Constitución.

La ventaja del límite legal es que facilita la adecuación de su contenido a la realidad o desarrollo social y la desventaja refiere a que crea un campo maleable sujeto a intereses políticos, y en mayor medida, falta de seguridad jurídica.

Frente a este mínimo irreductible es problemático no solo que la Constitución Política no haya definido con precisión, ni completitud su contenido, sino que atribuyera esta función al legislador sin un marco específico.

Es claramente una situación poco favorable para las entidades territoriales, más aún si se considera que la Carta reconoce dos principios en tensión, los cuales pueden ampliar o restringir su campo competencial, esto es, la unidad y autonomía.

Sobre las tensiones entre el modelo de Estado unitario y la autonomía territorial, la Corte Constitucional se ha pronunciado en la siguiente forma:

{...} a pesar de la importancia de los dos principios (unitario y de autonomía), ninguno se puede aplicar de forma absoluta en perjuicio del otro, estando los dos en un sistema de limitaciones recíprocas, en donde el concepto de autonomía territorial se encuentra

restringido por el de unidad, y desde otra perspectiva la unidad se encuentra circunscrita por el núcleo esencial de la autonomía de los territorios.

La coexistencia de los principios de Estado unitario y autonomía territorial genera en su aplicación tensiones permanentes que hacen necesario en cada caso estudiar concretamente las situaciones de hecho y el uso de herramientas que permitan hacer una interpretación armónica del sistema jurídico constitucional para definir una posición frente a la aplicación de uno de estos dos principios, o de la confluencia de los mismos en caso de ser necesario. En este orden, es el mismo ordenamiento constitucional el que dispone que en estos casos para resolver las tensiones se dará aplicación los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. (Corte Constitucional, 2018).

El artículo 288 de la Constitución señaló que la distribución de competencias entre las Nación y las entidades territoriales tendría lugar mediante la ley orgánica de ordenamiento territorial y su ejercicio se surtiría conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

La Ley 1454 de 2011 –orgánica de ordenamiento territorial– definió la coordinación como el ejercicio articulado, coherente y armónico de atribuciones por la Nación y las entidades territoriales; la concurrencia, en el sentido de desarrollo oportuno de acciones conjuntas en busca de un objeto común; y la subsidiariedad, referente al apoyo transitorio y parcial de las entidades territoriales y esquemas de integración territorial a las entidades de menor categoría fiscal, desarrollo económico y social, dentro del mismo ámbito de la jurisdicción territorial, cuando se demuestre su imposibilidad para ejercer en forma debida determinadas competencias³.

1.4. Relaciones interadministrativas

Las personas jurídicas públicas pueden estar constituidas por uno o varios órganos. Las relaciones entre los órganos de una persona jurídica se denominan interorgánicas y las

³ La Ley 1454 de 2011 –orgánica de ordenamiento territorial– regula sobre los principios del ejercicio de competencias en el artículo 27. Además de la coordinación, concurrencia y subsidiariedad, incorpora la complementariedad, eficiencia, equilibrio entre competencias y recursos, gratuidad y responsabilidad.

establecidas por personas jurídicas, interadministrativas o intersubjetivas (Chávez Marín, 2012).

Marienhoff señala que “La relación jurídica inter-administrativa es aquella que vincula a dos o más personas jurídicas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido amplio (Nación y provincias) o de cualquiera de las personas jurídicas públicas de carácter estatal” (citado por Cassagne, 1975, p. 224).

Previa advertencia de que las relaciones interadministrativas se encuentran a la espera de una construcción dogmática en donde se establezcan satisfactoriamente sus modalidades y contenido (Parejo Alfonso, 2007) y que en Colombia el legislador no ha regulado en dimensiones generales las relaciones entre entidades territoriales y de estas con la Nación, se tomará para efectos de la disertación la clasificación doctrinaria de: 1. Cooperación o colaboración, 2. Jerarquía, 3. Coordinación y 4. Control (Covilla Martínez, 2017, 2019b).

1.4.1. Cooperación o colaboración:

Es el vínculo voluntario que se crea entre dos o más administraciones públicas para la colaboración o asistencia entre ellas (Covilla Martínez, 2017). Se ofrece articulada con la voluntariedad, igualdad posicional e imposibilidad de imposición de cualquier decisión (Parejo Alfonso, 2007). Puede producirse en forma vertical –entre el Estado y entidades territoriales– u horizontal –entre entidades territoriales del mismo grado–. En uno u otro caso podrá dar lugar o no al nacimiento de nuevas personas jurídicas, y de no hacerlo, se concretará en la estipulación de convenios (Cuesta, 1986).

No obstante, no es una definición pacífica. En especial se cuestiona el carácter voluntario de la cooperación y la proscripción de la imposición forzosa, pues la colaboración se constituye en un deber general (Parejo Alfonso, 2007).

Rincón Córdoba señala que la cooperación se realiza entre entidades que están en igualdad de condiciones y en cita a Ocaña Morell (1994) indica que la actuación de los sujetos se caracteriza por “desplegar sus efectos de modo directo en una esfera jurídica que les es ajena; hay pues una disposición, una atribución a favor de otro, un disponente y un

beneficiario”. Es una aportación de medios que se ponen al servicio de otro, bien porque una ley lo impone o por un acuerdo de voluntades (Rincón Córdoba, 2018a, p. 218).

La cooperación o colaboración es una relación interadministrativa que exalta la autonomía territorial. Son ejemplos de este tipo los convenios, comités, procedimientos conjuntos y la creación de personas jurídicas públicas (Covilla Martínez, 2019b).

1.4.2. Jerarquía:

Es entendida como la relación entre entidades que permite el control permanente e incluso puede llevar a suplantar la autonomía del destinatario. Tratándose de entidades territoriales se encuentra proscrita por reñir con la autonomía de que son titulares. Lo anterior, sin perjuicio del caso especial que se presenta en materia de orden público, donde las decisiones de nivel nacional priman sobre las departamentales y estas a su vez, en relación con las municipales –artículo 296 constitucional– (Covilla Martínez, 2019b).

1.4.3. Coordinación:

Tiene dos acepciones: (i) principio jurídico que rige la actuación administrativa en procura de su alineación y (ii) relación interadministrativa. Estos institutos tienen amplia conexión, porque una de las formas para llevar a cabo el primero es a través del segundo (Covilla Martínez, 2017).

En cuanto principio jurídico es preciso remitir al acápite anterior. En su connotación de relación interadministrativa se caracteriza por los siguientes elementos: (i) se entabla entre un gobierno local y una administración pública en nivel territorial superior, (ii) la relación surge a partir del ejercicio de una competencia atribuida en la ley⁴, (iii) la administración coordinadora tiene un poder de dirección sobre el ente coordinado, (iv) versa sobre una materia de interés común –supramunicipal– y (v) la decisión incide en las competencias propias de un ente local (Covilla Martínez, 2017)

⁴ Exige de reserva legal y pese a que representa una limitación a la autonomía local no puede llegar a vulnerarla.

Corresponde a una función de dirección de la entidad coordinadora, unilateral, obligatoria, siempre vertical entre un ente local y una administración pública con perspectiva territorial mayor y se materializa en una decisión administrativa de naturaleza normativa. Para el doctrinante, no constituye un mecanismo de recentralización pues no permite el traslado de la competencia material del sujeto coordinado al coordinante o a un tercero, sino que garantiza la alineación y coherencia de las partes del sistema.

Afirma que, salvo pronunciamiento del legislador o la jurisprudencia en el sentido de prohibir la relación interadministrativa, puede subsistir en los ordenamientos jurídicos en que no haya sido reconocido constitucionalmente. De hecho, sin consideración a la denominación es posible hallar ejemplos de este tipo, por la verificación de su contenido en los diferentes ordenamientos. En todo caso, en garantía de la autonomía territorial, la habilitación al ente coordinador debe tener origen en la ley y preverse en forma explícita, dado que se trata de un concepto polisémico.

Teniendo en cuenta que la relación interadministrativa conlleva una limitación de la autonomía, pero no puede menoscabar su contenido, el doctrinante propuso las siguientes garantías, sin carácter absoluto por falta de consenso sobre el concepto de autonomía y la variedad de los mecanismos de coordinación:

1. Previas al procedimiento: consisten en verificar si es posible lograr el objetivo con la relación interadministrativa de cooperación. En efecto, la coordinación es subsidiaria y excepcional.

2. Garantías procedimentales: (i) debe garantizarse el debido proceso; (ii) el ente coordinador habrá de adelantar las medidas necesarias para lograr la alineación y coherencia de las administraciones públicas; y (iii) al sujeto coordinador le corresponde utilizar todas las herramientas para que el ente local conozca y se pronuncie sobre las consecuencias del mecanismo, en orden a lo cual puede pedir informes, dar apertura a nuevos espacios de intervención en el procedimiento administrativo, trasladar la competencia de la coordinación y permitir la participación del ente local.

3. Garantías sustanciales: (i) la coordinación no puede exceder el interés del ente coordinado o ir más allá del interés del coordinante, por lo que debe ponderarse el interés

supramunicipal y local para que no haya exceso; (ii) no podrá afectar el núcleo esencial de la autonomía y (iii) de acuerdo con la jerarquía de la norma en que se encuentre el derecho, así será la flexibilidad en la afectación de las potestades. Además, no debe fijarse por completo la actividad a ejecutar por el ente local, sino que es preciso dejar un margen de libertad en la decisión.

Los mecanismos de coordinación son *numerus apertus*, dentro de ellos, la directriz, circular e instrucción. Las directrices son orientaciones generales en una materia o sector, dirigidos a otra administración pública que dejan amplio espacio de maniobra; y las circulares e instrucciones serán manifestación de relación interadministrativa cuando constituyan un instrumento obligatorio para el ente local y su contenido diste de ser una mera interpretación de la ley.

Los instrumentos informales de coordinación son los que no cumplen los requisitos formales de la relación interadministrativa, pero gozan de eficacia para ejercer un poder de dirección de una administración pública sobre un ente local, dentro de ellos, el *soft law* y las subvenciones.

El *soft law* son las decisiones de la administración pública que no cumplen las formalidades establecidas en la ley para obtener carácter vinculante, pero tienen amplia aceptación; y la subvención es una transferencia de recursos al ente local para la ejecución de determinada actividad, la cual se condiciona a lo señalado por la administración que subvenciona.

En estos casos, con miras a garantizar la autonomía local, el doctrinante propone: la participación del ente local en el procedimiento, no describir la totalidad de la actividad a ejercer, permitir un mínimo de autonomía, motivar la decisión y dar publicidad.

1.4.4. Control:

Giménez I Corrons (2001) lo concibe como la valoración que una administración pública puede hacer sobre la actuación de otra administración, para que cuando lo considere

necesario adopte una decisión frente a ella, la cual podrá ser una sanción o la reconducción de la actividad desplegada por el sujeto controlado (citada por Covilla Martínez, 2017, p. 68).

En el sistema centralizado se ejerce un control jerárquico y en el descentralizado, de tutela. El control de tutela frente a las entidades descentralizadas territorialmente está de ordinario en el Congreso mediante la regulación legal de las actividades que son objeto de descentralización y en el gobierno por medio del ejercicio del poder reglamentario en la misma área. Se ejerce respecto de las personas de los funcionarios y los actos o actividades (Rodríguez, 2017), así:

En relación con los funcionarios se materializa en la facultad del presidente de la República para suspender y destituir a los gobernadores y del presidente de la República y gobernadores para hacerlo frente a los alcaldes municipales, en los casos taxativos de ley.

Los principales mecanismos de control sobre los actos o la actividad son los siguientes: (i) la iniciativa de ciertas decisiones por los órganos colegiados puede corresponder exclusivamente a la autoridad encargada del control (gobernadores y alcaldes), (ii) los gobernadores y alcaldes pueden objetar los proyectos de ordenanzas y acuerdos cuando los consideren ilegales o inconvenientes, (iii) el gobernador puede enviar al tribunal contencioso administrativo los acuerdos municipales aprobados y sancionados si los considera ilegales y (iv) las entidades administrativas centrales están habilitadas para demandar los actos de los entes territoriales que consideren ilegales.

La relevancia de la referencia doctrinal sobre las relaciones interadministrativas viene dada de que el marco de la disertación gira sobre las entidades territoriales y la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente como unidad administrativa especial del orden nacional sector descentralizado, es decir, respecto de entes que gozan de personería jurídica y hacen parte del Estado, luego amerita establecerse si en razón de las funciones de CCE surgen relaciones interadministrativas y de ser así, cómo impactan la autonomía territorial.

Preliminarmente por razón de la autonomía de las entidades locales y los entes encargados de hacer el control penal, disciplinario y fiscal sobre la actividad contractual se

desestiman las relaciones de jerarquía y control, por lo que de existir se restringirán a las de colaboración y coordinación.

1.5. Colofón

La exposición precedente permitió evidenciar que la técnica de descentralización fue adoptada ya en la Constitución de 1886, la cual consiguió manifestación en la década de los años ochenta a raíz de la crisis del Estado – Nación.

En consecuencia, el contexto del constituyente de 1991 consistía en una organización de distribución de competencias entre el Estado y sus entidades territoriales, frente a lo cual en la nueva Carta se reiteró la fórmula de descentralización y procuró mayor potencialización con la introducción de la autonomía territorial en su connotación de principio y derecho.

Como principio es un mandato de optimización y en condición de derecho goza de un contenido inquebrantable, susceptible de protección. En su consagración normativa y connotación conferida radica el esplendor de la figura, pero se atenuó pues el constituyente estableció un contenido mínimo y dejó un amplio margen de acción al legislador para definir su alcance, cuyo control se ejercerá por la Corte Constitucional.

Lo anterior supone un margen de indeterminación primigenio que deja en situación de desventaja a las entidades territoriales, por la inseguridad jurídica, la maleabilidad legislativa y el riesgo de vulneración hasta que se fijen parámetros definitivos.

En cuanto refiere a la contratación estatal el contenido fijado en la Constitución como derecho de las entidades territoriales es, aunque mínimo, orientativo. De este modo, por virtud de la autonomía, tienen el derecho a ejercer las competencias que les correspondan, dentro de ellas y por disposición constitucional, la suscripción de contratos, y también el derecho a administrar sus recursos.

En el siguiente capítulo se hará una aproximación a la contratación estatal. En forma particular se evidenciará el margen de maniobra otorgado a las entidades territoriales en los

estatutos de contratación, la manifestación de las garantías constitucionales y la inclinación actual del legislador.

Lo anterior permitirá introducir al campo de los ámbitos reglados y discrecionales, la tendencia reglamentarista y como manifestación de ella, las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, frente a las que se procurará determinar si constituyen un mecanismo de recentralización y/o una relación interadministrativa que garantice la autonomía territorial.

Capítulo II

La autonomía territorial en contratación

Como su nombre lo indica, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente enmarca sus funciones en la contratación de las entidades del Estado, incluidos los entes territoriales. Debido a lo expuesto, el estudio de sus atribuciones a la luz de la autonomía territorial amerita previa referencia a la teoría de los contratos del Estado asumida en Colombia, su evolución y el estado actual de la materia, para así establecer la zona discrecional y reglamentada en los contratos de departamentos, distritos, municipios, territorios indígenas y regiones.

2.1. Antecedentes

Sarabia Miramontes (2003) concretiza las teorías respecto de la categorización de una noción autónoma de los contratos administrativos en las corrientes negativa y positiva. La negativa se subdivide en tres posturas, así: (i) la primera niega su existencia y refiere que en realidad se está en presencia de un acto administrativo unilateral en donde predomina la desigualdad de las partes y no se logra autonomía de la voluntad; (ii) la segunda reconoce la existencia de diversas categorías de contratos, dentro de ellas, los celebrados por el Estado, todas sujetas al derecho privado; y (iii) la tercera asimila los contratos administrativos a los del derecho privado. Por su parte, la corriente positiva reconoce la existencia del contrato

administrativo como categoría diferente al de derecho privado (citado por Forero Ramírez & Ospina Perdomo, 2017, pp. 49-50).

La última corriente corresponde a lo que en la doctrina se conoce como tesis de la sustantividad del contrato administrativo, desarrollada principalmente en Francia y sus países de influencia. El contrato se circunscribe por regla general al derecho administrativo, cuenta con régimen jurídico propio –diferente al derecho privado– y se somete a reglas y principios especiales. Lo anterior, en oposición al regido por el derecho civil y también, a las tesis eclécticas que no definen un derecho perfectamente aplicable (Santofimio Gamboa, 2017).

Siguiendo al mismo doctrinante, la tesis de sustantividad del contrato administrativo inició su consolidación con la figura de la doble personalidad del príncipe. En Alemania se denominó teoría del fisco, en Francia la doctrina de los actos de autoridad y actos de gestión y en España se conoció como actuación del Estado en cuanto poder y en cuanto persona jurídica. La doctrina de los actos de autoridad y de gestión tiene origen pre-revolucionario con la teoría del fisco, en donde se distinguía entre la actuación del Estado en relación con sus derechos patrimoniales y respecto de su poder público depositario del mando y de la fuerza, ejecutor de actos de poder. En el primer caso se aplicaba el derecho privado y en el segundo, el público.

La tesis de la sustantividad del contrato administrativo se consolidó en Francia a partir de la sustitución de la teoría de los actos de autoridad y de gestión por el criterio sustancial de los servicios públicos, en la cual se aceptó la división entre los contratos administrativos y de derecho privado de la administración, a fin de propiciar una respuesta para los contratos que no podían explicarse con base en los servicios públicos. La teoría de la sustantividad también tomó como criterios, entre otros, el de la definición legal, el de la forma, el jurisdiccional, el de las cláusulas exorbitantes y el del ejercicio del poder público (Santofimio Gamboa, 2017).

En cuanto a la adopción de una noción autónoma de los contratos administrativos en Colombia, Forero Ramírez & Ospina Perdomo (2017) señalan que, en los años inmediatamente posteriores a la independencia, la contratación del Estado era una extensión de las normas privadas, bajo la igualdad y autonomía de la voluntad, y sometida a la

Jurisdicción Ordinaria. Fue hasta 1873 que por el derecho comparado inició a posicionarse la teoría del servicio público y el régimen de exorbitancia. Así la Ley 106 de 1873 –Código Fiscal– creó la cláusula de caducidad y en el mismo año se introdujo en todo el territorio el Código Civil Francés que permitió la incorporación a favor del Estado de una cláusula penal pecuniaria en los contratos administrativos.

La Ley 53 de 1909 autorizó a los Ministros para declarar la caducidad en los contratos de obra; la Ley 110 de 1912 –Código Fiscal– reguló la licitación, ligó la caducidad a las condiciones contractuales, determinó que era público todo contrato celebrado en nombre del Estado o que tuviera por objeto la construcción de obras o prestación de servicios y creó la cláusula exorbitante de sometimiento del contrato a la ley nacional; la Ley 167 de 1941 dio competencia a la Corte Suprema de Justicia para dirimir las controversias en materia de contratos y estableció el régimen de exorbitancia de la administración nacional; el Decreto 351 de 1955 –Estatuto de Compras– creó el Comité de Compras y otorgó competencia para realizar adquisiciones; y el Decreto 528 de 1964 atribuyó a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de las controversias relativas a los contratos administrativos (Duque Botero, 2018).

Lo anterior corresponde al “{...} desarrollo de una naciente teoría del “contrato estatal” como categoría independiente de los contratos de derecho privado y que al igual que en el derecho comparado, obedece al proceso de sustantividad del derecho administrativo {...}.” (Forero Ramírez & Ospina Perdomo, 2017, p. 66).

El Decreto 150 de 1976 fue el Primer Estatuto de Contratación Administrativa, por el cual se recogió la totalidad de normas que paulatinamente se habían expedido en la materia. Su derogatoria tuvo lugar con el Decreto 222 de 1983 –Segundo Estatuto de Contratación Administrativa–, en donde se acogió la clasificación de los contratos administrativos públicos y contratos administrativos de derecho privado. Ambos Decretos se aplicaban a la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 90% y las superintendencias. Dejaron por fuera a los municipios, departamentos y entidades descentralizadas, quienes debían expedir sus propios estatutos de contratación (Forero Ramírez & Ospina Perdomo, 2017).

El Decreto 1222 de 1986 –Código de Régimen Departamental– estableció que, en desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios, las normas fiscales podrían disponer sobre la formación, adjudicación de contratos y sus cláusulas, conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero estaban sometidos a reserva legal los tipos de contratos, clasificación, los efectos, la responsabilidad, la terminación y las inhabilidades e incompatibilidades. El Decreto 222 de 1983 se aplicaría a los departamentos respecto de los tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad, terminación y principios sobre terminación, modificación e interpretación unilaterales –artículos 211 y 212– (Gobierno Nacional, 1986a).

El Decreto – Ley 1333 de 1986 –Código de Régimen Municipal– señaló que los municipios y sus establecimientos públicos se someterían a la ley en cuanto a su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios de interpretación, modificación y terminación unilaterales, así como efectos y responsabilidades de los funcionarios y contratistas; provisionalmente se aplicaría la ley vigente para la Nación y sus entidades descentralizadas, esto es, el Decreto 222 de 1983. En lo referente a los requisitos para su formulación, adjudicación y celebración serían aplicables las disposiciones fiscales que expidieran los concejos y demás autoridades locales competentes –artículos 273 y 274– (Gobierno Nacional, 1986b) y (Henao Hidrón, 2009).

Posteriormente, la Constitución Política de 1991 en el artículo 150 inciso final dispuso que le correspondía al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas, “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.” En su cumplimiento, expidió la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República, 1993).

La Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001 resolvió una demanda en contra de algunas de sus disposiciones y precisó el alcance de la expresión “estatuto general” en el sentido que refiere “al querer del constituyente de que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales.”

No alude a una determinada tipología legislativa, no obliga al legislador a dictar un estatuto que desarrolle la materia en forma integral y casuística, ni tampoco implica que deba incorporarse en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente, en más:

En especial, tratándose de los entes territoriales, la existencia de una legislación única en materia contractual habría sido realmente perniciosa en términos de la autonomía que les reconoce la Carta Política en los artículos 2° y 287, puesto que hubiera impedido que los departamentos y municipios pudieran desarrollar las normas y principios rectores contenidos en el estatuto de contratación adecuándolos a sus necesidades particulares mediante –las– ordenanzas y –los– acuerdos.⁵ (Corte Constitucional, 2001b).

La expedición de la Ley 80 de 1993 no solo obedeció a la necesidad de desarrollar los principios de la Carta Política de 1991, sino también a solucionar los inconvenientes del Decreto 222 de 1983, los cuales correspondían a los siguientes:

(i) Multiplicidad y dispersión normativa: durante su vigencia se aplicaba en forma concurrente y simultánea distintas normas de diferentes niveles, es así que prácticamente todas las entidades territoriales y algunas descentralizadas tenían su propio régimen de contratación; (ii) reglamentario y casuista: era reglamentarista por su excesivo número de artículos y casuista debido a su alto nivel de detalle; (iii) exceso de trámites y controles: ordenaba innumerables trámites, requisitos, instancias de revisión y aprobación; y (iv) desnaturalización del contrato: la fuerza normativa y capacidad creadora de las partes se suplantó por el detalle y la injerencia legislativa (Davila Vinuesa, 2016).

El citado tratadista concretiza las principales características de la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera:

(i) Estatuto de principios: partiendo de la imposibilidad de reglar cada situación, estableció una serie de principios rectores que buscaban encuadrar muchos eventos, presentes y futuros.

⁵ El artículo 2° de la Constitución Política alude a los fines esenciales del Estado.

Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

(ii) Estatuto único: pretendía ser un único estatuto regulatorio de la contratación, pero ello no se cristalizó en razón a los regímenes especiales.

(iii) Una categoría contractual y un único juez: adoptó una única categoría contractual denominada contratos estatales, la cual incluye dos especies: la primera, propiamente contractual que corresponde a los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la segunda, relativa a los regulados preponderantemente por el derecho civil, en virtud de norma especial. De conformidad con el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, en ambos casos conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

(iv) Exceso de los regímenes especiales, procedimientos de selección de contratistas y manuales de contratación.

(v) Uso de medios electrónicos.

La Ley 80 de 1993 fue modificada por la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República, 2007). Tuvo como antecedente recomendaciones internacionales de los Bancos Mundial e Interamericano de Desarrollo en los informes de diagnóstico de adquisiciones del país de los años 2001 y 2005, fue precedida de varios proyectos de ley frustrados y su objeto se orientó a introducir medidas para la eficiencia y transparencia.

En su carácter de estatuto de principios, la Ley 80 de 1993 concibió al servidor público como un gerente público, de manera que pudiera acudir a los principios generales y adaptarlos a cada caso particular. Sin embargo, los escándalos y sospechas sobre corrupción en la gestión contractual auspiciaron la adopción de medidas que los obligaran a ceñirse a regulaciones estrictas (José Luis Benavides, 2008).

Fue así como la Ley 1150 de 2007 introdujo cambios significativos en la concepción de ley de principios establecida por el legislador de 1993 y generalizó la técnica de competencias reglamentarias del presidente de la República. Es decir, mientras que en una ley de principios cada entidad los adapta al caso concreto, con la reglamentación vía decreto pasó al presidente la competencia para desarrollar la ley y establecer reglas de aplicación general.

La exposición precedente evidencia una ruptura en el régimen de contratación a partir de la Carta Política de 1991, lo cual permite distinguir entre el período preconstitucional y el posconstitucional.

La Constitución actual confió al legislador expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, y por su parte, en el régimen anterior si bien la potestad legislativa recaía en el Congreso de la República, las entidades territoriales estaban facultadas para expedir sus propios estatutos y así, regular a través de normas fiscales asuntos como la formación, adjudicación de contratos y sus cláusulas. Es decir, dentro del Estado unitario podían instituir regulación diferencial.

Si se considera que la autonomía territorial se incorporó en la Constitución de 1991 y la descentralización es una técnica preexistente y reiterada, sale avante la relevancia de distinguir estas figuras. La primera permite atribuir competencias y la segunda resguarda su contenido. De ahí que la autonomía no signifique mayores funciones, sino un mínimo inquebrantable con tendencia a la amplitud, pero limitado por el Estado unitario.

Es así como la Carta vigente dio prevalencia a la unidad, en parte porque advirtió que la multiplicidad y diversidad normativa era inconveniente y problemático al buen desarrollo de la contratación pública.

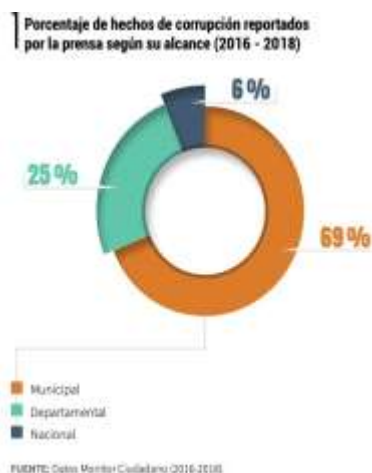
A su vez se vislumbra que dentro del período posconstitucional ha operado un cambio en la postura del legislador para el cumplimiento de la función constitucional de expedir el estatuto general de la contratación pública, pues de un texto legal de principios que permitía cierto grado de libertad a las entidades estatales en la solución los casos prácticos con apego a la legalidad y motivación, se dio lugar a un sistema de múltiples normas y reglamentarista.

La doctrina no ha sido ajena al tema, precisamente ha indicado que el abuso de la discrecionalidad es una de las principales causas de la corrupción, por lo que, si la primera disminuye, la segunda también lo hará:

Una de las principales causas de la corrupción es el abuso de la discrecionalidad de la Administración⁶, por ello se ha propuesto la reducción de este fenómeno⁷ a través de la regulación de los procedimientos administrativos de contratación pública.⁸ En palabras de Rivero Ortega: “Los procedimientos objetivos representan la primera institución en defensa frente a la corrupción en la contratación administrativa”.⁹ (Castro Cuenca, 2011).

En lo que refiere a Colombia los estudios evidencian que el mayor porcentaje de casos de corrupción se presenta a nivel territorial en departamentos y municipios y en el área de la contratación estatal.

De conformidad con un estudio publicado por la Corporación Transparencia por Colombia “ASÍ SE MUEVE LA CORRUPCIÓN. RADIOGRAFÍA DE LOS HECHOS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA 2016-2018” con base en hechos de corrupción ocurridos, reportados y sancionados en Colombia entre enero de 2016 y julio de 2018 por la prensa nacional y regional se identificaron 327 casos en los 32 departamentos del país. El 69% fue de alcance municipal, el 25% de nivel de departamental y 6% restante de orden nacional (Corporación Transparencia por Colombia, 2019). Los resultados se plasmaron así:



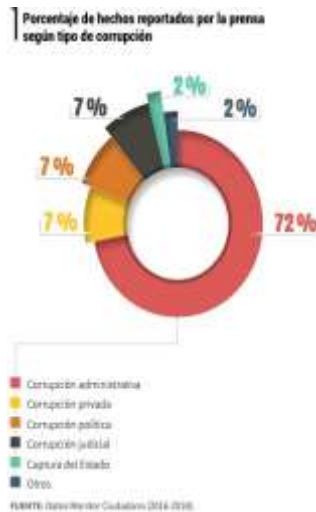
Gráfica No. 1

⁶ Muriel Patiño, M. “Economía, corrupción y desarrollo”, op. cit., p. 29; TASCABILLI, S “Economía, corrupción y desarrollo”, op. cit., p. 18; Della Porta, D.; Vannuccci, A. *Corruciones política e amministrazione pubblica*, op. cit., p. 38; Rose – Ackerman, S. *La corrupción y los gobiernos...*, op. cit., p. 19.

⁷ Pope, J. “Elements of a Successful Anticorruption Strategy”, op. cit., p. 99; Langseth, P.; Stapenhurts, R.; Pope, J. “National Integrity Systems”, op. cit., p. 133; Rose – Ackerman, S. *La corrupción y los gobiernos...*, op. cit., p. 61; AA.VV. “Elementos de la corrupción administrativa”, op. cit., p. 205.

⁸ Rose – Ackerman, S. *La corrupción y los gobiernos...*, op. cit., p. 63. Igualmente, también cabe que dentro de las estrategias para la lucha contra la corrupción se encuentra el establecimiento de sistemas para la contratación pública. ⁹ Rivero Ortega, R. “Corrupción y contratos públicos”, op. cit., p. 122.

Sobre la clasificación de la corrupción por sectores se encontró lo siguiente:



Gráfica No. 2

En la tipología de corrupción administrativa el 46% corresponde a la contratación pública, el 19% a la provisión de bienes y servicios, el 13% al manejo del presupuesto y gasto público, el 6% al empleo público, el 5% a trámites y servicio al ciudadano, el 3% a funciones de planeación y el 7% a otros procesos administrativos.

De este modo, ante la tendencia de disminuir la discrecionalidad, el *quid* de la cuestión es establecer los límites, es decir, hasta qué punto es posible la intervención del orden central en la actuación contractual de las entidades territoriales, de manera que conserven un margen de discrecionalidad adecuado para gestionar sus intereses.

Además de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, el Estatuto General de Contratación Administrativa se integra por las leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, así como el Decreto Ley 019 de 2012 y la reglamentación contenida en el Decreto 1082 de 2015. En adición, refieren a temas de contratación las leyes 1508 de 2012, 1562 de 2012 y 1682 de 2013, entre otras. Debe agregarse los regímenes exceptuados y la labor de CCE. A nivel territorial también aluden a la materia la Constitución Política, la Ley 136 de 1994 modificada por la Ley 1551 de 2012, las leyes 1454 de 2011 y 1712 de 2014, esta última corregida por el Decreto 2199 de 2015, entre otras (Expósito Vélez, 2018).

En el siguiente acápite se aludirá a los ámbitos reglados y discrecionales en la contratación estatal, entendiendo que la discrecionalidad propende por la autonomía territorial, y en efecto, el exceso de normas y la reglamentación disminuyen la libertad en la toma de decisiones.

2.2. Alcance de la autonomía territorial

En capítulo precedente se hizo referencia a la autonomía territorial como principio fundamental de la organización del Estado y atributo de las entidades territoriales. En razón a este último y por virtud del artículo 287 constitucional, gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

La Corte Constitucional ha interpretado que el núcleo esencial de la autonomía es la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus intereses⁹. La doctrina considera que por estos debe entenderse las competencias atribuidas por la Constitución y la ley, la primera emplea la técnica de listado abierto y la segunda, cerrado. En consecuencia, “{...} se deja un marco de definición muy reducido a las autoridades territoriales” lo cual “{...} sin duda constituye un obstáculo de gran tamaño en el ejercicio de la autonomía territorial.” (Robledo Silva, 2010, pp. 56-57).

Bajo este orden, en el marco del Estado unitario las entidades territoriales no son titulares de la “competencia de la competencia”, sino que las reciben por atribución de la Constitución y la ley (Zarate Pérez, 2012).

La Constitución Política en el artículo 298 dispone que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Carta; y el precepto 300 incorpora las competencias de las asambleas, dentro de ellas: “1. Reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del departamento” y “9. Autorizar al gobernador del departamento para celebrar contratos,

⁹ Sentencias C-837/2001 y C-247/2002.

negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, *pro tempore*, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas departamentales.”

Agrega que el gobernador es el jefe de la administración seccional y representante legal del departamento –artículo 303–. Entre otras funciones, le compete dirigir y coordinar la acción administrativa del ente territorial y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral en el territorio –artículo 305.2–.

El artículo 311 señala que el municipio es la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado y le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

El precepto 313 *ibidem* regula sobre las competencias de los Concejos, dentro de ellas: “1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio” y “3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer *pro tempore* precisas funciones de las que correspondan al Concejo.”

Agrega que el alcalde es el jefe de la administración local y representante del municipio –artículo 314–. Entre otras funciones, le compete dirigir la acción administrativa de la entidad territorial –artículo 315.3–.

De las anteriores disposiciones se desprende la competencia de los gobernadores y alcaldes para celebrar contratos, la cual se justifica en su deber de promover el desarrollo del territorio (Expósito Vélez, 2018).

En relación con los departamentos, el Decreto 1222 de 1986 en el artículo 60, numeral 10 atribuye a la Asamblea autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, *pro témpore*, precisas funciones de las que correspondan a las Asambleas.

El Consejo de Estado ha interpretado que los gobernadores cuentan con la atribución general para celebrar contratos, de manera que la exigencia de previa autorización debe estar

especificada en la ley, o en gracia de discusión, en ordenanzas bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Consejo de Estado, 2020).

En cuanto refiere a los municipios, la Ley 136 de 1994 en su artículo 32 original atribuyó a los Concejos municipales la función de reglamentar la autorización al alcalde para contratar, en orden a lo cual debían señalar los casos en que se requería autorización previa del Concejo (Congreso de la República, 1994).

La Corte Constitucional en la sentencia C-738 de 2001 declaró exequible esta disposición. Señaló que la atribución debía ser ejercida en forma razonable y proporcionada, luego no podía interpretarse como la obligación del alcalde de solicitar autorizaciones al Concejo para todos los contratos, sino únicamente los que dispusiera la Corporación en forma razonable, mediante un reglamento subordinado a la Constitución (Corte Constitucional, 2001^a).

Con motivo de la modificación introducida por la Ley 1551 de 2012, el Concejo debe decidir sobre la autorización del alcalde para contratar en la contratación de empréstitos, contratos que comprometan vigencias futuras, enajenación y compraventa de bienes inmuebles, enajenación de activos, acciones y cuotas partes, concesiones y los demás que determine la ley (Congreso de la República, 2012).

En consecuencia, en estos casos los alcaldes se encuentran obligados a acudir al Concejo y solicitar autorización, lo cual no quiere decir que el órgano colegiado no pueda establecer esta exigencia en otro tipo de negocios (Matallana Camacho, 2015).

La Ley 80 de 1993 unificó los contratos bajo la categoría de “contrato estatal”, para lo cual estableció un criterio orgánico o subjetivo determinado por los sujetos que lo celebran. En este orden, el artículo 32 lo concibe como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad¹⁰.

¹⁰ Ley 80 de 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

{...}

Lo anterior no significa que en todos los casos se aplique la misma normatividad, dada la distinción jurisprudencial entre contratos estatales propiamente dichos a los cuales se aplica el Estatuto General de Contratación y los contratos estatales especiales, regidos por las reglas del derecho privado o las especiales de su actividad. Por disposición del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en este último evento son aplicables los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, los de la gestión fiscal señalados en el precepto 267 *ibidem* y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993¹¹ (Expósito Vélez, 2018). Para el caso de los suscritos por las entidades territoriales, su régimen normativo es el Estatuto General de Contratación.

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 concibe como contratos estatales los realizados con recursos públicos –artículo 1º– (Santofimio Gamboa, 2017).

En atención al criterio orgánico o subjetivo acogido por la Ley 80 de 1993, devenía imperativo regular la competencia de las entidades estatales, esto es, la aptitud legal para obligarse a través de un contrato y en caso de implicar gasto, ordenarlo en desarrollo de las apropiaciones incorporadas al presupuesto; e igualmente, establecer las competencias en el funcionario, al interior de la entidad. Lo expuesto debido a que, para la administración pública, el derecho y la ley son el presupuesto y directriz de su actuación (Ibagón, 2015).

Se está aludiendo a la competencia externa e interna, respectivamente. En cuanto a la externa, el anterior Estatuto de Contratación la confería a quienes gozaran de personería jurídica, situación que cambió con la Ley 80 de 1993, en tanto que el artículo 2º numeral 1º la atribuye no solo a entes con personería, sino también a otros carentes de ella (Davila Vinuesa, 2016).

Para los efectos de la disertación se destaca que se atribuye a la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los especiales, las áreas metropolitanas,

¹¹ 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.”

Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios. La Ley realiza un listado enunciativo, pues finaliza por indicar que se confiere, en general, a los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Sobre el particular, la Constitución Política en el artículo 352 dispuso que en la Ley Orgánica de Presupuesto se regularía la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar. Su compilación se encuentra en el Decreto 111 de 1996, cuyo artículo 110 señala que los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación tienen capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte, así como de ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección. Esta función corresponde al jefe de cada órgano, sin perjuicio de su delegación. También contarán con estas capacidades las entidades territoriales, Asambleas, Concejos y los demás órganos de cualquier nivel con personería jurídica.

En relación con la competencia interna para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y escoger al contratista, el EGCP la atribuye al jefe o representante de la entidad, según el caso. En concreto, a nivel territorial los gobernadores departamentales, los alcaldes municipales y distritales y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios –artículo 11 de la Ley 80 de 1993–.

En el artículo 25 numeral 11 reiteró el texto constitucional en el sentido de que las Asambleas departamentales y Concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos.

El precepto 12 *ibidem* señala que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales pueden delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

La delegación de la función no exime a su titular de los deberes de control y vigilancia sobre la actividad precontractual y contractual, lo cual de acuerdo con la Corte Constitucional en la C-693 de 2008 debe entenderse en el sentido de que el delegante solo responderá del

recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones.

La misma disposición indica que por desconcentración se concibe la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que implique autonomía administrativa en su ejercicio, por lo que en contra de las actividades cumplidas en su desarrollo no procede ningún recurso.

A efecto de contextualizar el tamaño de la contratación pública en Colombia desde el nivel central y el descentralizado, conviene referir al estudio realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, de conformidad con el cual, para el año 2016 el promedio general consolidado de gasto público en América Latina y el Caribe era del 29.7% del PIB (Colombia estaba entre el 20% y el 35%, en comparación con el 43.5% de los países OCDE). De este porcentaje, el 29.8% era destinado a compras públicas y en el caso particular de Colombia, un total del 42% se realizaba a nivel estatal y el restante 58% a nivel subnacional (BID, 2018).

El alto porcentaje arrojado por la contratación a nivel nacional en un país del cual se predica descentralización territorial y que cuenta con 32 departamentos y 1.103 municipios demuestra que los recursos y contratos del Estado se encuentran mayormente centralizados.

De la exposición precedente y con miras a precisar el alcance de la autonomía territorial en materia de contratación se puntualiza que se sujeta a la determinación de la Constitución y la ley. Por virtud de ellas, las entidades territoriales tienen competencia para celebrar contratos –externa–, la cual radica en su jefe o representante legal –interna–, sin perjuicio de las facultades de delegación y desconcentración.

La competencia interna alude a la capacidad del ordenador el gasto de ejecutar el presupuesto a partir del programa de gastos aprobado; es decir, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto¹².

¹² Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-101 de 7 de marzo de 1996. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente N° D922.

El nivel de autonormación de los entes territoriales en un proceso de contratación – etapa previa, contractual y poscontractual– deriva del tratamiento otorgado por el legislador a la autonomía de la voluntad y correlativamente, los ámbitos reglados y discrecionales.

El principio de autonomía de la voluntad guarda estrecha relación con la libertad reconocida por el ordenamiento jurídico para la autodeterminación de relaciones jurídicas. Su alcance máximo se logra entre particulares y disminuye cuando se encuentra de por medio una entidad estatal, en menor grado frente a los contratos estatales especiales y en mayor medida en los contratos estatales propiamente dichos. Así, por orientarse al cumplimiento de los fines del Estado, deben supeditarse al principio de legalidad (Expósito Vélez, 2019).

El doctrinante Benavides concretiza la libertad contractual de las entidades estatales y sobre sus restricciones en la siguiente forma:

Respecto de la **libertad contractual** el estatuto vigente reconoce mayor autonomía en la gestión, debido a que determina con claridad los funcionarios encargados de adelantar los procesos de contratación y suscribir contratos, no impone autorizaciones internas previas, ni lo somete a control fiscal de esta clase por la Contraloría General de la República, individualiza la persona responsable y permite la desconcentración y delegación. De otro lado, faculta determinar si la entidad realizará directamente la actividad o la contrata, y en este caso, escoger el tipo de contrato y sus cláusulas –artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993– (Jose Luis Benavides, 2004a).

Frente a las **restricciones** a la libertad contractual, se orientan por dos vías así:

(i) Competencia y capacidad:

Se limitan de un lado con las reglas presupuestales, conforme a las cuales: (a) todo gasto público debe estar precedido de su aprobación por la corporación popular respectiva – artículo 345 de la Carta Política–; (b) todo gasto debe contar con el certificado de disponibilidad y registro presupuestal –Decreto Ley 111 de 1996–; (c) para abrir el proceso de selección se requiere de disponibilidad presupuestal, debe constituirse las reservas y compromisos presupuestales necesarios y en los presupuestos anuales debe incluirse una apropiación global para imprevistos –artículo 25 num. 6, 13 y 14 de la Ley 80 de 1993–; y

(d) los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial –artículo 40 de la Ley 80 de 1993–.

De otro lado, se imponen restricciones a la capacidad de los contratistas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la obligación a ciertos proponentes de inscribirse en el registro único –RUP–.

(ii) Selección de contratista:

La voluntad de la administración se limita debido a los procedimientos especiales de selección de contratistas, los que la restringen y obligan a respetar reglas preestablecidas (Jose Luis Benavides, 2004b).

Sobre el núcleo esencial de la autonomía territorial o margen necesario de los entes locales para la gestión de sus intereses, la Corte Constitucional delimitó su alcance en el campo de la contratación en la sentencia C-119 de 15 de abril de 2020¹³.

Le correspondió a la Corte conocer la demanda contra el artículo 4º de la Ley 1882 de 15 de enero de 2018 en cuanto estableció que los pliegos tipo a adoptar por el Gobierno Nacional serían obligatorios para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras. Además, en lo referente a que Gobierno podría adoptar documentos tipo respecto de otros contratos o procesos de selección.

La disposición se declaró ajustada a la Constitución y para ello, el alto Tribunal dio contenido a la autonomía territorial en contratación en el sentido que su núcleo referente a la gestión de sus intereses está delimitado por la determinación, sin intervención o tutela exógena, de las necesidades a satisfacer, su priorización, la decisión de recurrir a la contratación, la configuración concreta de los elementos del contrato y la dirección tanto de la selección, como de la ejecución contractual, en el marco del ordenamiento jurídico. En los

¹³ A la fecha de la presente disertación se contó con el Comunicado de Prensa No. 16 del 15 y 16 de abril de 2020, de la Corte Constitucional.

demás aspectos, el legislador tiene amplio margen de competencia, siempre que en procura de la eficacia administrativa conceda adecuados márgenes de discrecionalidad.

A su vez destacó que, en respeto de la autonomía de las entidades territoriales, al igual que del principio de eficacia de la función administrativa, los entes locales podían acudir a los mecanismos del control abstracto de validez de actos administrativo, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y concreto mediante la excepción de inconstitucionalidad.

El pronunciamiento pone en evidencia el amplio margen de maniobra del legislador y el papel preeminente de la Corte Constitucional.

Es cierto que el nuestro es un Estado unitario y que al Congreso de la República le corresponde expedir el Estatuto General de Contratación Pública. Sin embargo, se observa que la postura de la Corte contribuye a consolidar la tesis alrededor de los entes territoriales como personas jurídicas en situación de minoría de edad o en incapacidad para la toma de decisiones dentro de un campo adecuado de discrecionalidad.

Es así como del núcleo de la autonomía territorial delimitado por la Corte se advierte, fue relegado al mínimo posible, es decir, las decisiones y actividades básicas que por el tamaño del Estado y los recursos económicos y de personal deben ser necesariamente asumidas por cada ente local, en tanto que su traslado al orden central es inconveniente, además de notoriamente vulnerador de sus funciones.

La descentralización cede frente a la centralización y ante ello, se pregunta por el carácter de principio del cual goza la autonomía territorial, su alcance de proyección normativa y la tendencia a la amplitud, pues ocurre el efecto contrario.

La interpretación de la Corte, aunque comprensible no contribuye en debida forma a atender las capacidades de los entes locales, ni el principio de autonomía.

Las medidas para combatir la corrupción y dotar de transparencia a los entes territoriales deben adoptarse desde un punto de vista que les haga compatible con la mayor expresión posible de la autonomía territorial o, en otros términos, la suficiente discrecionalidad para el debido cumplimiento de sus funciones.

2.3. Colofón

Como ha quedado expuesto, la autonomía territorial se incorporó en la Constitución de 1991 con un contenido mínimo y se confió al legislador la determinación de su alcance, quien ha orbitado entre los principios de autonomía y unidad, dando en algunos casos mayor prevalencia al primero y en otros, al segundo.

En cumplimiento de la función atribuida por la Carta al legislador para expedir el Estatuto General de la Contratación Pública fue proferida la Ley 80 de 1993. Procuró solucionar inconvenientes advertidos en la normativa anterior, dentro de ellos: (i) en cuanto a los asuntos regidos por el Decreto – Ley 222 de 1983 había reglamentarismo y casuismo; (ii) en relación con los aspectos sujetos a la regulación directa de las entidades territoriales se generó multiplicidad y dispersión normativa; y (iii) se desnaturalizó el contrato por la poca capacidad creadora de las partes.

La Ley 80 de 1993 se erigió en un estatuto aplicable a todas las entidades estatales, tenía la estructura de principios, de manera que cada entidad pudiera adecuarlos a los casos particulares, y atribuyó autonomía para celebrar la tipología contractual necesaria y fijar sus cláusulas.

Se trataba de un orden normativo que exaltaba la autonomía territorial; sin embargo, una serie de reformas se fueron gestando y dieron paso a un panorama distinto, el del reglamentarismo y casuismo que disminuye el ámbito discrecional de los entes locales y con lo cual se procura mayor transparencia.

Una de esas reformas llegó al estudio de la Corte Constitucional y en particular a que delimitara el contenido de la autonomía territorial en materia de contratación, esto es, aquellos asuntos de su exclusiva competencia para la gestión de sus intereses y que de ser disminuidos afectaban sus garantías.

El pronunciamiento del Tribunal es coherente con la Constitución en el sentido de que la competencia para expedir el EGCP recae en el Congreso de la República y que, pese a la autonomía de la cual se dota a las entidades territorial, su contenido constitucional fue escaso e inacabado. De este modo, la Corte fijó las atribuciones básicas, es decir, aquellas que de ser

transferidas al orden central verían entorpecido su cumplimiento por el tamaño del Estado y la determinación de las precisas necesidades a satisfacer. El mensaje enviado no es prometedor, la connotación de principio fue menospreciada y la auspicio de mayor discrecionalidad con tendencia a la amplitud no parece tener proximidad.

Aun cuando no se considera que la actual orientación del legislador desconozca los mandatos constitucionales, pues precisamente el constituyente dejó en su mano amplio poder de decisión, se teme por la configuración de los problemas que motivaron la expedición de la Ley 80 de 1993. Para evitarlo se requiere no solo mantener un diálogo del orden central con los entes territoriales, sino conferirles a sus intervenciones la importancia merecida por razón de la autonomía territorial.

El esquema aludido evidencia que la contratación de las entidades estatales y en particular de los entes territoriales se somete a los ámbitos reglados y discrecionales, según la iniciativa del legislador. La autonomía de las entidades territoriales en materia contractual se potencia en las áreas discrecionales y disminuye en las regladas. Cualquiera sea el caso, la actividad de los partícipes en la contratación deberá orientarse siempre a la consecución de su finalidad, prevista en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993:

Artículo 3o. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

El legislador de las reformas a la Ley 80 de 1993 se ha inclinado por disminuir la capacidad de decisión de las entidades estatales. La principal y más clara manifestación ha sido la creación y funciones de CCE, como pasará a verse en el siguiente capítulo.

Capítulo III

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente

3.1. Creación y funciones

La contratación pública es un atractivo “nicho de mercado” emergente para la industria global (Pablo Zapatero, 2014). En Colombia, de acuerdo con datos de la OCDE, la compra y contratación pública representan más del 15% del PIB (OCCP, 2019). Además, las compras del Estado dinamizan la economía de un país, se instituyen en un mecanismo para brindar servicios básicos a los ciudadanos (Pessino & Calderón Ramírez, 2019) y son un poderoso instrumento de apoyo a las metas estratégicas del gobierno mediante la generación de empleo, el gasto público, la protección al ambiente, el desarrollo de la capacidad industrial y la promoción de la integración comercial, entre otros (CCE citada por Valencia Tello & Duque Botero, 2017).

Las compras públicas son ampliamente susceptibles a la globalización, tanto que se impulsa un mercado mundial de contratación pública con estructuras regulatorias globales (Pablo Zapatero, 2014). Dentro de este marco global y la consecuente influencia del derecho internacional sobre los ordenamientos internos, una de las reformas más difundidas ha sido la de los órganos rectores (José Luis Benavides, 2016).

Siguiendo a Benavides, para el caso de América Latina las funciones asignadas han sido: (i) la implementación y definición de lineamientos, la elaboración de manuales e instructivos, la respuesta a consultas, concepción y gestión de la contratación electrónica, los sistemas de publicidad y la suscripción de acuerdos marco (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador); (ii) la gestión del registro de proponentes y contratistas, así como los catálogos de bienes y servicios (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador, Chile, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay); y (iii) funciones de control (Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela).

La influencia internacional en Colombia se materializa en la siguiente forma:

(i) A partir de los años 60, la banca multilateral creó mecanismos para asegurar la buena inversión de los recursos prestados o donados, a través de la imposición de reglas de contratación; (ii) a inicios del siglo XXI, el Banco Mundial se orientó hacia el esfuerzo integral de la legislación contractual en los países prestarios y creó una guía metodológica para la evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones, sobre la cual, en 2014 la OCDE elaboró una nueva metodología; (iii) el proceso de ingreso e inclusión de Colombia a la OCDE; (iv) los capítulos de compras públicas de los TLC, algunos de ellos con países que han suscrito el Acuerdo de Compras Públicas de la OMC y los que hacen parte de la UE; (v) los trabajos adelantados por CNUDMI y la RICG; y (vi) los tratados internacionales sobre contratación pública, como las Convenciones Americana y de Naciones Unidas, referidas a la lucha contra la corrupción (José Luis Benavides, 2016, 2017).

Las reformas a la contratación pública en Colombia y en particular, la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente y sus funciones objeto de estudio en esta disertación tienen notable influencia internacional, a través de las guías metodológicas de evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones del Banco Mundial y la OCDE¹⁴, al igual que el proceso de ingreso a esta Corporación, como se verá a continuación:

En abril del año 2000, se llevó a cabo una visita del Banco Mundial quien, con la ayuda de funcionarios públicos y contratistas, realizó un análisis teórico y práctico de la regulación colombiana en materia de contratación, el cual concluyó con el Informe de Diagnóstico de las Adquisiciones o Country Procurement Assesment Report (CPAR) de junio de 2001. Recomendó, entre otros, crear un ente rector para asegurar la coherencia en el desarrollo, interpretación y difusión de políticas públicas y la implementación de documentos estándar (Bank, 2005; CCE, 2018b; CONPES, 2002).

El 31 de julio de 2002, se expidió el CONPES 3186 “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”. Su objeto era establecer por primera vez una propuesta para formular las bases de una política general de contratación de las

¹⁴ En el documento REFORMING PUBLIC PROCUREMENT: PROGRESS IN IMPLEMENTATING THE 2015 OECD RECOMMENDATION del año 2019, la OCDE determinó que el progreso de implementación de recomendaciones por Colombia era del 77%. El más alto en América Latina y el Caribe. Recuperado de: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/public-procurementprogress-report-highlights.pdf>. Última vista: 28 de octubre de 2019.

entidades del Estado. Proponía crear el Consejo Nacional de Contratación, cuya finalidad era la formulación de una política pública integral en materia de contratación y a quien le correspondería, entre otras funciones, regular la actividad contractual del Estado dentro de las pautas trazadas por la ley, en temas como la creación de estándares de procesos y procedimientos, la elaboración de documentos tipo y la agregación de demanda (CONPES, 2002).

Sobre la creación de un órgano rector en contratación, la postura doctrinal de la época se orientaba, un sector a favor por considerar que sería una herramienta importante para mejorar y uniformizar las prácticas de contratación pública, mejorar la eficacia y combatir la corrupción; y otra en contra debido a que traducía un retroceso en el proceso de fortalecimiento de la autonomía, independencia y responsabilidad de cada entidad pública al momento de definir los contratos que habrían de celebrar. Además, los centros de producción normativa eran suficientes y se evitaba la proliferación de disposiciones por un órgano especializado (Fajardo Gómez, 2002).

Frente a esta diversidad de criterios, Santofimio Gamboa sostuvo que a fin de dar mayor coherencia al régimen de contratación era conveniente un organismo que unificara, interpretara, fijara metodologías, regulara y asesorara al gobierno nacional en la reglamentación de leyes, en la presentación de proyectos de ley, y eventualmente, resolviera por vía administrativa algunos conflictos que pudieran suscitarse en los trámites contractuales. Preciso que, en su función de regulación, debía sujetarse a la Constitución, la ley y el reglamento (Santofimio Gamboa, 2002).

Señaló que con ello no se desconocía la descentralización, ni autonomía de las entidades territoriales, sino que era una alternativa sujeta a la Constitución y la ley y un instrumento importante para fortalecer los procedimientos administrativos, las decisiones en materia contractual y la vigencia y aplicación de los principios rectores de la misma. Propuso que se tratara de una unidad administrativa especial sin personería jurídica, con autonomía administrativa y financiera limitada y amplia capacidad técnica, adscrita al DNP o al Ministerio de Hacienda. De esta manera se beneficiaría de la consolidación de la figura de las unidades administrativas especiales con capacidad reguladora, especialmente en materia de servicios públicos.

El 20 de octubre de 2003, se expidió el CONPES 3248 “Renovación de la administración pública”. Propuso los lineamientos generales, el alcance y los mecanismos de evaluación del programa de renovación de la administración pública. En contratación, las reformas se orientarían, entre otros, a la estandarización de procesos, eliminación de requisitos y costos innecesarios y la creación de un organismo encargado de reglamentar la contratación, su administración y de implementar un sistema integrado de contratación electrónica. La explicación de su alcance y estrategia a emplear se presentaría en un CONPES específico (CONPES, 2003a).

En la misma fecha se expidió el CONPES 3249 “Política de contratación pública para un Estado gerencial”. Propuso las bases de una política pública gerencial para la contratación de las entidades del Estado y reemplazó el CONPES 3186 de 2002.

Proponía una reforma legal orientada, entre otros, a la agregación de demanda, eliminar todos los obstáculos legales para llevar a cabo todas las etapas contractuales a través de medios electrónicos y crear una institucionalidad rectora que tuviera dentro de sus funciones recomendar las decisiones y lineamientos en gestión contractual. Una vez producida la política pública, el gobierno materializaría su contenido mediante la iniciativa legislativa, la potestad reglamentaria y el señalamiento de directrices generales (CONPES, 2003b).

El Decreto 3620 de 2004 creó la Comisión Intersectorial de la Contratación Pública – CINCO–, cuyos objetivos consistían en asegurar la coherencia y coordinación de las entidades públicas en materia de contratación, proponer la adopción de políticas públicas, proponer la adopción de medidas orientadas a fortalecer los escenarios de transparencia y visibilidad de la gestión contractual pública, formular parámetros que orientaran a las entidades hacia una adecuada gestión precontractual y contractual, formular directrices tendientes al fortalecimiento de la planeación contractual y definir parámetros para implementar el Sistema Integral de Contratación Electrónica (Gobierno Nacional, 2004).

El 28 de julio de 2005, se expidió el Informe de Diagnóstico de las Adquisiciones del País –CPAR–, en el cual se reflejan los resultados de un trabajo cooperativo entre funcionarios colombianos y un equipo del Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco

Mundial. Indicó que CINCO presentaba debilidades por falta de autonomía y presupuesto que le permitieran desarrollar sus funciones más eficientemente y carecía de personal suficiente para el apoyo técnico (Bank, 2005).

En consecuencia, recomendó reforzar CINCO a fin de que desempeñara funciones eminentemente normativas y de asesoría, acelerara el diseño y función del portal de compras, desarrollara modelos de documentos de licitación y formatos de contratos para uso generalizado en el país e impulsara la utilización de formas contractuales como la agregación de demanda y las compras por catálogo.

En el año 2009, el DNP con apoyo del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo aplicó la metodología para la evaluación del sistema de compras públicas de la OCDE. Recomendó preparar y difundir documentos estándar para los procesos de selección, incluyendo los contratos, así como manuales de contratación de obligatorio cumplimiento, adicionales a los manuales internos; y fortalecer las funciones regulatorias y de soporte de CINCO para orientar, mejorar y dar soporte de calidad a las operaciones del sistema de compras públicas (CCE, 2018b).

En las bases del plan nacional de desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos” se fijó la gestión contractual como uno de los programas estratégicos para el buen gobierno, orientada a reforzar el aspecto institucional con la creación de una instancia rectora que solucionara las deficiencias específicas en la materia, articulara la política presupuestal y contractual y generara mayor capacidad en las entidades para su desarrollo (DNP, 2011).

Mediante el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, el Congreso otorgó al presidente de la República facultades extraordinarias para modificar la estructura de la Administración Pública, y en forma particular, con la siguiente finalidad¹⁵:

“d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado”; “f) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de

¹⁵ Ley 1444 de 2011. Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.

las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado”; y “g) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar.”

En su desarrollo, el presidente de la República profirió el Decreto – Ley 4170 de 2011, “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura.”

En la parte considerativa del Decreto – Ley se invocó la siguiente motivación: (i) la necesidad del país de generar una política clara y unificada en materia de compras y contratación pública, con lineamientos que sirvieran de guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de sus recursos; (ii) las consideraciones de las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”; y (iii) la insuficiencia competencial de CINCO.

Por lo anterior, suprimió CINCO y creó la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente –CCE– en la naturaleza jurídica de unidad administrativa especial, descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al DNP.

Con miras a precisar sobre su naturaleza jurídica, es de señalar que la Ley 489 de 1998 al regular respecto de la integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional incorporó en el sector central a las unidades administrativas especiales sin personería jurídica y en el descentralizado las que gocen de ella (Congreso de la República, 1998).

Las primeras son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que en estas se señale, orientadas al cumplimiento de funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo; y las segundas, gozan de autonomía administrativa y patrimonial, tienen por objeto principal

el ejercicio de funciones administrativas y están sujetas al régimen jurídico contenido en la ley que las crea, y en lo no previsto, al de los establecimientos públicos¹⁶.

La Ley 489 de 1998 modificó la regulación que sobre la materia disponía el Decreto – Ley 1050 de 1968, conforme a cuyo artículo 1º, inciso 2º, las unidades administrativas especiales tenían por objeto la más adecuada atención de ciertos programas propios ordinariamente de un ministerio o departamento administrativo, pero qué por su naturaleza o el origen de los recursos no debían someterse a un régimen administrativo ordinario.

Producto de esta modificación se ha sostenido que las unidades administrativas especiales no tienen una identidad que las caracterice y distinga entre sí, y por ello, han sido utilizadas para darle este calificativo a diferentes entidades dentro de la administración, sin rigor jurídico y siempre buscando un mayor grado de autonomía en relación con los organismos centrales de la administración (Sarria, 2015).

Las “agencias” tienen origen fundamentalmente en la experiencia administrativa estadounidense, donde no aluden a un tipo específico de estructura o de órgano, sino que se emplean como género de autoridad o entidad pública para designar cualquier autoridad de gobierno, las cuales pueden gozar de mayor o menor autonomía, mayores o menores controles, pueden desarrollar varios tipos de actividades y tener distintos tipos de funciones. Esta circunstancia riñe con nuestro modelo organizacional de fuerte influencia francesa que se ha esbozado a partir del reconocimiento de modelos organizacionales, más aún si se considera que en Colombia las agencias no tienen una regulación por la cual pueda lograrse su identificación, ni caracterización (Plata, 2015; Sarria, 2015).

Ahora bien, el Decreto – Ley de creación de CCE la definió como ente rector en contratación e hizo consistir sus objetivos en los siguientes: “{...} desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.”

¹⁶ Ley 489 de 1998. “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” Se está haciendo referencia a los artículos 38, 67, 68 y 82.

Las atribuciones asignadas a CCE pueden clasificarse según cuatro criterios: (i) impulsión y apoyo, (ii) implementación normativa, (iii) coordinación como manifestación de alineación y (iv) administración. Su esquematización se realiza en la siguiente forma:

<p>(i) Función de impulsión y apoyo:</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Proponer al gobierno nacional políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública (Art. 3.1 Decreto – Ley 4170 de 2011). 2. Hacer estudios, diagnósticos y estadísticas en materia de compras y contratación con recursos del Estado (Art. 3.4 Decreto – Ley 4170 de 2011). 3. Brindar apoyo al gobierno nacional en la negociación internacional en materia de compras y contratación pública (Art. 3.6 Decreto – Ley 4170 de 2011). 4. Desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes para una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública (Art. 3.9 Decreto – Ley 4170 de 2011).
<p>(ii) Función de implementación normativa:</p>	<ol style="list-style-type: none"> 5. Desarrollar, implementar y difundir políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas (Art. 3.2 Decreto – Ley 4170 de 2011). 6. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de contratos y contratación pública (Art. 3.5 Decreto – Ley 4170 de 2011). 7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás instrumentos de agregación de demanda (Art. 3.7 Decreto – Ley 4170 de 2011). 8. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y contratación pública; y promover y adelantar en coordinación con otras entidades, la capacitación que considere necesaria (Art. 3.10 Decreto – Ley 4170 de 2011).

	9. Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública (Art. 11.12 Decreto – Ley 4170 de 2011).
(iii) Función de coordinación como manifestación de alineación:	10. Coordinar con las demás entidades públicas las gestiones necesarias para el cumplimiento del objetivo de la Agencia (Art. 3.3 Decreto – Ley 4170 de 2011). 11. Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública (Art. 3.11 Decreto – Ley 4170 de 2011).
(iv) Función de administración:	12. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP– y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia (Art. 3.8 Decreto – Ley 4170 de 2011).

Tabla No. 1. Fuente: elaboración propia.

El 19 de septiembre de 2013, la OCDE aprobó una hoja ruta para la adhesión de Colombia. Primero, el país presentaría un memorando inicial en el que establecería su posición respecto de los instrumentos legales de la OCDE, y acto seguido, los expertos de la organización realizarían exámenes técnicos y recabarían información para evaluar la aplicación por parte de Colombia de las políticas, prácticas e instrumentos legales. En su desarrollo los comités podrían hacer recomendaciones para ajustar la legislación, políticas y prácticas y armonizarlas en mayor medida con los instrumentos legales y mejores prácticas de la OCDE, es decir, actuaría como un catalizador para reformas (OCDE, 2013).

En el marco de este procedimiento, la Corporación emitió el documento Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública – Colombia la Implementación del Buen Gobierno con información a corte 27 de mayo de 2013. Sobre la base del borrador del decreto que sería adoptado en dicha anualidad¹⁷, recomendó extender los acuerdos marco de precios a más

¹⁷ Se refiere al Decreto 1510 de 17 de julio de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

productos y servicios y estudiar si su uso podía ser obligatorio para más entidades compradoras, por ejemplo, para una región específica o todas las entidades compradoras en relación con determinados productos o servicios (OCDE, 2014).

La Dirección de Gobierno Público y Desarrollo Territorial del Comité de Gobierno Público de la OCDE presentó el informe resultante de la revisión a la contratación estatal de Colombia. Entre otros, recomendó promover la simplificación y estandarización del proceso de licitación y aumentar el uso de vehículos contractuales flexibles que ofrecieran eficiencias y mayores ahorros, como los contratos marco, los contratos multianuales y los contratos con opción (OCDE, 2016).

La última evaluación del sistema de compras públicas conforme a la metodología OCDE data de abril de 2018 (CCE, 2018b).

De conformidad con la información en su página web, los objetivos institucionales de CCE son incrementar el valor por dinero destinado a la compra pública, promover la competencia, ofrecer un sistema de *e-Procurement* de fácil acceso e información confiable, fortalecer las capacidades de los partícipes de la compra pública, gestionar conocimiento y generar un ambiente de respeto a las reglas de juego y confianza entre los partícipes (CCE, 2015)¹⁸.

Como ha quedado expuesto la creación de un órgano rector en contratación pública con facultades normativas que asegurara coherencia y facilitara el uso de herramientas centralizadas ha estado presente en nuestro entorno desde el año 2001, producto de recomendaciones internacionales. Un primer intento y actual antecedente de CCE fue la creación en el año 2004 de CINCO. Sin embargo, sus atribuciones fueron fijar políticas.

Sobre la base de las referidas recomendaciones se suscitaron diversas posturas a favor y en contra por tensiones con la autonomía territorial, aunado al hecho de que la contratación maneja alto flujo de recursos, es un mecanismo para la provisión de bienes, obras y servicios y ejerce gran influencia en el orden social y económico.

¹⁸ <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/acuerdos-marco> (Página vista el 29 de octubre de 2019).

Dicho debate se extiende a la actualidad y será abordado en la presente disertación a la luz de las atribuciones de CCE con incidencia directa en el campo competencial propio de los entes territoriales en materia de contratación y así, en la gestión de sus intereses.

Se está aludiendo a las atribuciones de implementación normativa expresadas en: 1. Los acuerdos marco de precios y los instrumentos de agregación de demanda, 2. Los manuales, guías y circulares y 3. Los documentos estandarizados.

3.2. Acuerdos marco de precios y los instrumentos de agregación de demanda

La centralización y descentralización en las compras públicas alude al nivel en que se desarrolla el proceso contractual y se toma la decisión de adquirir el bien o servicio. Las ventajas de la centralización se asocian a mayores ahorros en los costos y su inconveniente a que la mejor y más precisa información sobre las necesidades de adquisición se obtienen, muy probablemente, de manera descentralizada. Por su parte, las desventajas de la descentralización son la posibilidad de corrupción, favoritismo y colusión –aunque pueden presentarse también a nivel central– (Arozamena & Weinschelbaum, 2010).

Dentro de este contexto, los instrumentos de agregación de demanda son entendidos como mecanismos por medio de los cuales las entidades estatales suman sus necesidades y actúan de forma coordinada en el mercado (CCE, 2019a). En la materia, CCE ha implementado los **AMP**, los instrumentos de agregación de demanda y las grandes superficies o gran almacén –para la modalidad de selección de mínima cuantía¹⁹. Todos ellos son ofrecidos por CCE en la **TVEC** (Neira Ruiz, 2019).

En la disertación serán objeto de estudio los AMP e instrumentos de agregación de demanda, en tanto que comportan una participación de CCE en el *iter* contractual, luego constituyen parámetro de análisis frente a la autonomía de las entidades territoriales. No se estudiará el instrumento de grandes superficies, porque la actuación de CCE está orientada a

¹⁹ “Colombia Compra Eficiente, en su función de desarrollar mecanismos de agregación de demanda de las Entidades Estatales, invitó a los grandes almacenes registrados en la Superintendencia de Industria y Comercio a vincularse a la Tienda Virtual del Estado Colombiano para ofrecer a las Entidades Estatales el catálogo del gran almacén.” Información consultada el 31 de octubre de 2019 en: <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/grandes-superficies>

invitar a los grandes almacenes registrados en la Superintendencia de Industria y Comercio a vincularse a la TVEC para ofrecer su catálogo y la administración del sistema (CCE, s. f.)²⁰.

Con la Ley 80 de 1993 las modalidades de selección de contratistas consistían en la licitación pública o concurso y la contratación directa. Mediante la Ley 1150 de 2007 se adicionaron la selección abreviada y el concurso de méritos, y a través de las Leyes 1450 y 1474 de 2011 se introdujo la mínima cuantía. Dentro de cada una, hay procedimientos diversos. En consecuencia, existen cinco modalidades de selección y aproximadamente doce procedimientos (José Luis Benavides, Expósito Vélez, Ibagón Ibagón, & Safar Díaz, 2016; Mónica Sofía Safar Díaz, 2016).

La licitación pública consiste en la convocatoria que realiza la entidad estatal para que los interesados, en igualdad de oportunidades, presenten sus ofertas y de ellas seleccione la más favorable; el concurso de méritos se encuentra previsto para la selección de consultores o proyectos; la contratación directa es el procedimiento que en forma excepcional permite la selección de un proponente único y determinado; y la mínima cuantía tiene lugar cuando el monto de la contratación no excede el 10% de la menor cuantía de la entidad, con independencia del objeto a contratar (Bonilla Prieto, 2019)²¹.

De acuerdo con el artículo 2º, numeral 2º de la Ley 1150 de 2007, la selección abreviada es la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objetivo a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

Dentro de sus causales de procedencia se encuentra la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. La disposición legal en comento los define como aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con

²⁰ Esta información corresponde al documento términos y condiciones de la Tienda Virtual del Estado Colombiano. <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/grandes-superficies> (Página vista el 29 de octubre de 2019).

²¹ Lo anterior debe entenderse de conformidad con el artículo 42 de la Ley 1955 de 2019, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020”, mediante el cual se adicionó el parágrafo 3 al artículo 94 de la Ley 1474 de 2011. Por su virtud, cuando se trate de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes que encuentren en un AMP y su valor no exceda el 10% de la menor cuantía, la compra debe hacerse por este medio. Las entidades no obligadas a hacer uso de un AMP pueden acogerse a él, antes que a la mínima cuantía.

independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

El Decreto reglamentario 1510 de 2013 señala que son los bienes de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares –artículo 3º, corresponde al 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015– (Gobierno Nacional, 2013, 2015a).

Se ha entendido que exigen dos elementos concurrentes: las características técnicas uniformes y la común utilización (Santos Rodríguez, 2009). El primero alude al conjunto de notas distintivas que determinan la apariencia o resultan accidentales a la prestación del servicio; y el segundo, a los bienes y servicios generalmente requeridos por las entidades y ofrecidos masivamente en el mercado, en condiciones equivalentes para quienes los soliciten, en términos de presentaciones mínimas y suficientes a efecto de la satisfacción de las necesidades (Ramírez Plazas, 2008).

El legislador de la Ley 1150 de 2007 previó que la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización debía hacerse mediante los procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de **AMP** o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos, siempre que el reglamento así lo señalara.

Mediante la celebración de los AMP se fijan las condiciones de oferta para su adquisición o suministro por las entidades estatales, durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo. Lo anterior, dará lugar a la selección de proveedores, respecto de quienes las entidades estatales que se acojan pueden solicitar la prestación o suministro a través de órdenes de compra, lo cual traduce, un contrato en los términos y condiciones del acuerdo.

El Gobierno Nacional señalaría la entidad o entidades encargadas del diseño, organización y celebración de los AMP. Fue hasta el Decreto – Ley 4170 de 2011 que al crearse CCE se confió la función de diseñar, organizar y celebrar los AMP y demás mecanismos de agregación de demanda. Sin embargo, el uso de los AMP se supeditó a la

expedición del reglamento, lo que tuvo lugar con el Decreto Reglamentario 1510 de 2013 – compilado en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015–.

Definió el AMP como el contrato celebrado entre uno o más proveedores y CCE, o quien hiciera sus veces, para la provisión a las entidades estatales de bienes y servicios de características técnicas uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este – artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 que corresponde al 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2012–.

Durante el transcurso de la disertación, el artículo 2°, parágrafo 5° de la Ley 1150 de 2007 sufrió una modificación por la Ley 1955 de 2019 (Congreso de la República, 2019b).

La disposición original confiaba al reglamento establecer las condiciones bajo las cuales el uso de los AMP era obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, sometidas al estatuto general de contratación. Los organismos autónomos, las Ramas Legislativa y Judicial y las entidades territoriales podían diseñar, organizar y celebrar sus propios AMP o adherirse a los celebrados para la primera.

Al respecto, la doctrina expuso que se trataba de una disposición que exaltaba la autonomía local. En consecuencia, los AMP solo serían aplicables cuando las entidades territoriales en la etapa de planeación decidieran acogerse a ellos. Lo contrario, sería un retroceso al centralismo (Gómez Lee et al., 2019; Mónica Sofía Safar Díaz, 2018).

Además, la adhesión a los AMP del nivel central no necesariamente tendría la vocación de satisfacer las características de sus necesidades, podría devenir en mayores costos para las áreas más alejadas –transporte y tiempo– e impediría que la capacidad de compra del ente local estimulara su industria (Suárez Beltrán, 2014).

La modificación de la Ley 1955 de 2019 consistió en atribuir al reglamento la función de establecer las condiciones bajo las cuales el uso de los AMP se haría obligatorio para todas las entidades sometidas al estatuto general de contratación. Solo en los casos de ausencia de AMP, los organismos autónomos, las Ramas Legislativa y Judicial y las entidades territoriales podían diseñar, organizar y celebrar sus propios AMP.

Aun cuando se espera la pronta reglamentación que haga extensivo a las entidades territoriales el uso de los AMP celebrados por CCE, en la actualidad rige el Decreto 1082 de 2015 que acorde con la normatividad vigente para la fecha de expedición, solo establece su obligatoriedad para la Rama Ejecutiva del orden nacional. En consecuencia, los entes locales pueden suscribir sus propios AMP o adherirse a los del nivel central –artículo 46 del Decreto 1510 de 2013, correspondiente al 2.2.1.2.1.2.7 del Decreto 1082 de 2015–.

Prevé que el procedimiento para los AMP es la licitación pública; no obstante, en auto de 18 de abril de 2017 el Consejo de Estado suspendió provisionalmente esta expresión, toda vez que la ley no había establecido una modalidad de selección específica, de manera que el presidente de la República había excedido la potestad reglamentaria. Lo anterior, sin perjuicio de que, como consecuencia de un análisis, CCE concluyera que resultaba procedente la licitación pública (Consejo de Estado, 2017b)²².

El Decreto señaló que en los acuerdos debe disponerse sobre la forma de evaluar el cumplimiento de las obligaciones, de proceder frente al incumplimiento de las órdenes de compra y de actuar ante reclamos de calidad y oportunidad en la prestación. Además, la entidad debía suscribir el acuerdo en la forma que CCE dispusiera y luego colocar la orden de compra.

Esta última expresión fue estudiada por el Consejo de Estado en sentencia de 16 de agosto de 2017 (56166). La encontró ajustada al ordenamiento jurídico, debido a que, si bien su función materializaba poder reglamentario, no lo era para la cumplida ejecución de la ley,

²² Mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de 30 días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afectaba al país por causa del nuevo coronavirus COVID-19. El 20 de marzo del mismo año fue expedido el Decreto 440, “Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID19”. Entre otras medidas, adoptó las siguientes: (i) durante la vigencia del estado de emergencia económica, social y ecológica, las entidades territoriales deben preferir la compra por catálogo derivada de AMP suscritos por CCE para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes –artículo 4º–; (ii) CCE podrá diseñar y organizar AMP por contratación directa durante el término de duración del estado de emergencia económica, social y ecológica, con el fin de facilitar el abastecimiento de bienes y servicios relacionados con el mismo –artículo 5º–; y (iii) en los AMP vigentes, directamente relacionados con la pandemia, CCE podrá configurar catálogos de emergencia, conformados por proveedores preexistentes así como nuevos proveedores, previa verificación de los requisitos habilitantes y de calificación del proceso de selección. Los catálogos estarán vigentes hasta el día en que culminara el estado de emergencia económica, social y ecológica. El 12 de abril del año en curso se expidió el Decreto 537 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Entre otras medidas, adoptó las siguientes: (i) durante la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión del COVID-19, las entidades territoriales preferirán la compra por catálogo derivado de los AMP de CCE –artículo 4º–; (ii) adicionó el parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, durante la Emergencia Sanitaria con ocasión del COVID-19, CCE debe diseñar y organizar procesos de contratación para los AMP por contratación directa y podrá configurar catálogos de emergencia, conformados por proveedores preexistentes y nuevos, previa verificación de los requisitos habilitantes y de calificación del proceso de selección, En las órdenes de compra que se suscriban se entenderán incorporadas las cláusulas excepcionales.

sino del AMP como negocio jurídico. De otro lado, la atribución en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto – Ley 4170 de 2011 para diseñar, organizar y celebrar AMP, comprendía de suyo establecer los términos, modalidades y condiciones que permitieran su suscripción y ejecución (Consejo de Estado, 2017c).

La doctrina ha entendido que si CCE puede regular la forma de suscripción del AMP mediante un acto administrativo general para quienes estén obligados y/o se adhieran, correlativamente lo está para expedir reglamentos vinculantes sobre el particular (Santaella Quintero, 2019).

CCE refiere que los AMP son una herramienta para que el Estado agregue demanda y centralice decisiones de adquisición de bienes, obras o servicios, a efecto de producir economías de escala, incrementar el poder de negociación del Estado y compartir costos y conocimiento entre las diferentes agencias o departamentos (CCE, 2019e)²³.

Dentro del mismo se distinguen dos clases de operaciones: 1. Principal: CCE identifica los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización que deban ser objeto de un AMP, estudia el mercado y adelanta el proceso de contratación; y 2. Secundaria: la entidad compradora identifica una necesidad, toma la decisión de adquirir el bien o servicio, suscribe el AMP y pone la orden de compra.

En concreto, CCE debe: (i) identificar bienes y servicios de características uniformes y uso frecuente; (ii) estudiar su oferta y demanda; (iii) identificar las oportunidades de negocio; (iv) diseñar, estructurar, negociar y firmar los AMP; (v) hacer seguimiento a su ejecución; (vi) ofertarlos en la plataforma; y (vii) atender consultas.

Bajo este orden, en su desarrollo se distinguen dos negocios jurídicos: uno la celebración del AMP y el otro, los diversos contratos de compraventa, suministro o prestación de servicios, derivados de aquel. En el primero las partes se limitan a ponerse de acuerdo sobre la reglamentación a las relaciones contractuales futuras, de manera que no surgen prestaciones específicas. Estas nacerán con el segundo negocio jurídico (Santos Rodríguez, 2009).

²³ <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/acuerdos-marco>. Página vista el 1º de noviembre de 2019. Manual de Acuerdo Marco. Guía para atender los Acuerdo Marco de Precios.

Desde el ámbito internacional, la ley modelo de contratos de la CNUDMI – Resolución No. 66/95 de la Asamblea General de 9 de diciembre de 2011– define el acuerdo marco como todo proceso programado en dos etapas: en la primera se selecciona a uno o varios proveedores o contratistas y en la segunda se adjudica un contrato con arreglo al acuerdo marco. Será abierto si pueden hacer parte uno o más proveedores que no lo fueron inicialmente y cerrado en el caso de que no pueda entrar ninguno que no haya sido parte inicial –artículo 2. e)– (Citado en Consejo de Estado, 2017c).

En la Unión Europea, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y el Consejo lo conciben como el acuerdo celebrado entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, mediante el cual se establecen los términos que regirán los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado (Citado en Consejo de Estado, 2017c).

Las ventajas de los AMP consisten en reducir los procesos de contratación; más información estandarizada y documentos tipo; modernización y constante actualización del sistema de compras electrónico; creación, evaluación y adjudicación de procesos en línea; reducción de costos de personal; y ahorro en tiempo, dinero y recursos (CCE, 2019e; Montealegre Franco, 2018; OECD, 2017).

Sus desafíos refieren al estudio de precios del mercado, la calidad vinculada con las dificultades en la definición correcta de las condiciones de las fichas técnicas, la efectividad en el cumplimiento de las obligaciones y en evitar monopolios de hecho para las grandes empresas (José Luis Benavides, 2017; Rodríguez Tamayo, 2015).

Las desventajas se asocian a limitación de la participación de sectores industriales, lo cual impacta en la producción de la pequeña y mediana empresa; la generación de fallas en el mercado; y el impedimento al operador jurídico para realizar juicios de ponderación y valoración, lo que atenta contra los principios de descentralización, desconcentración y delegación (Montealegre Franco, 2018; Ramírez Rusinque, 2014).

Por su parte, los **instrumentos de agregación de demanda** aluden a los desarrollados por CCE para agregar la demanda de bienes y servicios de un grupo de entidades y hacer una

negociación con uno o varios proveedores para unificar las condiciones de adquisición y mejorarlas (CCE, 2019f)²⁴.

Al igual que los AMP, los instrumentos de agregación de demanda son suscritos por CCE para acordar las condiciones futuras de los contratos que suscriban las entidades estatales, y a su vez, se configuran con una operación primaria a cargo de CCE y secundaria por la entidad compradora.

La diferencia radica en el objeto y el consiguiente procedimiento de selección. Es así como mientras el AMP versa sobre bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, se realiza generalmente por licitación pública y los contratos que derive mediante selección abreviada, en el caso estudiado puede haber variaciones con ocasión de la cantidad de proveedores en el mercado y la modalidad de selección establecida en la normatividad para el bien, obra o servicio de que se trate.

“Por ejemplo, la demanda de bienes, obras o servicios de un Proveedor único, puede ser agregada a través de un contrato suscrito bajo la modalidad de contratación directa, tanto en la Operación Principal como en la Operación Secundaria.” (CCE, 2019a)²⁵.

A su respecto son atribuibles las ventajas de los AMP. Además, debe resaltarse que la ley no ha impuesto su carácter obligatorio y en efecto, no restringen la autonomía territorial, sino que la potencian, pues serán las entidades quienes opten por acogerlos.

Como se observa, tanto los AMP como los instrumentos de agregación de demanda tienen en común que constituyen un negocio por el cual se fijan las reglas que regirán las relaciones contractuales futuras.

En orden a su ubicación dogmática, debe indicarse que esta clase de negocios en donde se disciplinan futuras y eventuales relaciones jurídicas y deja su concreción a contratos posteriores –llamados de ejecución o aplicación– se ubican dentro de los denominados contratos marco o normativos. La distinción de estas dos categorías no ha sido pacífica, para

²⁴ <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/acuerdos-marco>. Página vista el 1° de noviembre de 2019. Términos y condiciones de la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

²⁵ <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/acuerdos-marco>. Página vista el 1° de noviembre de 2019. Preguntas frecuentes. ¿Qué es agregar demanda?

unos depende de la obligatoriedad o no de celebrar el negocio futuro –normativo y marco, respectivamente–, del carácter vinculante o supletorio de las cláusulas pactadas –normativo y marco, en forma respectiva– y para otros, será normativo si la regulación es para cualquier clase de acto jurídico y marco si el negocio es específico (Castillo Parrilla, 2018; Fandiño, 2018).

En Colombia el contenido de los AMP e instrumentos de agregación de demanda es en todo caso vinculante, no surge la obligatoriedad de suscribir el negocio jurídico futuro y siempre versan sobre actos específicos. En consecuencia, por sus connotaciones encajan mayormente en la denominación general de contrato marco, con la salvedad de que en el orden jurídico interno se ha hecho distinción por el objeto a adquirir y la modalidad de selección, lo que ha dado lugar a los AMP y los instrumentos de agregación de demanda.

De conformidad con información de CCE, las órdenes de compra expedidas por entidades de nivel territorial no obligadas por los AMP del orden nacional es la que se relaciona en la siguiente gráfica. Incorpora la totalidad de transacciones en la TVEC, es decir, AMP, instrumentos de agregación de demanda y grandes superficies.

Entidades no obligadas: orden territorial		
	Órdenes	Total
2014	170	\$43.100.007.999,00
2015	509	\$134.850.410.236,00
2016	1.273	\$354.667.958.028,00
2017	2.551	\$829.218.341.588,00
2018	2.999	\$843.215.293.552,00
2019	2.150	\$636.971.659.075,00
Total	9.652	\$2.842.023.670.478,00

Tabla No. 2. Fuente: elaboración propia con información de CCE a corte del 23 de noviembre de 2019 (CCE, 2019c).

3.3. Manuales, guías y circulares

El Decreto – Ley 4170 de 2011 creó CCE como ente rector de la contratación pública y asignó los objetivos de desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

Entre otras funciones, le atribuyó las referentes a: “Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y contratación pública”, “Desarrollar, implementar y difundir políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas” y “Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de contratos y contratación pública.”

Del calificativo de ente rector se desprende que CCE es la entidad encargada de orientar la contratación pública mediante el desarrollo e impulso de políticas públicas y herramientas, en orden a lo cual ha sido dotada de competencia para proferir actos de la administración. Será por su virtud que materialice las funciones de difusión, desarrollo, implementación, la absolución de consultas y expedición de circulares.

Por su definición dogmática, las circulares no producen efectos jurídicos en la realidad actual fáctica y jurídica, pues tienen un valor en estricto sentido orientativo, instructivo o informativo –cuando producen efectos jurídicos se está en realidad ante actos administrativos, entendidos como la manifestación unilateral de la administración en ejercicio de funciones administrativas que crea modifican o extinguen relaciones jurídicas de carácter general o particular, por consiguiente susceptibles de control judicial– (Consejo de Estado, 2014, 2016, 2018b). Su obligatoriedad deviene de la norma legal o reglamentaria sobre la cual versen.

Con lo anterior no se quiere significar que las circulares emitidas por CCE carezcan de relevancia para sus destinatarios, pues proferidas en cumplimiento de la función de difusión normativa, deberán ser observadas en razón a la fuerza constitucional, legal o reglamentaria de la disposición respecto de cual traten.

Se pretende es resaltar que CCE no ha sido dotada de un poder creador en sustitución del legislador o la autoridad reglamentaria, de manera que no cuenta con una facultad ilimitada para producir normas que ingresen al ordenamiento jurídico con efecto obligatorio.

En los eventos en que CCE expida una circular y altere el ordenamiento jurídico, bien sea por creación, modificación o eliminación, la naturaleza de la decisión será la de acto administrativo y es pasible de control judicial, pues eventualmente se estaría ante el vicio de falta de competencia como causal de nulidad.

Es esto lo que ocurre, por ejemplo, en el proceso tramitado por el Consejo de Estado en el expediente No. 58820, en el cual se demanda parcialmente la circular externa 01 de 2013, proferida por CCE, en lo relativo a las entidades obligadas a publicar su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–.

En auto de 14 de agosto de 2017, el alto Tribunal resolvió desfavorablemente la medida cautelar de suspensión provisional. En fundamento adujo que en un análisis preliminar la obligación de información de que trataba la circular no había surgido con su expedición, sino que se encontraba en el ordenamiento jurídico en una norma de rango legal, además de que CCE tenía la función de difusión normativa.

En torno a los efectos de las circulares de CCE es preciso hacer una aclaración. En forma similar a lo expuesto por el Consejo de Estado frente a los AMP en el sentido que su atribución de diseño y organización comprendía expedir actos generales obligatorios para establecer los términos, modalidades y condiciones de suscripción y ejecución, es dable considerar correlativamente que si tiene a su cargo el desarrollo y administración del SECOP, también está facultada para señalar las condiciones generales y obligatorias de uso de la plataforma, de manera que si lo hace a través de una circular, esté será el efecto que tenga.

Retomando el curso de la disertación, las respuestas de CCE a las peticiones de formulación de consultas se concretan en un acto sin carácter de obligatorio cumplimiento o ejecución –artículo 28 de la Ley 1755 de 2015– (Congreso de la República, 2015b).

De la función de difusión de las mejores prácticas para las compras y contratación pública se deriva la herramienta de *soft law*. Es entendida como las decisiones no vinculantes

de la administración pública, pero que gozan de amplia aceptación en sus destinatarios, es decir, emanan de una autoridad con facultad de proferir normas, que sin embargo no cumplen las formalidades necesarias para ser vinculantes (Sarmiento Ramírez Escudero, Gersen y Posner y Georgieva citados por Covilla Martínez, 2019a, p. 100).

La doctrina mayoritaria concluye que las normas de *soft law* están a disposición de las autoridades superiores de la administración, quiénes en uso de su poder jerárquico, discrecional o informal, buscan interpretar y explicar el modo de empleo del derecho (Sánchez Torres, 2012).

El derecho blando es clasificado por la doctrina así: (i) instrucciones administrativas o de servicio, esto es, aquellas que afectan la organización interna y el funcionamiento de los servicios del órgano administrativo; (ii) instrucciones interpretativas de la ley o de otras normas; (iii) directrices administrativas directivas del ejercicio de la discrecionalidad; y (iv) instrucciones administrativas supletorias de la ley, bien porque no exista, o de haberla es general (Harmut Maurer citado por Sánchez Torres, 2012, pp. 72-73).

Se han identificado como ventajas del *soft law* la reducción de los costos que implica la adopción de medidas coercitivas, el incremento de los índices de cumplimiento por la concertación y participación de los actores, ofrece libertad en la adopción de medios tecnológicos, evita la hiperinflación normativa y es flexible porque evade las garantías para los administrados en las actuaciones administrativas, ánima nuevas formas de coordinación e instala relaciones jerárquicas difíciles de alcanzar por los mecanismos ordinarios (Martínez Jurado, 2018; Sánchez Torres, 2012).

El mecanismo de *soft law* se ha incorporado de forma lenta y progresiva en el ordenamiento jurídico colombiano. Aún conscientes de sus ventajas ha recibido fuertes críticas de la doctrina, particularmente por su control. Para el caso, se destaca que en un país como Colombia con tradición de derecho continental y en el cual el sistema de fuentes es de orden positivista es extraño y complejo el reconocimiento del derecho blando.

Frente a las funciones de CCE han surgido interrogantes en torno a la posibilidad de proferir actos administrativos con efectos obligatorios generales; concretamente, si traducen el traslado de la potestad reglamentaria del presidente de la República en materia de

contratación pública o si se trata de una subreglamentación –actos administrativos sujetos a la Constitución, la ley y el reglamento–. Al respecto pueden verse diferentes posturas desde el Gobierno Nacional, CCE, la doctrina y las altas Cortes.

El Gobierno Nacional interpretó atribución sin límite para la expedición de actos con efecto general, y en expresos casos, obligatorios, según da cuenta el Decreto Reglamentario 1510 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, así:

Sin perjuicio de los manuales o guías que CCE considerara necesario implementar o solicitaran los partícipes de la contratación pública, debía establecer con efecto obligatorio para las entidades estatales (artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.2.5.2 del Decreto 182 de 2015):

1. Los lineamientos, el formato de elaboración del plan anual de adquisiciones y la forma de su publicación y actualización (artículos 4º, 6º, 158 y 159 2.c del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.1.1.4.1, 2.2.1.1.1.4.3, 2.2.1.2.5.1 y 2.2.1.2.5.2 2.c del Decreto 1082 de 2015).

2. La manera de evaluar el riesgo en el proceso de contratación (artículos 17 y 159 2.a. del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.1.1.6.3 y 2.2.1.2.5.2 2.a del Decreto 1082 de 2015).

3. La metodología para calcular la capacidad residual (artículos 18 y 159 2.b del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.1.1.6.4 y 2.2.1.2.5.2 2.b del Decreto 1082 de 2015).

4. El uso del Clasificador de Bienes y Servicios (artículo 159 2.d del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.2.5.2 2.d del Decreto 1082 de 2015).

Además, debe fijar los objetivos del sistema de compras y contratación pública (artículo 1º del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.1.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015) y los lineamientos para que las entidades estatales expidan sus manuales de contratación (artículo 160 del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.2.5.3 del Decreto 1082 de 2015).

La postura de CCE consiste en sostener que: (i) las circulares externas y demás actos administrativos generales son obligatorios para todas las entidades estatales y su incumplimiento puede conllevar responsabilidad disciplinaria y fiscal; (ii) la absolución de peticiones se realiza mediante conceptos, los cuales carecen de obligatoriedad; y (iii) los

manuales y guías no son obligatorios, salvo en los casos en que el Decreto Reglamentario lo imponga (Núñez Aldana, 2019).

La doctrina ha planteado desde la inconstitucionalidad del Decreto – Ley 4170 de 2011 por materializar una delegación de la potestad reglamentaria del presidente de la República en CCE (Pérez Coronado, 2016); la ausencia de cualquier contenido normativo a las decisiones de CCE y en este sentido que solo son instrumentos, herramientas o prácticas que buscan hacer mejor la contratación (Santos Rodríguez, 2018); el reconocimiento de facultad para proferir derecho blando, pero solo frente a las entidades del orden nacional (Santaella Quintero, 2017) y la catalogación general de *soft law* respecto a entidades de cualquier nivel (Mónica Sofía Safar Díaz, 2018).

En relación con la posibilidad de expedir actos obligatorios, un sector indica que se trata de una competencia no atribuida en el Decreto – Ley de creación (José Luis Benavides, 2014, 2017; Mónica Sofía Safar Díaz, 2018; Santaella Quintero, 2017; Santos Rodríguez, 2018), y otro afirma que todas sus circulares son vinculantes para sus destinatarios o aquellas con vocación de producir efectos jurídicos (De Vivero Arciniegas y Barreto Moreno citados por Santaella Quintero, 2019, p. 171).

La Corte Constitucional en la sentencia C-004 de 18 de enero de 2017 se pronunció sobre una demanda contra el artículo 2º, numeral 5º de la Ley 1150 de 2007, relativo a la modalidad de contratación de mínima cuantía. En un *obiter dicta* señaló que CCE no goza de competencias reglamentarias, sino doctrinales y de fijación de políticas públicas, encargada legalmente de interpretar las normas del sector (Corte Constitucional, 2017).

El artículo 3º, numeral 2º parcial del Decreto – Ley 4170 de 2011 fue demandado ante la Corte Constitucional en lo relativo a las funciones de CCE para “Desarrollar, implementar y difundir políticas públicas, planes, programas, “normas”, instrumentos y herramientas”.

Lo anterior, por constituir una delegación de la facultad reglamentaria en cabeza del presidente de la República. Además, CCE había entendido competencia para expedir normas con fuerza obligatoria de ley, bajo la forma de circulares, resoluciones, manuales, circulares unificadas, entre otros.

El Tribunal profirió auto de inadmisión el 4 de octubre de 2019 y de rechazo el 22 del mismo mes y año. En fundamento adujo que no se cumplía el requisito de certeza pues los reproches no se referían al contenido normativo de la disposición, es decir, de ellos no se derivaba la facultad de CCE para dictar normas con fuerza de ley, ni tampoco para su reglamentación (Corte Constitucional, 2019a, 2019b). La decisión se confirmó al resolver el recurso de súplica en auto de 20 de noviembre de 2019.

Como se verá, el Consejo de Estado ha construido la siguiente postura:

(i) CCE no ejerce, ni puede ejercer potestad reglamentaria; en consecuencia, carece de competencia para reglamentar en forma directa la ley.

(ii) Expide documentos de *soft law* y actos administrativos, ambos susceptibles de control judicial.

(iii) Cuenta con funciones normativas o reguladoras y por virtud de ellas, capacidad para expedir normas de carácter general, impersonal y abstracto. Se trata de reglamentos de segundo grado, es decir, sujetos a la Constitución, la ley y la reglamentación del presidente de la República.

(vi) Para este fin debe tener en cuenta que no puede invadir la órbita de competencia atribuida por la ley a otras entidades, y en efecto, cuando la ley confíe al Gobierno Nacional el desarrollo de una materia, no resulta posible su traslado a CCE.

(v) Las competencias normativas de CCE podrán provenir de: (a) normas con fuerza de ley, las cuales en ningún caso pueden consistir en la reglamentación de la ley, pero sí de instrumentos, herramientas, negocios jurídicos, entre otros, por ejemplo, los AMP; y (b) decretos reglamentarios. En este caso, el presidente de la República debe asumir su potestad reglamentaria, sin perjuicio de que traslade algunos aspectos a CCE, bajo la condición de que fije las directrices generales y necesarias a que debe sujetar su actuación.

De este modo, en auto de 14 de agosto de 2017, el Consejo de Estado señaló que CCE no tiene potestad reglamentaria, sino reguladora. Es decir, de expedir actos sometidos a la ley

y al reglamento del Gobierno Nacional, lo cual se manifiesta, por ejemplo, en las circulares (Consejo de Estado, 2017a).

En sentencia de 16 de agosto de 2017, avaló la competencia de CCE para regular los AMP, porque tenía sustento en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto – Ley 4170 de 2011. Además, no materializaba una reglamentación de la ley, sino de los AMP como negocios jurídicos. Destacó que CCE tiene un poder de regulación normativa que se ejerce *secundum legem*, como también subordinado a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional. Es decir, no rivaliza con esta y constituye expresión del ejercicio de la autoridad administrativa bajo expresa habilitación legal (Consejo de Estado, 2017c).

En proveído de 19 de julio de 2018, expuso que por la categoría de CCE como ente rector y sus objetivos señalados en el Decreto – Ley 4170 de 2011, las decisiones que profiere y las actividades que realiza para el cumplimiento de sus funciones son auténticos actos de la administración, lo cual comprende los documentos de *soft law* y los actos administrativos, ambos susceptibles de control judicial. Estas atribuciones no invaden, ni usurpan la potestad reglamentaria en cabeza del presidente de la República (Consejo de Estado, 2018a).

En sentencia de 11 de abril de 2019, el Consejo de Estado decidió una demanda contra la totalidad del Decreto 1510 de 2013, en subsidio la nulidad del artículo 159, en subsidio su numeral 3° (Consejo de Estado, 2019).

Indicó que una norma con fuerza de ley (expedida por el Congreso o el presidente de la República) no puede modificar el sistema de fuentes constitucional y trasladar la potestad reglamentaria del presidente de la República a otro órgano; menos podría hacerlo un decreto reglamentario.

Agregó que el Decreto – Ley 4170 de 2011 no otorgó a CCE la potestad reglamentaria del presidente. Es cierto que ejerce competencia de regulación, pero debe someterse a la Constitución, la ley y la reglamentación del Gobierno Nacional. En virtud de ella puede proferir normas de carácter general, impersonal y abstracto, cuyos efectos entran a formar parte del ordenamiento jurídico de manera indefinida. La doctrina los denomina reglamentos de segundo grado.

Puntualmente, en torno a la competencia atribuida por el Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015, para la expedición de manuales y guías, señaló:

- Manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo (artículo 159 2.a. del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.2.5.2 2.a del Decreto 1082 de 2015).

Se declaró nulo, porque desconocía la competencia atribuida por la Ley 1150 de 2007 a las entidades estatales para definir los riesgos en sujeción exclusiva a la ley y al reglamento del presidente de la República. De otro lado, la ley confió al Gobierno Nacional señalar los criterios que seguirían las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos contratados, por lo que esta potestad no podía trasladarse a CCE.

- Manuales y guías para la determinación de la capacidad residual para los contratos de obra pública, dependiendo del valor de los mismos (artículo 159 2.b del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.2.5.2 2.b del Decreto 1082 de 2015).

Negó la solicitud de nulidad. En fundamento indicó que el presidente de la República no trasladó la potestad reglamentaria a CCE. La ejerció y dispuso las condiciones necesarias para la determinación de la capacidad residual; no obstante, defirió a la entidad técnica en la materia aspectos puntuales que debían sujetarse a la ley y al reglamento, lo que se acompasa con las funciones legales de CCE para desarrollar e implementar herramientas que faciliten las compras y contratación pública.

- Manuales y guías para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el uso del clasificar de bienes y servicios (artículo 159 2.c y 2.d del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.2.5.2 2.c y 2.d del Decreto 1082 de 2015).

Negó la solicitud de nulidad, debido a que no materializó una extralimitación de la facultad reglamentaria, ni su traslado a CCE, pues en el Decreto Reglamentario se fijaron los criterios generales a que debía someterse la Agencia.

Así las cosas, los manuales y guías con carácter obligatorio serán los relativos a la determinación de la capacidad residual para los contratos de obra pública, la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el uso del clasificar de bienes y servicios.

Bajo este orden, el Consejo de Estado ha fijado una postura clara en torno a las funciones de CCE en el sentido de indicar que comprende la expedición de disposiciones de *soft law* y actos generales obligatorios para todas las entidades estatales, incluidos los entes territoriales.

En armonía con la estructura, organización y competencias atribuidas en la Carta Política, no se trata de una potestad ilimitada, sino con restricciones definidas que derivan del principio de legalidad y el sistema de fuentes, de ahí que solo serán obligatorios los actos dispuestos por el legislador y los que establezca el reglamento bajo estrictas condiciones. Por fuera de lo anterior, CCE no define los efectos de sus actos.

La asignación de la facultad de expedir reglamentos de segundo grado a órganos que no hacen parte del Gobierno Nacional no es novedosa. En contrario, es una postura de larga trayectoria en la Corte Constitucional que tiende a favorecer los ámbitos o sectores técnicos y especializados.

La labor de CCE en la expedición de circulares, manuales y guías es la siguiente:

(i) Mediante Circular Única Externa con actualización a 16 de abril de 2019, CCE compiló y actualizó el contenido de 25 circulares anteriores. Los asuntos tratados son:

1. El Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–,
2. Uso del SECOP II para crear, conformar y gestionar los expedientes electrónicos del proceso de contratación,
3. Clasificador de bienes y servicios,
4. Elaboración y publicación del Plan Anual de Adquisiciones,
5. Apertura de ofertas,
6. Subsanabilidad,
7. Metodología para calcular la capacidad residual,
8. Acreditación de situación militar,
9. Acreditación de formación académica,
10. Documentos en proceso de contratación,
11. Documentos tipo,
12. Manuales y guías de CCE,
13. Contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación,
14. Incentivos en el sistema de compra pública,
15. Aplicación de la Ley de garantías,
16. Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro –ESAL, Decreto 092 de 2017 y
17. Datos abiertos y gobierno electrónico.

Posteriormente, CCE expidió la Circular Externa No. 1 de 22 de agosto de 2019 sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en el 2020 (CCE, 2019b)²⁶.

(ii) Los manuales expedidos por CCE son los que se relacionan a continuación:

Manuales	
1	Manual para la identificación y cobertura del riesgo. Publicado el 26 de septiembre de 2013 y actualizado el 10 de mayo de 2017.
2	Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía. Publicado el 26 de noviembre de 2013 y actualizado el 19 de abril de 2017.
3	Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en procesos de contratación. Publicado el 27 de noviembre de 2013 y actualizado el 2 de mayo de 2019.
4	Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación. Publicado el 23 de diciembre de 2013 y actualizado el 5 de septiembre de 2018.
5	Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación. Publicado el 23 de diciembre de 2013 y actualizado el 5 de septiembre de 2018.
6	Matriz de riesgos del Manual para la identificación y cobertura del riesgo en los procesos de contratación. Publicado el 6 de junio de 2014.

Tabla No. 3. Fuente: elaboración propia con información de CCE a corte del 24 de noviembre de 2019 (CCE, 2018a).

Las guías expedidas por CCE corresponden a las siguientes:

Guías	
1	Guía para la codificación de bienes y servicios. Publicado el 20 de febrero de 2013 y actualizado el 11 de julio de 2017.
2	Guía para entender los Acuerdos Marco. Publicada el 21 de febrero de 2013.
3	Guía para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones. Publicada el 22 de febrero de 2013 y actualizada al 24 de abril de 2017.

²⁶ La información es obtenida de la página web de CCE con corte a 24 de noviembre de 2019.

4	Guía para la elaboración de estudios del sector. Publicada el 27 de diciembre de 2013 y actualizada el 3 de mayo de 2017.
5	Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable. Publicada el 17 de enero de 2014 y actualizada el 24 de abril de 2017.
6	Guía para determinar y verificar la capacidad residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública. Publicada el 25 de abril de 2014 y actualizada el 11 de julio de 2017.
7	Guía de garantías en procesos de contratación. Publicada el 15 de diciembre de 2014 y actualizada el 30 de septiembre de 2016.
8	Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Publicada el 16 de enero de 2016 y actualizada el 31 de agosto de 2018.
9	Guía para la liquidación de contratos estatales. Publicada el 22 de marzo de 2016 y actualizada el 30 de septiembre de 2016.
10	Guía de asuntos corporativos en procesos de contratación. Publicada el 23 de junio de 2016 y actualizada el 23 de agosto de 2018.
11	Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos suscritos por entidades estatales. Publicado el 20 de octubre de 2016 y actualizado el 13 de marzo de 2018.
12	Guía para entidades con régimen especial. Publicada el 18 de noviembre de 2016 y actualizada el 25 de junio de 2018.
13	Guía para la participación de proveedores extranjeros en procesos de contratación. Publicada el 28 de julio de 2017.
14	Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación. Publicada el 31 de julio de 2017 y actualizada el 18 de abril de 2018.
15	Guía para facilitar la circulación de facturas emitidas en desarrollo de un contrato. Publicada el 2 de mayo de 2018.
16	Guía de competencia en las compras públicas. Publicada el 7 de julio de 2018.
17	Guía de compras públicas socialmente responsables. Publicada el 17 de julio de 2018 y actualizada el 9 de noviembre del mismo año.
18	Guía de compras públicas sostenibles con el ambiente. Publicada el 17 de julio de 2018 y actualizada el 9 de noviembre del mismo año.

19	Guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de licitación de obra de infraestructura de transporte. 2019.
----	--

Tabla No. 4. Fuente: elaboración propia con información de CCE a corte del 24 de noviembre de 2019 (CCE, 2018a)

Otros instrumentos expedidos por CCE son los que se relacionan a continuación:

Otros instrumentos	
1	Lineamientos generales para la expedición de manuales de contratación. Publicado el 26 de diciembre de 2013 y actualizado el 9 de mayo de 2017.
2	Aplicación para establecer la capacidad residual. Publicada el 25 de abril de 2014 y actualizada el 14 de diciembre de 2018.

Tabla No. 5. Fuente: elaboración propia con información de CCE a corte del 24 de noviembre de 2019 (CCE, 2018a).

3.4. Documentos estandarizados

El presente acápite se orienta al desarrollo de las manifestaciones de los documentos estandarizados previstos en nuestro ordenamiento jurídico, a saber: 1. Los pliegos de condiciones tipo según el EGCP; 2. Los proyectos tipos del DNP; 3. Los documentos estándar en los contratos plan; y 4. Los documentos estándar en las vías tercerías para la paz y el posconflicto.

3.4.1. Pliegos de condiciones tipo según el EGCP

El pliego de condiciones es definido por la doctrina como el conjunto de reglas elaboradas por la administración para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y determinar el contenido y alcance del contrato. Correlativamente, refiere a: (i) aspectos de la etapa precontractual: reglas para seleccionar al contratista que formule la propuesta más favorable a la entidad estatal y (ii) las especificaciones que regulan la vida del contrato (Escobar Gil, 1999).

Los pliegos pueden ser generales, especiales y de especificaciones técnicas. Los generales contienen el conjunto de disposiciones aplicables a una misma categoría de contratos y se complementan con los especiales. Los pliegos especiales incorporan las especificaciones establecidas en forma particular para cada contrato y los de especificaciones técnicas prevén la regulación práctica especial de cada obra, suministro o concesión que requieran bases de esta clase. Dentro de estos últimos se distinguen los generales y especiales (Dromi, 1995).

En cuanto a su naturaleza jurídica, el Consejo de Estado en sentencia de 31 de mayo de 2019 dentro del expediente (42282) reiteró su postura jurisprudencial que reconoce a los pliegos de condiciones la doble naturaleza de acto administrativo general en la etapa previa a la adjudicación del contrato y marco jurídico que determina su alcance y contenido una vez haya sido suscrito²⁷.

En Colombia la regulación de las facultades administrativas de configuración de los pliegos de condiciones se había limitado a señalar parámetros generales a los cuales debían ceñirse las entidades estatales. En consecuencia, se trataba de una facultad discrecional subordinada a la legalidad (Marín Hernández, 2008).

La potestad discrecional se define tradicionalmente por contraste con las facultades o actos reglados. En el primero la administración pública está frente a disposiciones que le confieren mayor o menor libertad de juicio y decisión, y en el segundo, se ve limitada a constatar la ocurrencia del supuesto de hecho para aplicar la consecuencia jurídica (Marín Hernández, 2007).

En relación con la discrecionalidad en la elaboración de pliegos de condiciones, la doctrina ha afirmado de un lado, que es necesaria y genera mayor probabilidad de acercamiento a la sociedad y la satisfacción del interés general (Castro Lozano, 2015; Marín Hernández, 2008), y del otro, que deja abierta las puertas a la corrupción y da lugar a un cúmulo de normas diversas y contradictorias, por lo que era necesario adoptar los pliegos de

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 31 de mayo de 2019. Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad. No. 11001-03-26-000-2011-00065-00(42282).

condiciones con cláusulas generales y particulares (Estrada Sánchez, 2008; González López, 2010).

Se está frente a las tensiones entre auspicio de la discrecionalidad y reglamentarismo como medida tendiente a dotar de transparencia y seguridad jurídica el sistema de compras públicas, ante lo cual debe lograrse un punto intermedio que al tiempo de permitir los beneficios de los pliegos generales garantice la efectiva participación de los entes locales.

La Ley 1150 de 2007 en el artículo 2º, párrafo 3º facultó al Gobierno Nacional para estandarizar los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

El Decreto – Ley de creación de CCE asignó a la Subdirección de Gestión Contractual la función de “Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública.”

Al reglamentar el asunto, el Gobierno Nacional confió a CCE diseñar e implementar pliegos de condiciones tipo para la contratación y minutas tipo de contrato –artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015–.

El Consejo de Estado conoció la demanda de simple nulidad en su contra y profirió sentencia el 11 de abril de 2019, mediante la cual declaró su nulidad²⁸.

Expuso que la competencia en la Ley 1150 de 2007 para estandarizar pliegos de condiciones y contratos en la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización había sido conferida al Gobierno Nacional y no podía trasladarse a CCE, de manera que la entidad carecía de competencia para adoptarlos con carácter obligatorio.

Destacó que si bien en el Decreto – Ley de creación de CCE se otorgó la facultad de desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la

²⁸ Providencia citada con anterioridad. Corresponde a la proferida dentro del expediente No.11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055).

gestión contractual pública, el Gobierno Nacional excedió las facultades excepcionales pues estas solo estaban orientadas a la reasignación de funciones y competencias.

En consecuencia, no había norma con fuerza de ley que atribuyera a CCE la función asignada en el Decreto Reglamentario, aunado a que con ello se desconocían los postulados legales de autonomía de la voluntad y libertad negocial.

Con posterioridad, el legislador ordinario ha establecido con carácter obligatorio los pliegos tipo en determinados casos.

Es así como la Ley 1882 de 2018 en su artículo 4° adicionó el párrafo 7° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 en el sentido de confiar al Gobierno Nacional la adopción de los documentos tipo para los pliegos de condiciones en los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para la consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos que adelantaran (Congreso de la República, 2019a).

En los documentos tipo, el Gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia, según la modalidad de selección, la ponderación precisa y detalladas de los mismos, de acuerdo con la naturaleza y cuantía de los contratos. Para este efecto, habría de tener en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

Además, otorgó al Gobierno Nacional la facultad de adoptar documentos tipo en relación con otros contratos o procesos de selección, cuando lo considerara necesario.

En la exposición de motivos se indicó que los pliegos tipo procuraban mayor transparencia, aumentaban la participación de proponentes, garantizaban el uso eficiente de los recursos públicos, eliminaban el direccionamiento de los procesos de selección, lograban la eficiencia y eran una tendencia mundial implementada por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, países como Perú, República Dominicana y Costa Rica y, además, eran recomendación de la OCDE (Neira Gaitán, 2018).

Como se observa, la posibilidad de establecer pliegos tipo y minutas de contrato fue prevista a favor del Gobierno Nacional en la Ley 1150 de 2007 para la adquisición y suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, y con ocasión de la Ley 1882 de 2018 se atribuyó la función de expedir con carácter obligatorio para las entidades estatales, pliegos tipo en materia de obras públicas (contrato de obra, consultoría en ingeniería de obras e interventoría). En los demás casos y cuando lo estime necesario podrá fijar pliegos tipo que serán recomendaciones.

La Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 15 de abril de 2020 declaró exequible el aparte en referencia de la Ley 1882 de 2018 tras referir al margen de acción del legislador para expedir el EGCP y la garantía de la autonomía territorial en contratación.

Con lo anterior se establece vía libre al Gobierno Nacional para establecer pliegos tipo que serán obligatorios en los casos expresamente previstos por el legislador y opcionales en los demás, lo cual a su vez constituye un desafío para la entidad redactora pues al fijar las condiciones generales deberá preservar un marco de discrecionalidad que permita una gestión administrativa eficiente, por consiguiente, que consulte las particularidades dentro del amplio y diferente universo de las entidades territoriales.

Actualmente se tramita el proyecto de Ley 082-18, por el cual se extiende con carácter obligatorio la adopción de pliegos tipo a todos los procesos de selección, para todas las entidades estatales y por parte del Gobierno Nacional a través de CCE. Fue aprobado en último debate y se encuentra para conciliación entre el Senado y la Cámara²⁹.

Los pliegos tipo materializan el principio de la buena administración, conforme al cual se propugna por unas pautas uniformes estudiadas y experimentadas para evitar que el contenido del pliego se someta a la improvisación de los asesores del momento y así lograr agilidad y eficiencia (Escobar Gil, 1999).

Constituyen un instrumento que satisface el cumplimiento de los principios de la función administrativa, se avanza en el conocimiento y claridad de las reglas, así como en seguridad jurídica, lo cual beneficia a potenciales proponentes, servidores públicos y a los

²⁹ Información a 8 de junio de 2020.

organismos de control, quienes pueden determinar las conductas que desconocen las normas de contratación. Se logra mayor certeza sobre la legalidad de las actuaciones administrativas, lo cual disminuye los riesgos de controversias judiciales, declaratorias de nulidad y condenas de perjuicios (González López, 2010). A su vez, se eliminan los factores que llevan al direccionamiento de los contratos, como causa de corrupción (Gómez Lee et al., 2019).

Los desafíos de los pliegos tipo se encuentran en que no garantizan la eliminación de prácticas corruptas, ni colusorias, incluso después de su adopción la corrupción aumentó en países como Argentina, República Dominicana y Honduras. De otro lado, pueden generar inconvenientes en la medida en que no se ajusten a las necesidades específicas de cada entidad, sean del orden nacional o el territorial (Gómez Lee et al., 2019; Neira Ruiz, 2019).

Hasta la fecha³⁰, el Gobierno Nacional ha hecho uso de la facultad conferida en la Ley 1882 de 2020 y ha adoptado los documentos tipo para los pliegos de condiciones en los procesos de obra pública de infraestructura de transporte que se adelanten por las modalidades de licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía.

Lo anterior, a través de los Decretos 342 de 5 de marzo de 2019 (Gobierno Nacional, 2019a), 2096 de 21 de noviembre de 2019 (Gobierno Nacional, 2019b) y 594 de 25 de abril de 2020 (Gobierno Nacional, 2020), respectivamente, mediante los cuales se adiciona el Decreto 1082 de 2015.

Reiteraron el carácter obligatorio e inalterable de los documentos tipo y confiaron su desarrollo, implementación y revisión periódica para la adaptación a la realidad de contratación del país a CCE en coordinación con el DNP y el Ministerio del Transporte. A este efecto establecieron los requisitos de contenido y los parámetros a que sujetarían su actuación, a saber:

1. Definir las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y la adjudicación del contrato o aceptación en la mínima cuantía (licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía).

³⁰ Información a 8 de junio de 2020.

2. Incluir las reglas de interpretación, causales de rechazo y demás elementos necesarios para la estructuración de los documentos del Proceso de Contratación (licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía).

3. Establecer los requisitos y documentos necesarios para la acreditación de la capacidad jurídica (licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía).

4. Señalar las actividades sobre las cuales recaerá la verificación de la experiencia de los proponentes, así como los documentos y criterios de acreditación y verificación de experiencia, teniendo en cuenta la cuantía y el tipo de intervención (licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía).

5. Incluir indicadores financieros de acuerdo con el análisis del sector económico relativo a las obras de infraestructura de transporte y en el caso de la mínima cuantía, fijar los criterios para verificar la capacidad financiera mínima, cuando se exija este requisito (licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía).

6. Fijar los criterios para verificar la capacidad organizacional, cuando se exija este requisito conforme al artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 (mínima cuantía).

7. Definir los métodos de ponderación de la oferta económica que deben incluir las entidades estatales dentro de sus procesos de contratación que procuren el desarrollo del principio de libre competencia, los cuales deberán ser seleccionados haciendo uso de un mecanismo aleatorio (licitación y selección abreviada de menor cuantía).

8. Fijar alternativas para la ponderación de los elementos de calidad con el fin de que la entidad estatal contratante seleccione la opción adecuada para evaluar las condiciones técnicas de manera objetiva de acuerdo con el objeto de la contratación (licitación y selección abreviada de menor cuantía).

9. Tener en cuenta las reglas contenidas en la Ley 816 de 2003 respecto del puntaje de apoyo a la industria nacional (licitación y selección abreviada de menor cuantía) y el Decreto reglamentario en lo relativo al puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad (licitación).

10. Implementar formatos, anexos, matrices o formularios necesarios para la presentación de las ofertas y descripción del proceso de contratación (licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía).

11. Establecer pautas generales para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que la entidad estatal es quien fija las condiciones particulares del contrato, atendiendo a su autonomía (licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía).

En razón a la atribución de desarrollo, implementación y actualización de documentos tipo en los procesos de obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía, CCE los ha adoptado, así: (i) sobre licitación en la Resolución 1978 de 1º de abril de 2019 (primera versión) y 0045 de 14 de febrero de 2020 (segunda versión); (ii) respecto de la selección abreviada de menor cuantía en la Resolución 0044 de 14 de febrero de 2020; y (iii) en relación con la mínima cuantía en la Resolución 094 de 21 de mayo de 2020.

A su vez, CCE ha establecido guías para la comprensión e implementación de los documentos tipo de licitación (CCE, 2019g) y mínima cuantía de infraestructura de transporte (CCE, 2020).

De lo expuesto se resalta que mientras el legislador otorgó al Gobierno Nacional la facultad de expedir pliegos tipo obligatorios en determinados casos, en los decretos reglamentarios se trasladó en últimas la atribución a CCE, en coordinación con el DNP y el Ministerio de Transporte.

Tomando en consideración la postura del Consejo de Estado en la sentencia de 11 de abril de 2019³¹, conforme a la cual, si el legislador atribuye una función a determina autoridad no es posible que en su reglamentación se traslade la competencia, es dable cuestionar sobre la legalidad de los decretos reglamentarios antes referidos, o si en contrario, el Gobierno cumplió con la atribución encomendada y trasladó aspectos técnicos, bajo parámetros precisos, lo cual también se permite por la jurisprudencia nacional.

³¹ Providencia citada con anterioridad. Corresponde a la proferida dentro del expediente No.11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055).

En todo caso, el legislador pretende disipar cualquier duda y aprobó el proyecto de ley que atribuye directamente la competencia de adoptar pliegos tipo a CCE.

Del estudio de los documentos tipo a la luz del principio de selección objetiva, definido en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 como aquel en donde la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener consideración factores de afecto o de interés, y en general, cualquier clase de motivación subjetiva, se advierte que CCE reguló en su integridad los requisitos habilitantes de experiencia y la capacidad jurídica, financiera y organizacional.

Señaló que la asignación de puntaje estaría determinada por la oferta económica, el factor de calidad, el apoyo a la industria nacional y la vinculación de personas con discapacidad. Para cada uno estableció el puntaje máximo, los métodos y forma de cálculo.

Por su parte, en la minuta del contrato se disciplinan la totalidad de sus cláusulas y deja libertad en relación con la forma de pago; la adición de obligaciones y derechos del contratista, así como obligaciones de la entidad; y la incorporación de multas en casos diferentes a la omisión en informar investigaciones, medidas de aseguramiento y condenas.

El vicepresidente técnico de la Cámara Colombiana de Infraestructura realizó un balance del primer trimestre de implementación de los pliegos tipo en los procesos licitación para obras de infraestructura de transporte del cual concluyó una mayor participación del mercado de empresas constructoras, recepción de más de dos ofertas en el 86% de los casos y el recibo de más de 70 ofertas al cierre en el Instituto Nacional de Vías, el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca, la Alcaldía de Bucaramanga, la Gobernación de Antioquía y la Alcaldía Local de San Cristóbal en Bogotá (CCI, 2019).

Como puede observarse, la incorporación con carácter obligatorio de los pliegos de condiciones tipo en el ordenamiento jurídico colombiano data del año 2018 y su desarrollo e implementación es de los años 2019 y 2020, es decir, tienen reconocimiento jurídico reciente.

Ante esta circunstancia se hace propicio realizar proyectos piloto respecto de los entes territoriales para establecer de acuerdo con el desenvolvimiento práctico las limitaciones que han comportado y sus ventajas. Se trataría de un seguimiento o evaluación que se tomaría de

base para la actualización de los pliegos tipo, lo cual permitiría según sea el caso, establecer variantes específicas para las entidades territoriales conforme a factores relevantes.

3.4.2. Proyectos tipo del DNP

En las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018, “Todos por un nuevo país”, se consignó el buen gobierno como uno de sus pilares, y dentro de sus objetivos, optimizar la gestión de la inversión de los recursos públicos. A este efecto previó, entre otros, fortalecer las capacidades institucionales para la estructuración de proyectos.

Una de las medidas para lograrlo consistió en la función del DNP de implementar acciones como “la formulación de metodologías, guías e instrumentos técnicos y legales estandarizados (pliegos de condiciones, términos de referencia, contratos, entre otros) con el “sello DNP”, así como la construcción de un portafolio de proyectos referenciables y metodologías para su estructuración” (Gobierno Nacional, 2015b).

En forma correlativa, en la Ley del Plan 1753 de 2015 se estableció que la Nación y sus entidades descentralizadas podían destinar y asignar recursos para financiar la realización de estudios de identificación, preinversión y estructuración de proyectos de carácter estratégico, del orden nacional y territorial, necesarios para cumplir el Plan Nacional de Desarrollo –artículo 141– (Congreso de la República, 2015^a).

Su reglamentación tuvo lugar a través del Decreto 173 de 1º de febrero de 2016, adicionado al Decreto 1082 de 2015. En el artículo 1º reguló la estructuración de proyectos y en su párrafo señaló que en todos los casos donde el DNP dispusiera de proyectos tipo, las entidades públicas debían utilizarlos en la etapa de preinversión, incluyendo los pliegos de condiciones y contratos tipo diseñados por CCE. De no ser viable, habrían de justificarlo y tenerlos en cuenta como insumos para la estructuración integral de los proyectos de inversión –corresponde al artículo 2.2.6.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015–.

El 25 de abril de 2016, se expidió el CONPES 3856, “Estrategia de estandarización de proyectos 2016-2018”, cuyo objeto era definir lineamientos e implementar una estrategia

nacional para la estandarización de proyectos con el fin de mejorar la calidad de la inversión pública, contribuir a disminuir tiempos y costos en la preparación de los proyectos y promover el cierre de las brechas entre las regiones del país, así como de estándares mínimos de servicio.

En la primera fase (2016) se contemplaría un portafolio con 26 proyectos de construcción y dotación, incluidas metodologías, guías e instrumentos técnicos y legales estandarizados (pliegos de condiciones, términos de referencia y contratos). En la segunda fase (2017) se adicionarían 16 proyectos tipo y en la tercera fase (2018), 8 iniciativas más, para un total de 50 tipologías.

Con ello se pretendían beneficios como la disminución de tiempo en la formulación de proyectos, reducción de costos en la fase de pre-inversión, provisión de bienes y servicios en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos sin importar la localización territorial, ejecución más ágil y acorde con los tiempos previstos, mayor transparencia en la contratación, garantía de trato igualitario a futuros proponentes y beneficios económicos y sociales para la población, quien podría disfrutar de los proyectos con oportunidad.

Para su implementación se adoptó un plan compuesto por dos líneas de acción, a saber: (i) la formulación de un plan de acción y un modelo institucional para la operación de la estrategia de estandarización de proyectos y (ii) fortalecimiento de la promoción y difusión de proyectos tipo y los beneficios y oportunidades asociados a su implementación por parte de alcaldías y gobernaciones.

La primera línea de acción estaba integrada por tres componentes: (i) definición de lineamientos de política, (ii) formulación de proyectos tipo y (iii) seguimiento, evaluación y sistematización.

CCE participaba en los dos primeros. En la definición de lineamientos de política ejercería labores de coordinación con el DNP, en el marco de sus competencias en temas de compras y contratación pública, y como apoyo a los procesos técnicos liderados por el DNP.

En la formulación de proyectos tipo prestaría apoyo al Gobierno Nacional y, además le correspondía recomendar el esquema contractual aplicable para cada proyecto, expedir los

documentos estándar que incluyeran los documentos del proceso y expedir las circulares necesarias para su adopción. A su vez, adelantaría las gestiones para la adaptación de los AMP a los proyectos tipo que lo ameritaran y elaboraría estándares y documentos tipo con lineamientos técnicos tipo, con los cuales se realizarían los procesos de contratación de servicios de supervisión e interventoría.

En la segunda línea de acción relativa al fortalecimiento y difusión de los proyectos tipo, CCE publicaría en su página web los documentos del proceso formulados e incluiría en su estrategia de comunicación la difusión de la política de estandarización de proyectos.

De los 50 proyectos tipo estructurados por el DNP (DNP, 2019b)³², CCE ha expedido documentos estándar para pavimento rígido, cicloinfraestructura bidireccional, puentes vehiculares, placa huella, parque recreodeportivo, planta de beneficio animal, sistemas fotovoltaicos individuales, centro TIC municipal, biblioteca pública municipal, vivienda palafítica, estación de bomberos, servicio al ciudadano, centro de acopio de leche, implementación de TIC, placa polideportiva cubierta, vivienda rural, ambulancias, infraestructura tradicional, cárceles, cancha sintética, unidades sanitarias y escuela de música (CCE, 2019d)³³.

En igual sentido a lo expresado frente a los pliegos tipo en el EGCP se considera que un seguimiento a su implementación permitirá evidenciar sus virtudes y limitaciones, lo cual contribuiría a un mejor desarrollo de la figura, posibilidad que se deja abierta a futuras investigaciones.

³² Los proyectos tipo estructurados por el DNP son: bibliotecas, escuela de música, infraestructura educativa, implementación de TIC, centro TIC municipal, puesto de salud, estación de bomberos, plaza de mercado, parque recreodeportivo, placa polideportiva, cancha sintética, pavimento rígido, cicloinfraestructura, puentes, vías terciarias, centro de acopio de leche, planta de beneficio animal, vivienda rural, vivienda palafítica, unidades sanitarias, celdas solares, cárceles, malocas, cadena de frío, ambulancias, servicio al ciudadano, trapiches paneleros, vócher de innovación, planes de ordenamiento territorial, centros comunitarios, inventario vial, plan de ordenamiento departamental, unidades básicas de carabineros, ondas, formación alto nivel, WiFi, mejoramiento de vivienda, transporte escolar, conexiones intradomiciliarias, estaciones de policía, alimentación escolar, estufas eficientes, biliguismo, PSA, residuos sólidos, beneficio de oro, cartografía, jóvenes investigadores, plan de vida y drenaje sostenible. Información disponible en: https://proyectostipo.dnp.gov.co/index.php?option=com_jak2filter&view=itemlist&category_id=32&isc=0&Itemid=191. Página vista el 24 de noviembre de 2019.

³³ Información disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/dnp>. Página vista el 24 de noviembre de 2019.

3.4.3. Documentos estándar en los contratos plan

Los contratos plan hacen alusión al acuerdo marco de voluntades de la Nación con las entidades territoriales y cuerpos asociativos de estas, mediante los cuales se establecen lineamientos programáticos y de desempeño para la ejecución de proyectos que luego se materializarán en contratos específicos. Han presentado evolución desde los contratos plan y los contratos plan para la paz y el posconflicto, hasta los pactos regionales.

La incorporación de los contratos o convenios plan en el ordenamiento jurídico tuvo lugar con la Ley del Plan 1450 y la LOOT 1454 de 2011. En la primera, fueron entendidos como el acuerdo marco de voluntades de carácter estratégico entre la Nación y las entidades territoriales sobre los arreglos programáticos y de desempeño definidos entre estas para la ejecución asociada de proyectos de desarrollo territorial que contemplaran la concurrencia de esfuerzos de inversión nacional y territorial.

En su desarrollo se suscribirían contratos específicos en donde se señalaría su objeto, metas, plazos, responsables de la ejecución, compromiso de recursos, mecanismos para su seguimiento y control y todos los demás aspectos necesarios que garantizaran la rápida y eficiente ejecución de los proyectos, atendiendo las prioridades y particularidades de cada sector y región³⁴.

Por su parte, la LOOT los concibió como los contratos que suscribiera la Nación con las entidades territoriales, asociaciones de entidades territoriales y áreas metropolitanas para la ejecución asociada de proyectos estratégicos de desarrollo territorial, al igual los celebrados con asociaciones de entidades territoriales y áreas metropolitanas relativos a la ejecución de programas del Plan Nacional de Desarrollo.

Dentro de este contexto normativo se suscribieron siete pilotos de Contrato Plan: Antioquía, Córdoba y Chocó (Atrato – Gran Darién), Boyacá, Nariño, Sur del Tolima, Norte del Cauca, Arauca y Santander (CONPES, 2014).

³⁴ Corresponde al artículo 8º Ley 1450 de 2011, modificado por el 198 de la Ley 1753 de 2015.

El 22 de diciembre de 2014, se expidió el CONPES 3822 “Contratos plan: lineamientos de política y plan de expansión 2014 -2018”. Del análisis de la experiencia piloto de contratos plan, planteó ajustes, lineamientos de política y criterios técnicos para mejorar el instrumento y con base en ellos propuso iniciar su fase de expansión en el marco del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

En el CONPES 3867 de 23 de septiembre de 2016, “Estrategia de preparación institucional para la paz y el posconflicto”, se contemplaron los contratos plan para la paz y el posconflicto como un vehículo para la implementación de la estrategia de preparación para la paz y el posconflicto, los cuales se regirían por la normativa de los contratos plan. Permitirían atender las necesidades de los territorios que históricamente habían sido afectados por el conflicto y favorecer la rápida implementación de los posibles acuerdos de paz (CONPES, 2016).

La Ley del Plan 1955 de 2019 estableció pactos territoriales entre la Nación y las entidades territoriales, los cuales pueden ser regionales, departamentales y funcionales. Los pactos regionales son acuerdos marco de voluntades suscritos por la Nación y el conjunto de departamentos que integran las regiones definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, cuyo propósito es articular la política, planes y programas orientados a la gestión técnica y financiera de los proyectos de impacto regional, conforme a las necesidades de los territorios, a fin de promover el desarrollo regional.

Los planes departamentales se suscriben entre la Nación y cada uno de los departamentos priorizados, para el desarrollo de las estrategias diferenciales de las bases del plan. Se dirigen a articular políticas, planes y programas orientados a la gestión técnica y financiera de proyectos conforme a las necesidades de los territorios, a fin de promover, entre otros, la superación de la pobreza, el fortalecimiento institucional de las autoridades regionales y el desarrollo socioeconómico de las comunidades.

Los funcionales se celebran entre la Nación y los municipios con que tengan relaciones, de acuerdo con la metodología que para el efecto defina el DNP. Su propósito es articular políticas, planes y programas orientados a la gestión técnica y financiera de proyectos según las necesidades de los territorios, a fin de promover, entre otros, el desarrollo

subregional. Los esquemas asociativos de la Ley 1454 de 2011 también pueden suscribir pactos territoriales.

Previó que, en adelante las entidades territoriales y los esquemas asociativos solo pueden suscribir pactos territoriales. Los contratos plan piloto y contratos para la paz y el posconflicto que se identificaran por el DNP como de impacto regional, podrían incorporarse a los pactos regionales, de acuerdo con el proceso de transición, articulación y operativos que definiera la entidad.

En la circular externa No. 15 de 28 de agosto de 2014, sustituida por la Circular Externa Única, CCE estableció los documentos tipo de pliegos de condiciones de obra pública, contrato de obra pública y apéndice de requisitos habilitantes para los contratos plan y señaló que eran obligatorios para las entidades que ejecutaran recursos del presupuesto general de la Nación (CCE, 2014).

En la actualidad se encuentra en ejecución los contratos plan sur del departamento del Tolima, Boyacá, Nariño, Norte del Cauca, Arauca y Santander y los contratos plan para la paz y el posconflicto Bolívar – Sucre, Caquetá, Guainía, Guaviare, Meta y Valle del Cauca (DNP, 2019a).³⁵

3.4.4. Documentos estándar en las vías tercerías para la paz y el posconflicto

En el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera, el Estado adquirió una serie de compromisos y dentro de ellos, mejorar las vías en las zonas más afectadas por el conflicto armado con la participación comunitaria en la ejecución de obras y su mantenimiento (CCE, 2017a).

La estrategia de mejoramiento de las vías terciarias se realizaría en tres fases: la primera se denominó Plan 50/51 y consistía en la intervención de 50 kilómetros en cada uno de los 51 municipios priorizados; en la segunda se beneficiarían 136 municipios; y en la tercera, 914 (*PROVEEDORES_MAYO1.pdf*, 2017.).

³⁵ Información disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Contratos-Plan/Paginas/ContratosPlan.aspx>. Página vista el 7 de noviembre de 2019.

El proceso de implementación del plan 50/51 comprendía las siguientes etapas:

1. La Agencia de Renovación de Territorio firmaba un convenio con las 51 alcaldías municipales, 2. Las alcaldías suscribían un pacto de transparencia, 3. Los alcaldes se comprometían a usar los pliegos tipo de CCE, 4. La Agencia de Renovación del Territorio y CCE realizaban jornadas de capacitación a los equipos de las 51 alcaldías, 5. Las alcaldías abrían licitaciones públicas para contratar el mantenimiento preventivo y 6. Las alcaldías suscribían convenios solidarios con las Juntas de Acción Comunal para el mantenimiento rutinario de las vías (Agencia de Renovación del Territorio, 2019).

CCE en conjunto con la Alta Consejería para el Posconflicto, la Alta Consejería para las Regiones, la Agencia de Renovación del Territorio, el Ministerio de Transporte y el INVIAS diseñó los documentos tipo de las vías terciarias para la paz y el posconflicto en cada de sus tres etapas (CCE, 2017b, 2017a).

CCE ha indicado que los documentos tipo son obligatorios en el plan 51/50 debido al convenio suscrito por cada municipio con la Agencia de Renovación del Territorio y en las fases 2 y 3 con motivo del artículo 2.2.6.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 173 de 2016 (CCE, 2017a).

Capítulo IV Funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente desde la autonomía territorial

El objetivo de la investigación consiste en establecer: ¿cómo impactan las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente la autonomía de las entidades territoriales?

La inserción legal de CCE como nuevo participe en el sistema de compras públicas no podría significar en ningún caso la modificación del modelo de Estado instituido en la Constitución Política como república unitaria, descentralizada y con autonomía de las entidades territoriales. No obstante, debido a su carácter de órgano rector de la contratación pública ha sido dotado de facultades que impactan cuando menos el alcance y la forma en que estas contratan.

Lo anterior reflejado en: (i) los acuerdos marco de precios y los instrumentos de agregación de demanda; (ii) los manuales, guías y circulares; y (iii) los documentos estándar.

Frente a cada uno se procederá a determinar si materializan una recentralización de funciones y/o una relación interadministrativa, si disminuyen o transgreden la autonomía territorial y en este caso, cómo podrían adecuarse para su satisfacción.

La autonomía territorial será entendida en su doble connotación de principio y derecho de las entidades territoriales. Refiere a un grado de libertad para la gestión de sus intereses, su límite es la Constitución y la ley y su núcleo esencial comprende los derechos a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponde, administrar los recursos, establecer tributos y participar en las rentas nacionales.

La respuesta al planteamiento objeto de investigación partirá de entender que en nuestro entorno la autonomía de las entidades territoriales no es absoluta, sino que tiene las limitaciones propias del modelo de Estado unitario y el alcance fijado en la Constitución y la ley, con un contenido mínimo inquebrantable.

De ahí que, de un lado el legislador no pueda menoscabar el núcleo esencial de la autonomía territorial, y del otro, las entidades territoriales no estén facultadas para expedir reglamentos autónomos, imponer su voluntad y actuar sin coordinación.

La Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 15 de abril de 2020 estableció que las garantías de los entes locales para la gestión de sus intereses en materia de contratación pública están delimitadas por la determinación, sin intervención o tutela exógena, de las necesidades a satisfacer, su priorización, la decisión de recurrir a la contratación, la configuración concreta de los elementos del contrato y la dirección tanto de la selección, como de la ejecución contractual, en el marco del ordenamiento jurídico. En los demás aspectos, el legislador tiene amplio margen de competencia, siempre que en procura de la eficacia administrativa conceda adecuados márgenes de discrecionalidad.

El estudio del asunto se orientará a la satisfacción de los fines de la contratación estatal, esto es, el cumplimiento de las finalidades del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los

administrados que colaboran con la administración en su consecución, al igual que de los principios que rigen la materia, a saber, la transparencia, economía, responsabilidad, publicidad, selección objetiva, eficacia, eficiencia y planeación.

Se tendrá en consideración que las compras públicas no solo son una herramienta para la provisión de bienes, obras y servicios tendientes a la satisfacción de las necesidades de la población, sino además un instrumento de apoyo a las metas estratégicas del gobierno, como la generación de empleo, el gasto público, la protección al ambiente, el desarrollo de la capacidad industrial y la promoción de la integración comercial.

Adicionalmente, la asignación de funciones a las entidades territoriales debe consultar su capacidad de gestión y visto ello en el marco de un estado unitario, se impone la actuación armónica o coordinada entre el centro y los entes descentralizados. Es así como:

(i) De acuerdo a lo expuesto en el primer capítulo, la OCDE ha señalado que un nivel eficiente de descentralización vinculado a la gestión de las relaciones con base en intereses mutuos de diferentes niveles depende de la necesaria coordinación y capacidad; y (ii) en Colombia, el proceso de descentralización inició en forma seria a partir de los años ochenta sin consideración a las particularidades propias de los municipios, se hizo de arriba hacia abajo y no obedeció al aumento de su autogobierno, ni se ha caracterizado por el fortalecimiento de las capacidades políticas de los ciudadanos. Así lo ha expuesto la doctrina y precisado su consecuencia en la siguiente forma:

Esto genera que la nación pueda reformar la Constitución y las leyes para limitar la descentralización y recentralizar el poder en la nación, debido en parte a las pocas capacidades de autogobierno que muestran las entidades territoriales y a su necesidad de apoyo desde el nivel nacional (Valencia Tello & De Chueiri, 2014).

A su vez se tendrá en cuenta que el procedimiento contractual es una típica actividad administrativa en la cual deben preservarse los principios previstos por el artículo 209 constitucional relativos a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

- De los AMP y los instrumentos de agregación de demanda

El empleo de los instrumentos de agregación de demanda por los entes locales se somete al margen de discrecionalidad que confiere el ordenamiento jurídico entre los diferentes procedimientos de selección, según el objeto a contratar y cuantía.

En tratándose de los bienes y servicios de características técnicas, uniformes y de común utilización la modalidad de selección abreviada permite acudir a los procedimientos de subasta inversa, instrumentos de compra por catálogo derivados de AMP y la adquisición en bolsas de productos.

El uso de los AMP se inspiraba por una idea según la cual las entidades territoriales podían acogerse a los celebrados por CCE o suscribir los propios. No obstante, con motivo del plan de desarrollo 2018-2022, el legislador facultó al presidente de la República para que estableciera los casos de uso obligatorio y solo en los eventos en que no haya suscrito uno, los entes territoriales pueden celebrarlos directamente.

Los AMP e instrumentos de agregación de demanda comportan para CCE un papel activo en el *iter* contractual de las entidades territoriales, determinan una nueva lectura de sus competencias y materializan la imposición de reglas contractuales y actos administrativos.

El panorama previo a los AMP e instrumentos de agregación de demanda consistía en que las entidades territoriales desarrollaban la totalidad del proceso contractual, por lo que realizaban los estudios previos, proferían el acto de apertura, seleccionaban al contratista, vigilaban la ejecución, efectuaban las actuaciones ante incumplimiento y de ser el caso, liquidaban el contrato.

Desde la puesta en operación de los AMP y hasta que el gobierno nacional expida el reglamento y señale los casos en los cuales su uso es obligatorio para las entidades territoriales tienen discrecionalidad de acogerse a los AMP suscritos por CCE o celebrar los propios.

Una vez que opten por un instrumento de agregación de demanda, un AMP de CCE o cuando deban hacerlo por imposición legal, pasa a cargo de CCE la selección del contratista,

la determinación de las reglas que regirán el contrato y de actuar ante incumplimiento de las órdenes de compra y reclamos de calidad y oportunidad en la prestación.

Las competencias de los entes territoriales estarán orientadas a dirigir el proceso de selección abreviada, realizar el estudio de necesidad, suscribir el acuerdo en la forma que CCE disponga, colocar la orden de compra y ejecutar el presupuesto.

De lo anterior se evidencia la eliminación de la discrecionalidad de los entes territoriales para adherirse a los AMP de CCE o celebrar los propios, pues por atribución del legislador el gobierno nacional debe señalar las condiciones bajo las cuales su uso es obligatorio. A su vez, con los AMP e instrumentos de agregación de demanda se disminuye el campo competencial de las entidades sobre la selección del contratista, las cláusulas que rigen el contrato y la forma de reclamo por incumplimiento.

Teniendo en cuenta que las competencias antes asignadas a los entes territoriales para seleccionar al contratista y determinar las reglas del contrato se trasladaron a CCE se colige una recentralización de funciones.

Las atribuciones de CCE comprenden además de suscribir los AMP e instrumentos de agregación de demanda, la expedición de actos administrativos generales para reglamentar la forma en que las entidades estatales deben realizar la adhesión.

El acto administrativo de reglamentación que expide CCE se amolda a la relación interadministrativa de coordinación, en tanto concurren sus elementos relativos a interacción de un gobierno local con un órgano público de nivel superior, la competencia surge de una norma con fuerza de ley, comporta un poder de dirección, versa sobre una materia de interés común, la decisión incide en las competencias propias de los entes territoriales y es de carácter obligatorio.

En orden a la efectiva protección de la autonomía territorial es preciso garantizar que los entes locales conozcan los proyectos de regulación y participen en su estructuración.

Se destaca que la relación interadministrativa de coordinación tiene como presupuesto su materialización a través de decisiones administrativas de naturaleza normativa, de manera

que no cabe predicarse en sí mismo de los instrumentos de agregación de demanda, ni los AMP, dado su carácter de negocios jurídicos.

La autonomía lleva implícito un determinado grado de libertad para la toma de decisiones por un ente jurídico en relación con otro y en tratándose de la territorial consagrada en la Constitución Política de 1991, ostenta la doble connotación de principio y derecho.

En cuanto principio, la autonomía territorial constituye un mandato de optimización, no se agota y siempre exige un mayor grado de protección. Sin embargo, no es absoluto y se encuentra en constante tensión con el Estado unitario, lo cual hace que el legislador amplíe y disminuya su alcance según la tendencia de recentralización.

En su condición de derecho propende por garantizar la gestión de los intereses de las entidades territoriales, dentro de los límites de la Constitución y la ley. De ahí que se diga no son titulares de la competencia de la competencia, sino que la reciben del orden superior.

El mínimo de derechos que hace parte del núcleo esencial de la autonomía y no puede ser desconocido por la ley es el previsto en el artículo 287 constitucional, a saber: (i) gobernarse por autoridades propias, (ii) ejercer las competencias que les corresponden, (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y (iv) participar en las rentas nacionales.

Las reducidas competencias establecidas en la Constitución como inherentes a la autonomía territorial y a las que se ha asignado la condición de mínimo inquebrantable, contrastan con el amplio margen de maniobra que tiene el legislador para aumentar o disminuir las atribuciones y discrecionalidad de las entidades locales, en satisfacción de otros principios constitucionales como la unidad o Estado unitario.

Visto el núcleo esencial de la autonomía se pregunta si se satisface frente a los AMP e instrumentos de agregación de demanda, particularmente en cuanto refiere al ejercicio de las competencias que les corresponden, dentro de las cuales la Constitución establece la facultad de alcaldes y gobernadores para celebrar contratos y la administración de recursos.

La escasa regulación de la Constitución sobre el alcance de la autonomía territorial autoriza entender que se ajusta al ordenamiento jurídico permitir a las entidades territoriales la participación directa en todas las etapas del proceso contractual, como también si lo es solo respecto de algunas de ella. Fue precisamente así como lo interpretó la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020.

Además, derivado del Estado unitario la determinación del régimen legal de contratos de la administración pública corresponde al Congreso, como expresamente se consagró en la Constitución. En consecuencia, goza de un margen amplio de maniobra para legislar sobre los procedimientos de selección.

La puesta en marcha de los AMP e instrumentos de agregación de demanda ponen de manifiesto el paso de un estadio de amplia discrecionalidad a uno de aplicación restringida. Los entes locales siguen participando con la determinación de la necesidad, la suscripción del AMP, la dirección del proceso de selección abreviada y la expedición de la orden de compra. Es decir, se preserva un campo de acción para la gestión de sus intereses.

Su participación en el diseño de las cláusulas contractuales se limita a la propia de los procesos de selección para la formulación de observaciones.

Aun cuando no se considera a los instrumentos en estudio como contrarios a los derechos que emanan de la autonomía territorial, lo cierto es que, por su connotación de principio con alcance de proyección normativa por obra del legislador y el juez, los derechos de los entes locales no pueden ser coartados sin que se permita su participación en las facultades recentralizadas.

Lo anterior, con mayor razón si se advierte que una de las principales motivaciones en la expedición de la Ley 80 de 1993 consistió en dotar a las entidades estatales de competencia para escoger el marco contractual que se adecuara a las necesidades a satisfacer, así como incorporar las cláusulas requeridas, lo cual sin duda frente a los AMP e instrumentos de agregación de demanda pasará a cargo del órgano rector en contratación.

Es así como debe implementarse nuevos escenarios de participación especiales para las entidades territoriales en donde se impulse y considere su opinión; se recojan sus

inquietudes, inconvenientes presentados e intervengan en la formulación de la solución, lo cual podría darse a través de reuniones y la rendición de informes.

Adicionalmente, los AMP e instrumentos de agregación de demanda satisfacen en buena medida los fines de la contratación estatal pues representan un ahorro en términos de tiempo y dinero, lo que permitirá atender con oportunidad las necesidades de la población y redireccionar recursos a otras áreas prioritarias.

Materializan principios de eficiencia, economía, celeridad, transparencia, publicidad, selección objetiva y moralidad. De este modo, dado el alcance de los AMP e instrumentos de agregación de demanda se garantiza mayor publicidad y participación, tanto para formular observaciones que lleven a un mejor proceso de selección, como de oferentes. Además, disminuirá la posibilidad de direccionamiento de contratos.

A CCE le corresponde realizar una continua evaluación de su eficacia a fin de evidenciar problemas o dificultades, preverlas en relaciones futuras y establecer formas de solución, como en la calidad de los bienes y los factores que han llevado a incumplimiento.

Debe considerarse que CCE es la entidad rectora en contratación, luego se espera un grado de especialidad mayor del cual pueden tener los municipios de categorías inferiores. De manera que se aprovecharía su experticia, en especial a favor de quienes cuentan con menores recursos.

Al margen de la constitucionalidad de los instrumentos de agregación de demanda y los AMP, debe hacerse una precisión en cuanto a su uso obligatorio.

Conlleva una disminución de la autonomía local, trae beneficios para las entidades territoriales en términos de eficiencia, transparencia y publicidad, pero su imposición estricta puede llevar a afectar la satisfacción de sus necesidades específicas.

De este modo, se debe tener especial cuidado en la determinación de las áreas de uso obligatorio. A su vez, teniendo en cuenta que la contratación estatal es un instrumento de apoyo a las metas estratégicas de gobierno, como la generación de empleo y dinamización de la economía, y que se trata de la inversión de recursos de las entidades territoriales, se hace

necesario establecer mecanismos de impulso a la pequeña empresa local y prever el caso eventual en que a nivel descentralizado se pueda obtener los mismos bienes o servicios a menor valor e igual o mejor calidad.

De otra parte, surge un reparo primigenio a saber: si por disposición constitucional el legislador debe expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, si la autonomía territorial solo puede ser limitada por la Constitución y la ley y si el uso obligatorio de los AMP conlleva una disminución de la autonomía local, porqué se ha dejado en manos del ejecutivo a través de reglamento la determinación de los casos en que el uso de los AMP de CCE es obligatorio para las entidades territoriales.

Se presenta una deslegalización que no supera el estudio de constitucionalidad. Es entendida como el traspaso que realiza el legislador, bien en forma expresa o fruto de una regulación ambigua e insuficiente, al presidente de la República u otras entidades para regular vía reglamento asuntos que son de la órbita de la ley por reserva material (legislador ordinario y extraordinario) o formal (siempre legislador ordinario: Congreso de la República). (Corte Constitucional, 2006 y 2008).

Los decretos reglamentarios son actos administrativos generales expedidos para la debida ejecución de la ley. Se caracterizan por su naturaleza: (i) ordinaria en tanto radica en la Rama Ejecutiva sin que para su ejercicio se requiera de habilitación distinta a la Constitución; (ii) derivada pues requiere de material legislativo para su ejercicio; (iii) limitada comoquiera que su límite y alcance es la Constitución y la ley, y en efecto, no puede alterar o modificar su contenido, ni espíritu; y (iv) permanente habida cuenta que el ejecutivo puede hacer uso de ella las veces que lo considere oportuno para la cumplida ejecución de la ley (Corte Constitucional, 2011).

De este modo, la determinación de los eventos de uso obligatorio de los AMP goza de reserva legal y no puede trasladarse a la órbita del presidente de la República mediante decreto reglamentario.

- De los manuales, guías y circulares

En su condición de órgano rector de la contratación pública y para el cumplimiento de sus funciones, CCE expide actos de la administración, es decir, decisiones generales con diversos efectos. Se está aludiendo a los manuales, guías y circulares –los documentos estandarizados serán objeto de estudio independiente en el siguiente acápite–.

A su respecto se han suscitado múltiples debates frente a los efectos en el orden jurídico, lo cual en concreto se reduce a su carácter obligatorio o no, y en forma intermedia, su vinculatoriedad.

De acuerdo con la postura jurisprudencial actual depende del tratamiento otorgado por el legislador y el presidente de la República en el ejercicio de la potestad reglamentaria, es decir, reglamenta una materia, pero en determinados aspectos solo establece las directrices para que CCE expida el reglamento de segundo con carácter obligatorio.

De este modo, los manuales y guías de CCE serán obligatorios cuando así lo disponga el legislador, o en su defecto, el presidente a condición de que fije los parámetros de desarrollo. En los demás casos, los manuales y guías de CCE carecerán de efecto obligatorio. Lo expuesto se hace extensivo a las circulares, por cuya definición dogmática tienen valor en estricto sentido orientativo, instructivo o informativo. Su estudio a la luz de la autonomía territorial se realizará en forma independiente así:

- Manuales y guías no obligatorios y las circulares:

Mediante los manuales y guías no obligatorias y las circulares CCE cumple su función de difundir normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas en compras y contratación pública, las cuales se dirigen a todos los partícipes del proceso de contratación, incluidas las entidades territoriales. En forma adicional, CCE emite conceptos frente a las consultas que le sean formuladas.

Pese a que por sí mismos no constituyen mandatos de cumplimiento irrestricto u obligatorio, dada la naturaleza de CCE como órgano rector de contratación y su objetivo orientado a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y

contratación pública con el fin de lograr mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado, es dable colegir que su actuación se dirige en principio a dicho fin y por ello, su producción no es *badalí* sino en contrario, habrá de ser valorada.

Derivado del deber de valoración de los manuales y guías no obligatorias, al igual que los conceptos, los destinatarios deben expresar la razón de su inaplicación, luego gozan de vinculatoriedad.

Teniendo en cuenta que frente a ellas los entes locales están facultados para realizar un juicio de análisis y el cual les permitirá apartarse, se preserva el margen de discrecionalidad y autonomía territorial. Es de resaltar de un lado, que por competencia discrecional no se entiende arbitrariedad, y del otro, que la motivación de la decisión atiende la satisfacción del principio de buena administración.

Visto que carecen de carácter obligatorio se desestima uno de los presupuestos para estructurar la relación interadministrativa de coordinación. En todo caso, son un mecanismo informal de ella pues sirven en el ejercicio del poder de dirección.

En relación con las circulares, cuyo valor es en estricto sentido orientativo, instructivo o informativo, el carácter obligatorio será propiamente de la norma constitucional, legal o reglamentaria sobre la cual versen, luego su desconocimiento podrá representar una vulneración del ordenamiento jurídico y acarrear responsabilidad en el funcionario.

- Manuales y guías obligatorias:

El Decreto – Ley 4170 de 2011 atribuyó a CCE desarrollar e implementar normas, instrumentos y herramientas. No se trata del ejercicio de la potestad reglamentaria propia del presidente del República, sino de una competencia de regulación de segundo grado, es decir sujeta a la Constitución, la ley y los reglamentos del presidente.

En consecuencia, CCE fue dotada de facultad para expedir actos administrativos generales obligatorios; sin embargo, no es una potestad ilimitada en cuanto que para su ejercicio se requiere previa habilitación y el señalamiento de las condiciones necesarias para su ejercicio. Está es la situación que actualmente se presenta en el contexto del Decreto

Reglamentario 1082 de 2015, en el cual se dotó de carácter obligatorio a determinados manuales y guías de CCE, lo que fue avalado por el Consejo de Estado siempre que no se contravengan normas de superior jerarquía y se fijen los parámetros necesarios para el desarrollo de la función³⁶.

Materializan la relación interadministrativa de coordinación debido a que para el caso particular de las entidades territoriales se entabla entre entes de nivel territorial diferente, uno del central y el otro local, la competencia se ejerce en virtud de habilitación legal, hay un poder de dirección en CCE como administración coordinadora, refiere a una materia de interés supramunicipal y CCE incide con carácter obligatorio en las competencias propias de los entes locales.

La relación interadministrativa de coordinación lleva implícita una disminución a la autonomía territorial pues el ámbito competencial de los entes locales se ve limitado por los actos administrativos generales que expida CCE. Sin embargo, para evitar que en su ejercicio se desconozca el núcleo esencial de la autonomía se han previsto mecanismos de protección, tanto vía legal como jurisprudencial.

En primer lugar, la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo– en el artículo 8º establece el deber de las autoridades de mantener información completa y actualizada sobre los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamente, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas.

CCE como entidad sometida al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo está en la obligación de dar a conocer los proyectos de actos administrativos generales y abstractos, así como de recepcionar comentarios. Se destaca que la posibilidad de participación de las entidades territoriales es la general a favor de toda persona y en todo caso, CCE no quedará limitada al contenido de la decisión, el cual será adoptado autónomamente³⁷.

³⁶ Se está aludiendo a la sentencia expedida el 11 de abril de 2019 por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente No. 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055), la cual fue estudiada con anterioridad.

³⁷ La sentencia fue citada con anterioridad y corresponde a la expedida el 11 de abril de 2019 por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente No. 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055).

De otro lado, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha fijado parámetros para el ejercicio de las competencias normativas de CCE. Estos atienden a la forma de organización del Estado, el sistema de fuentes y el principio de legalidad, veamos:³⁸

- El Decreto – Ley 4170 de 2011 dotó a CCE de facultad para expedir reglamentos de segundo grado; no obstante, no es una competencia absoluta e ilimitada pues para su carácter obligatorio se requiere previa habilitación legal o en su defecto, del presidente de la República con el señalamiento de las condiciones necesarias para su ejercicio.

- De otra parte, los actos administrativos de CCE constituirán reglamentos de segundo grado, de manera que estarán subordinados a la Constitución, la ley, los decretos con fuerza de ley y los decretos reglamentarios del Gobierno. De este modo, no se usurpa la facultad reglamentaria propia del presidente de la República.

Analizadas las garantías establecidas a favor de la autonomía territorial se advierte en forma preliminar que la relación interadministrativa de coordinación es un medio eficaz e idóneo en orden al cumplimiento de los objetivos de CCE para la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública. Se trata de una reglamentación de segundo grado de la ley para su debida ejecución y por parte de un ente con experticia.

Desde el punto procedimental CCE debe efectivizar el mandato de publicación de los proyectos de actos administrativos generales y abstractos, así como valorar adecuadamente las observaciones de las entidades territoriales.

En cuanto al campo sustancial se observa un *maremágnun* de normas de CCE en todos los ámbitos de la contratación pública y con detalle.

La situación actual de la materia exige necesariamente repasar sus antecedentes pues se oscila en tendencias de discrecionalidad y reglamentarismo.

El panorama previo a la Constitución Política de 1991 para las entidades territoriales en materia de contratación consistía de un lado, en la aplicación en algunos temas del Decreto

³⁸ *Ibidem.*

222 de 1983, el cual adolecía de un exceso de reglamentarismo y casuismo que limitaba la autonomía negocial e impedía el desarrollo eficaz y eficiente de los procesos de contratación, y del otro, un campo de asuntos que era regulado directamente por los departamentos y municipios mediante sus códigos fiscales, lo cual generó multiplicidad de normas.

Estos aspectos se convirtieron en problemáticos y procuró darles solución. Fue así como la Constitución Política de 1991 confió al legislador la competencia para expedir el estatuto general de contratación de la administración nacional, lo que tuvo lugar con la Ley 80 de 1993, concebida como una ley de principios, es decir, no regulaba la totalidad de los casos, sino que señala los principios a los cuales la entidad estatal debía acudir a efecto de solucionar cada asunto.

Aun cuando desde temprano la Corte Constitucional señaló que la expresión en la Carta de un estatuto general aludía a una norma que regulara la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales y que su desarrollo y adecuación por las entidades territoriales constituía manifestación de su autonomía, el legislador con miras a lograr mayor transparencia cambió la orientación con la Ley 1150 de 2007 y reformas posteriores, dando paso a reglamentos de primer y segundo grado que desarrollan en detalle multiplicidad de aspectos contractuales y *soft law* que disminuyen la discrecionalidad.

Es un sistema incoherente con dos lógicas en pugna, en donde al momento la balanza se inclina hacia el reglamentarismo con una correlativa disminución del ámbito de acción de los entes territoriales, por consiguiente, de la autonomía territorial. Postura que fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020.

Sin que se apoye la idea de una reglamentación absoluta y desbordante, pues ello es nocivo para el buen desarrollo de la contratación estatal en términos de respuesta a las necesidades a satisfacer y la realidad cambiante, se advierte que en sí misma la labor de coordinación de CCE tiene un fin legítimo consistente en orientar a las entidades estatales en la forma de aplicar las normas legales y reglamentarias de primer grado, de manera que solo haya una postura y así se otorgue seguridad jurídica, se propenda por la buena administración y facilite el ejercicio de la función de control.

La implementación de la relación interadministrativa de coordinación se enmarca en el margen de maniobra del legislador, la cual no traduce el desconocimiento de la autonomía de los entes locales, siempre que se hagan efectivas garantías a su favor. Al respecto es necesario que CCE atienda el mandato de publicación de los proyectos de actos administrativos generales y abstractos que expida en el desarrollo de sus funciones, e igualmente que valore en forma adecuada las observaciones de las entidades territoriales.

- De los documentos estándar

En la práctica CCE ha expedido con carácter obligatorio los pliegos de condiciones tipo para los procesos de selección de licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía de obra pública de infraestructura de transporte, los proyectos tipo del DNP, las vías terciarias para la paz y el posconflicto, así como los requisitos habilitantes para los contratos plan y los pliegos de condiciones de obra pública que de ellos se deriven.

Pliegos tipo según el EGCP

El artículo 4° de la Ley 1882 de 2018 adicionó un párrafo al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 en el sentido de facultar al Gobierno Nacional para adoptar pliegos tipo obligatorios en los procesos de selección de obras públicas, interventoría para obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras.

Lo anterior versaría sobre las condiciones habilitantes y los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. A este efecto, se tendría en consideración las características de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

Los Decretos reglamentarios 342 de 5 de marzo y 2096 de 21 de noviembre de 2019, al igual que el 594 de 25 de abril de 2020 regularon sobre la adopción de pliegos tipo en los procesos de licitación, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía de obra pública

de infraestructura de transporte, fin para el cual fijaron los requisitos de contenido, las pautas para su desarrollo y atribuyó la función a CCE en coordinación con el DNP y el Ministerio de Transporte.

CCE ha cumplido la atribución encomendada, así: los procesos de obra pública de infraestructura de transporte que se adelanten en las modalidades de licitación en la Resolución 045 de 14 de febrero de 2020 –segunda versión–, selección abreviada de menor cuantía en la Resolución 044 de 14 de febrero de 2020 –primera versión– y mínima cuantía en la Resolución 094 de 21 de mayo de 2020 –primera versión–.

Los pliegos de condiciones establecen las reglas para seleccionar al contratista que formule la propuesta más favorable a la entidad y disciplinan las reglas del contrato. CCE establecerá el pliego general según la tipología contractual y será complementado por cada entidad con las especificaciones del caso particular. Se trata de una labor residual limitada a establecer el objeto y sus variables, pero que en todo caso debe otorgar un espacio de discrecionalidad a efecto de que se cumpla el propósito de eficacia administrativa.

Mientras que originariamente el legislador fijaba parámetros generales a los cuales debían sujetarse las entidades para diseñar los pliegos de condiciones, con los pliegos tipo obligatorios de CCE su estructuración final pasó a manos de una unidad administrativa especial del orden nacional, sector descentralizado.

Las funciones de las entidades estatales corresponderán a realizar el estudio de necesidad, dirigir el proceso, suscribir el contrato, ejecutar su presupuesto, vigilar la ejecución, desplegar su actuación ante incumplimiento y liquidar el negocio jurídico.

Es decir, se disminuye la autonomía territorial en cuanto se reducen las competencias de los entes locales para la elaboración del proceso de selección sobre requisitos habilitantes y ponderación. Vistas así las cosas las entidades locales conservaron atribuciones que por su alcance se consideran básicas, inconvenientes de transferir al orden central por el tamaño del Estado y recursos, tanto es así que de haberse hecho harían nugatoria su existencia y constituirían una notable afrente a su autonomía.

Como se expuso con anterioridad, el Constituyente de 1991 estableció un contenido mínimo de la autonomía territorial y dejó la definición de su alcance al legislador, contexto dentro del cual es válido afirmar la constitucionalidad tanto de permitir que las entidades territoriales intervengan en todas las etapas del proceso contractual, como solo respecto de algunas de ellas.

No puede obviarse que la discrecionalidad que imperaba y aún lo hace para que las entidades territoriales diseñen los pliegos de condiciones ha llevado en no pocos casos a su abuso a través de los pliegos sastre o a la medida de determinado contratista, con lo cual se desvía la satisfacción del interés general. Por ello, aun cuando es pretencioso sostener que los pliegos tipo erradicarán la corrupción, son un mecanismo para combatirla.

Procuran la selección objetiva de contratistas, dotan de transparencia, igualdad, celeridad e imparcialidad al procedimiento de selección y las reglas contractuales, permiten mayor publicidad y participación, generan ahorro en términos de tiempo y recursos de personal y económicos, se logra seguridad jurídica y facilitan el control. De otra parte, se aprovecha la experticia de CCE.

La participación de las entidades territoriales se garantiza con la publicación de los proyectos de pliegos y la formulación de observaciones. A su vez, para su adecuación a las circunstancias reales y cambiantes, CCE tiene el deber de su constante actualización.

El principal desafío de los pliegos tipo es lograr que se encuentren en consonancia con las circunstancias particulares de cada entidad territorial, de modo que se pueda satisfacer las necesidades de la población, y así, que las cláusulas contractuales no se conviertan en un marco inconsulto que no atienda la realidad.

Para este efecto, debe realizarse un seguimiento y verificación en la aplicación de los documentos estándar adoptados, valorar las observaciones de los entes locales con el alcance que merecen por cuenta de la autonomía territorial y adoptar soluciones oportunas. De esta manera se materializará el principio de eficacia.

Se satisfacen los fines de la contratación del Estado en cuanto que se logra en mejor forma el cumplimiento de sus principios y al propósito de alcanzar el fin del cumplimiento

de las necesidades de cada ente local, CCE asume desafíos que se traducen en un deber de acción para garantizar la participación y evolucionar al paso con la realidad.

Bajo este orden, con los pliegos tipo se logra uniformar las reglas del procedimiento de selección de contratistas y contractuales para una tipología específica con base a unas variables determinadas. Su establecimiento se realiza por una entidad con experticia y previo proceso de participación a través de la recepción de observaciones y sus respuestas, lo cual enriquece el contenido y permite su constante adecuación.

Es decir, son el resultado de un trabajo en donde participan múltiples actores, pero cuya adopción final se hace por CCE en un acto administrativo de carácter general con efecto obligatorio.

La Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 15 de abril de 2020, declaró exequible el artículo 4º de la Ley 1882 de 2018 en cuanto al alcance obligatorio de los pliegos tipo en materia de obras públicas.

Estableció que no había violación a la autonomía de las entidades territoriales debido a que el legislador tenía la competencia constitucional de expedir el estatuto general de contratación. Además, la estandarización versó exclusivamente respecto de los requisitos habilitantes y criterios de escogencia como elementos propios del proceso de selección, donde había reserva legal, es decir, amplio margen de configuración normativa.

Señaló que se preservó su autonomía pues tienen facultad de determinar la necesidad a satisfacer, priorizarla, iniciar el proceso de contratación, configurar en concreto los elementos del contrato y dirigir la selección, así como la ejecución contractual.

Destacó que los pliegos estandarizados no pueden convertirse en un obstáculo para la consecución de los fines de interés general confiados a cada autoridad administrativa, razón por la cual debe permitirse adecuados márgenes de discrecionalidad como instrumento indispensable para la eficacia administrativa.

A su vez, avaló la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 1882 de 2018 en cuanto a la facultad del Gobierno Nacional para adoptar documentos tipo, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procedimientos de selección.

Igual previsión establece el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 para estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales en el caso de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por las entidades estatales.

En ambos eventos, los pliegos estándar no gozan de efectos obligatorios, son guías o parámetros que las entidades territoriales pueden adoptar o no. En efecto, no desconocen la autonomía territorial, tampoco estructuran la relación administrativa de coordinación –se reitera, la obligatoriedad es presupuesto para su configuración–. En cualquier caso, son un mecanismo informal de ella pues sirven en el ejercicio del poder de dirección.

En cuanto a los pliegos tipo obligatorios, advertido que se materializan en una decisión administrativa de naturaleza normativa, que es vertical entre el orden central y el descentralizado, que enmarca una función de dirección unilateral sobre una materia de interés común –recursos públicos y su destinación a satisfacer el interés general–, la cual incide en las competencias de las entidades territoriales y que además tiene origen en la ley y habilitación a CCE en decretos reglamentarios bajo condiciones específicas, cabe señalar la estructuración de la relación interadministrativa de coordinación.

Se aprecia como un mecanismo idóneo, en el cual según se ha indicado debe promoverse y garantizarse la efectiva participación de los entes territoriales. Ahora bien, siendo que conlleva una limitación a la autonomía local, pero no puede desconocer su contenido, la doctrina ha previsto una serie de garantías. Una de ellas y la cual podría calificarse de preliminar o formal es que tenga origen en la ley y sea explícita.

La Corte Constitucional ha expuesto que la potestad reglamentaria recae en el presidente de la República como suprema autoridad administrativa. No obstante, existe un sistema difuso de producción de actos administrativos generales de carácter reglamentario, de manera que puede ejercerse por otras autoridades, hagan parte o no del Gobierno Nacional

en sentido estricto. Lo anterior, por atribución de la Constitución o la ley. Constituye una competencia residual o subordinada a las normas de orden superior, incluidos los decretos reglamentarios del presidente, razón por la cual tendrán la naturaleza de reglamentos de segundo grado.

La asignación de la facultad reglamentaria de segundo grado por parte de la ley se subordina al cumplimiento de los siguientes requisitos:

(i) La materia a reglamentar no debe gozar de reserva legal, (ii) la actividad se sujetará a la ley y sus correspondientes decretos reglamentarios, (iii) quedará claro que el legislador y el gobierno conservan sus atribuciones y pueden ejercerlas en cualquier momento, sin que se restrinja su poder de acción, (iv) se entenderá que la entidad es dependiente del gobierno, pues aunque no haga parte de este en sentido estricto, desarrollará atribuciones presidenciales y (v) debe versar sobre aspectos residuales, complementarios, técnicos, operativos o especializados de naturaleza cambiante y que se encuentren dentro del respectivo ámbito de competencia de la entidad³⁹.

Como se expuso en capítulo anterior sobre las competencias de CCE para expedir manuales, guías y circulares, la postura del Consejo de Estado consiste en sostener que la potestad reglamentaria recae en el presidente de la República. Sin embargo, puede trasladar la regulación de determinados aspectos a otra entidad, a condición de que fije las directrices generales y necesarias a que debe sujetar su actuación. Se trata de reglamentos de segundo grado, es decir, sujetos a la Constitución, la ley y los decretos reglamentarios del presidente⁴⁰.

Aplicando la aludida postura jurisprudencial al caso particular se observa lo siguiente:

- Pliegos tipo adoptados por CCE en las Resoluciones No. 044 y 045 de 14 de febrero de 2020 en cumplimiento de los Decretos Nros. 342 de 5 de marzo y 2096 de 21 de noviembre de 2019, por los cuales se reglamentó el artículo 4° de la Ley 1882 de 2018.

³⁹ Ver: Corte Constitucional sentencias C-397 de 1995, C-350 de 1997, C-066 de 1999, C-088, C-170 y C-805 de 2001, C-917 de 2002, C571 de 2003, C-307 de 2004, C-675 de 2005, C-782 de 2007, C-1005 de 2008, C-172 y C-704 de 2010, C-823 de 2011, SU-539 de 2012, C-765 de 2012, C-810 de 2014, C-018, C-073 y C-074 de 2018.

⁴⁰ Se está aludiendo a la sentencia expedida el 11 de abril de 2019 por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente No. 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055).

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado puede concluirse que el Gobierno Nacional cumplió su función de reglamentación y en cuanto a la atribución a CCE, estableció las pautas a las cuales debía ceñirse. Es de resaltar que el diseño en cada caso de pliegos de condiciones comprende el análisis de componentes técnicos u operativos, los cuales deben estar en constante actualización y CCE es el órgano rector en contratación, es decir, goza de experticia para su puesta en operación.

- Mediante el proyecto de Ley 082-18 se extiende la adopción de pliegos tipo obligatorios a todos los procesos de selección, para todas las entidades estatales y por parte del Gobierno Nacional a través de CCE.

De acuerdo con la postura de la Corte Constitucional es viable que el legislador otorgue la función de reglamentación a CCE para la elaboración de pliegos de condiciones, pues se trata de un asunto técnico, cambiante y especializado, en el cual no hay reserva de ley. Lo anterior, siempre que se entienda que corresponde a reglamentos de segundo grado, que no hay restricción en el ejercicio de las competencias del legislador y el presidente de la República y que versa sobre cometidos presidenciales.

Es de indicar que la sentencia C-119 de 15 de abril de 2020 constituye precedente en el sentido de que los pliegos tipo obligatorios no desconocen la autonomía territorial. Sin embargo, debe preservarse un margen de discrecionalidad adecuado para lograr la eficacia administrativa.

De los proyectos tipo del DNP

El Decreto No. 173 de 1º de febrero de 2016 señaló en su artículo 1º que en todos los casos en los que el DNP disponga de proyectos tipo, las entidades públicas deben utilizarlos en la etapa de preinversión, incluyendo los pliegos de condiciones y contratos tipos diseñados por CCE. De no ser viable, deben justificarlo y ser tenidos en cuenta –corresponde al artículo 2.2.6.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015–.

Teniendo en consideración que en la materia el legislador no ha establecido su carácter obligatorio, la disposición reglamentaria se ajusta al ordenamiento jurídico siempre que se entienda que los pliegos tipo de CCE en los proyectos tipo del DNP son opcionales para las

entidades territoriales. En todo caso se trata de un mecanismo informal de coordinación pues sirve a los fines del ejercicio del poder de dirección.

De los contratos plan

CCE en la circular No. 15 de 28 de agosto de 2014 señaló la obligatoriedad de los documentos tipo de pliegos de condiciones de obra, contrato de obra pública y apéndice de requisitos habilitantes de los contratos plan.

La obligatoriedad de los documentos estándar de CCE no puede imponerse por la entidad, sino que debe provenir de la ley. En ausencia de ella, para el caso particular ha de entenderse que no son obligatorios, sino opcionales como buena práctica. Lo anterior desestima la afectación a la autonomía de las entidades territoriales. Corresponde a un mecanismo informal de coordinación, pues pese a no gozar de carácter obligatorio permite el ejercicio del poder de dirección.

De las vías terciarias para la paz y el posconflicto

En la estrategia de mejoramiento de las vías terciarias, dentro del marco del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, fase del Plan 50/51, los alcaldes debían comprometerse a usar los pliegos tipo de CCE.

Se trata del mecanismo informal de coordinación de la subvención, en donde la transferencia de recursos al ente local para la ejecución de determinada actividad se condiciona a lo señalado por la administración que subvenciona. Teniendo en cuenta que sesga la voluntad de los entes territoriales con el apremio de recursos y sin una garantía de participación previa, se vislumbra la afectación de su autonomía.

De otra parte, su obligatoriedad no puede provenir del artículo 1º del Decreto No. 173 de 2016 pues según se indicó se ajusta al ordenamiento jurídico siempre que se entienda que los pliegos tipo de CCE en los proyectos tipo del DNP con opcionales para las entidades territoriales.

En síntesis, lo expuesto permite evidenciar afectación formal a la autonomía territorial en dos aspectos particulares, la obligatoriedad dada por CCE a sus propios actos cuando se carece de una fuente debida que lo establezca -caso contratos plan- y el compromiso de los alcaldes de acogerse a los documentos de tipo de CCE pues como subvención sesga la toma libre de la decisión -caso vías terciarias para la paz y el posconflicto-.

En cuanto a las garantías sustanciales de la autonomía territorial en los documentos estandarizados de CCE, habrá en términos de la Corte Constitucional de preservarse un margen de discrecionalidad a cada entidad para el logro de la eficacia administrativa⁴¹. El estudio de la realidad práctica en la aplicación de los documentos estandarizados dará cuenta de los sesgos a la discrecionalidad que puedan llevar a la ineficacia.

Una consideración final debe ser traída al presente, las funciones de CCE a las que se ha hecho referencia tiene base en el uso de las tecnologías de la información, pero aún hay deficiencias de conectividad que afectan a las entidades, futuros proponentes y a la ciudadanía en general, piénsese por ejemplo en los sectores geográficos de difícil acceso.

⁴¹ Se está aludiendo a la sentencia C-119 de 15 de abril de 2020.

Conclusiones

El objetivo de la investigación consistió en determinar cómo impactan las funciones de CCE la autonomía de las entidades territoriales, a saber, los departamentos, distritos, municipios, territorios indígenas y regiones.

La hipótesis planteada sostenía que CCE ejerce varios tipos de atribuciones, dentro de ellas, de implementación normativa mediante la celebración de los AMP e instrumentos de agregación de demanda, la expedición de manuales, guías y circulares y la adopción de documentos estándar, los cuales implicaban disminución de la autonomía territorial y materializaban, según el caso, una recentralización y la relación interadministrativa de coordinación –incluidos mecanismos informales–.

Se sostuvo a su vez que lo anterior no conllevaba directamente a un desconocimiento de la autonomía territorial debido al amplio margen de acción del legislador, la garantía a los entes locales de campo competencial para la gestión de sus intereses trascendía al interés general de toda población y además se lograba un resultado satisfactorio a la luz sus fines, los principios orientadores y la necesaria capacidad y coordinación. Sin embargo, debía potencializarse las formas de participación y siempre, preservarse la legalidad de las fuentes en las restricciones que se impusieran.

El desarrollo del trabajo investigativo permitió demostrar la hipótesis en tanto que las funciones normativas de CCE traducen una disminución de las competencias y del ámbito discrecional de las entidades territoriales, en consecuencia, de su autonomía, entendida como la toma de decisiones para la gestión de sus intereses.

En forma particular se estableció que los AMP e instrumentos de agregación de demanda comportan una recentralización de funciones y la expedición de manuales, guías y circulares, al igual que la adopción de documentos estandarizados, la relación interadministrativa de coordinación –incluidos mecanismos informales–.

A su vez, de su análisis a la luz de los fines de la contratación estatal, los principios en la materia, así como de la función administrativa y la necesaria capacidad y coordinación se obtuvo resultado satisfactorio.

El estudio realizado permitió evidenciar que pese a la autonomía de la cual gozan las entidades territoriales, su límite en el Estado unitario por la Constitución y la ley las ubica en posición de desventaja para la determinación precisa de sus competencias, pues las atribuciones fijadas por la Carta son mínimas y el margen de acción del legislador amplio, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020.

Se concluyó la adecuación a la Constitución tanto de la situación previa a las funciones normativas de CCE, en la cual se exaltaba su autonomía y discrecionalidad, como de la actual a raíz del ejercicio de sus atribuciones y que disminuyen su contenido. Al efecto, el legislador goza de amplia iniciativa y las entidades locales han conservado competencias para la gestión de sus intereses.

Debido al carácter de la autonomía territorial como principio, ha cedido campo de acción frente al de unidad; sin embargo, dado su alcance de proyección normativa se debe potencializar y garantizar la participación de los entes locales en las funciones recentralizadas y aquellas objeto de la relación interadministrativa de coordinación.

Así se logrará una correcta adecuación para la satisfacción de sus necesidades, respuestas acordes con la realidad cambiante y que además no se conviertan en mandatos inconsultos que lleven a relaciones contractuales asfixiantes. Esto es, precisamente las causas que motivaron la expedición de la Ley 80 de 1993 en condición de ley de principios, nada más alejado a la situación actual por cuenta de las reformas del legislador.

Bibliografía

Legislación:

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política.* , (1991).

Congreso de la República. *Ley 80 de 1993.* , (1993).

Congreso de la República. *Ley 136 de 1994.* , (1994).

Congreso de la República. *Ley 489 de 1998.* , (1998).

Congreso de la República. *Ley 1150 de 2007.* , (2007).

Congreso de la República. *Ley 1454 de 2011.* , (2011).

Congreso de la República. *Ley 1551 de 2012.* , (2012).

Congreso de la República. *Ley 1753 de 2015.* , (2015).

Congreso de la República. *Ley 1755 de 2015.* , (2015).

Congreso de la República. *Ley 1882 de 2018.* , (2019).

Congreso de la República. *Ley 1955 de 2019.* , (2019).

Congreso de la República. *Ley 1962 de 2019.* , (2019).

Gobierno Nacional. *Decreto 1222 de 1986.* , (1986).

Gobierno Nacional. *Decreto 1333 de 1986.* , (1986).

Gobierno Nacional. *Decreto 3620 de 2004.* , (2004).

Gobierno Nacional. *Decreto 1510 de 2013.* , (2013).

Gobierno Nacional. *Decreto 1082 de 2015.* , (2015).

Gobierno Nacional. *Decreto 342 de 2019.* , (2019).

Gobierno Nacional. *Decreto 2096 de 2019.* , (2019).

Gobierno Nacional. *Decreto 594 de 2020.* , (2020).

Jurisprudencia:

Consejo de Estado. *Sentencia circulares.* , N.º 05001-23-33-000-2012-00533-01 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 27 de noviembre de 2014).

Consejo de Estado. *Sentencia circulares.* , N.º 11001-03-24-000-2006-00394-00 (Sala de lo contencioso administrativo. Sección Primera 4 de febrero de 2016).

Consejo de Estado. *Auto medida cautelar circular.* , N.º 11001-03-26-000-201700031-00 (58820) (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 14 de agosto de 2017).

Consejo de Estado. *Auto suspensión provisional.* , N.º 11001-03-26-000-2016-0001500 (56165) (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A 18 de abril de 2017).

Consejo de Estado. *Sentencia AMP.* , N.º 11001-03-26-000-2016-00016-00 (56166) (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C 16 de agosto de 2017).

Consejo de Estado. *Auto resuelve súplica.* , N.º 11001-03-26-000-2016-00017-00 (56307)A (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. 19 de julio de 2018).

Consejo de Estado. *Sentencia circulares.* , N.º 11001-3-25-000-2011-00290-00 (1087-11) (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B 26 de julio de 2018).

Consejo de Estado. *Sentencia funciones CCE.* , N.º 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055) (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. 11 de abril de 2019).

Consejo de Estado. *Auto autorización de las asambleas para contratar.*, N.º 50001-2333-000-2017-00266-01 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 30 de enero de 2020).

Corte Constitucional. *C-738 de 2001.* , D-3250 (Corte Constitucional 11 de julio de 2001).

Corte Constitucional. *C-949 de 2001.* , D-3277 (Corte Constitucional 5 de septiembre de 2001).

Corte Constitucional. *C-894 de 2006.* , D-6206 (Corte Constitucional 1º de noviembre de 2006).

Corte Constitucional. *C-507 de 2008.* , D-6987. (Corte Constitucional 21 de mayo de 2008).

Corte Constitucional. *C-748 de 2011.* , PE-032. (Corte Constitucional 6 de octubre de 2011).

Corte Constitucional. *Sentencia C-004/17.* , D-11460 (Corte Constitucional 18 de enero de 2017).

Corte Constitucional. *SU-095/18.* , T-6.298.958 (Corte Constitucional 11 de octubre de 2018).

Corte Constitucional. *Auto.* , D-13480 (Corte Constitucional 4 de octubre de 2019).

Corte Constitucional. *Auto.* , D-13480 (Corte Constitucional 22 de octubre de 2019).

Corte Constitucional. *Sentencia.* , D-12637 (Corte Constitucional 15 de abril de 2020).

Doctrina:

Agencia de Renovación del Territorio. (2019). Plan 50/51. Recuperado 24 de noviembre de 2019, de http://www.renovacionterritorio.gov.co/especiales/plan_50_51/

Arozamena, L., & Weinschelbaum, F. (2010). *Compras Públicas: Aspectos Conceptuales y Buenas Prácticas. Universidad Nacional de San Martín*, 60.

Bank, T. W. (2005). *Colombia—Informe del diagnóstico de la adquisiciones del país—CPAR update report* (N.º 33260; pp. 1-82). Recuperado de The World Bank website: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/725141468241451864/Colombia-Infomedel-diagnostico-de-la-adquisiciones-del-pais-CPAR-update-report>

Benavides, José Luis. (2004a). Libertad. En *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. (2a ed., pp. 163-218). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, José Luis. (2004b). Restricciones a la libertad de contratar. En *El Contrato Estatal Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. (2a ed., pp. 263-318). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, José Luis. (2008). Reforma de la Ley 80 de 1993: Mucho Ruido y Pocas Nueces, La. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 1-52.

Benavides, José Luis. (2014). Potestad reglamentaria en contratación pública. En *Contratos públicos. Estudios* (1ra ed.). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, José Luis. (2016). Tendencias generales de la contratación pública en América Latina. En José Luis Benavides & P. Moreno Cruz (Eds.), *La contratación Pública en América Latina* (1ra ed., pp. 49-72). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, José Luis. (2017). Influencia internacional en la contratación estatal. En A. Montaña Plata & J. I. Rincón Córdoba (Eds.), *Contratos públicos: Problemas*,

perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (1ra ed., pp. 824-872). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, José Luis, Expósito Vélez, J. C., Ibagón Ibagón, M. L., & Safar Díaz, M. S. (2016). Informes Nacionales. En José Luis Benavides & P. Moreno Cruz (Eds.), *La contratación pública en América Latina* (1ra ed., pp. 274-273). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

BID. (2018). *DIA / Mejor gasto para mejores vidas* (A. Izquierdo, C. Pessino, & G. Vuletin, Eds.). Recuperado de <https://flagships.iadb.org/es/DIA2018/Mejor-Gasto-para-Mejores-Vidas>

Bonilla Prieto, A. (2019). Etapa de selección. En Duque Botero J. D. & Vanegas Vidal L. F. (Dir.), *GPS Contratación Pública. Guía Profesional* (1ra ed., pp. 536-715). Bogotá D. C.: Tirant lo blanch.

Cassagne, J. C. (1975). Las relaciones interadministrativas. *Revista chilena de derecho*, 2(3), 223-231.

Cassagne, J. C. (2009). Principios jurídicos de la organización administrativa. En *Derecho Administrativo: Vol. I* (Novena, pp. 247-276). Bogotá D. C. y Buenos Aires: Universidad Javeriana y AbeledoPerrot S.A.

Castillo Parrilla, J. A. (2018). *El contrato marco de suministro (un contrato flexiseguro)* (Universidad de Granada). Recuperado de <http://digibug.ugr.es/handle/10481/54754>

Castro Lozano, A. C. (2015). *La discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones en la licitación pública* (Maestría). Universidad del Rosario, Bogotá D. C.

Castro Cuenca, C. (2011). Transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación estatal. En Araujo Oñate, R (Ed.), *La Ley 1150 de 2011 ¿una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* (pp. 13-39), Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

CCE. (2014). Circulares. Recuperado 7 de noviembre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/circulares>

CCE. (2015, septiembre 21). Objetivos institucionales. Recuperado 29 de octubre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/colombia-compra/colombia-compraeficiente/objetivos-institucionales>

CCE. (2017a). Documentos Tipo para vías terciarias para la paz y el postconflicto. Recuperado 24 de noviembre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/documentos-tipo-para-vias-terciarias-para-lapaz-y-el-postconflicto>

CCE. (2017b). Vías Terciarias para la Paz y el Postconflicto. Recuperado 24 de noviembre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-documentos-tipo/vias-terciariaspara-la-paz-y-el-postconflicto>

CCE. (2018a). Manuales y guías. Recuperado 24 de noviembre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegostipo/manuales-y-guias>

CCE. (2018b). *MAPS*. Recuperado de CCE website: <https://www.colombiacompra.gov.co/transparencia/maps>

CCE. (2019a). Acuerdos Marco. Recuperado 29 de octubre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntasfrecuentes/acuerdos-marco>

CCE. (2019b). Circulares. Recuperado 24 de noviembre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/circulares>

CCE. (2019c). Histórico TVEC. Recuperado 23 de noviembre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estadocolombiano/historico-tvec>

CCE. (2019d). Proyectos tipo—DNP. Recuperado 24 de noviembre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guiasy-pliegos-tipo/dnp>

CCE. (2019e). ¿QUÉ PUEDE COMPRAR POR MEDIO DE LOS ACUERDOS MARCO? Recuperado 31 de octubre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/acuerdos-marco>

CCE. (2019f). ¿QUÉ PUEDE COMPRAR POR MEDIO DE LOS ACUERDOS MARCO? Recuperado 31 de octubre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/acuerdos-marco>

CCE. (2019g, marzo 29). Documentos Tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte. Recuperado 1 de diciembre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipopara-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte>

CCE. (s. f.). Grandes superficies. Recuperado 29 de octubre de 2019, de Colombia Compra Eficiente website: <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estadocolombiano/grandes-superficies>

CCE. (2020). DOCUMENTOS TIPO PARA PROCESOS DE MÍNIMA CUANTÍA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE. Recuperado 8 de junio de 2020, de Colombia Compra Eficiente website: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/cce-eicp-gi-07_guia_documentos_tipo_minima_cuantia_1.pdf

CCI. (2019). Cámara Colombiana de la Infraestructura. Recuperado 1 de diciembre de 2019, de <http://www.infraestructura.org.co/2017/index.php?id=70&idnotah=1124&seccional=1>

Chávez Marín, A. R. (2012). Los acuerdos interorgánicos y las relaciones interorgánicas e interadministrativas. En *Los convenios de la administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual*. Recuperado de <https://app-vlexcom.ez.urosario.edu.co/?r=true#CO/search/jurisdiction:CO/Los+acuerdos+interorg%C3%A1nicos+y+las+relaciones+interorg%C3%A1nicas+e+interadministrativas/CO/vid/426371994>

CONPES. (2002). *CONPES 3186 DE 2002*. Recuperado de CONPES website: <https://www.ani.gov.co/conpes-3186-de-2002>

CONPES. (2003a). *CONPES 3248 DE 2003* (N.º 3248). Recuperado de CONPES website: <https://www.ani.gov.co/conpes-3248-de-2003>

CONPES. (2003b). *CONPES 3249 DE 2003* (N.º 3249). Recuperado de CONPES website: <https://www.ani.gov.co/conpes-3249-de-2003>

CONPES. (2014). *CONPES 3822 de 2014*. Recuperado 7 de noviembre de 2019, de Portal ANI website: <https://www.ani.gov.co/conpes-3822-de-2014>

CONPES. (2016). Documentos CONPES. Recuperado 7 de noviembre de 2019, de <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentosconpes/Paginas/documentosconpes.aspx#Default={%22k%22:%22ConpesNumero:3867%20OR%20Title:3867%22}>

Corporación Transparencia por Colombia. (2019). Así se mueve la corrupción. Radiografía de los hechos de corrupción en Colombia 2016-2018. Recuperado de: <https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-CiudadanoCorrupcion-18.pdf>.

Covilla Martínez, J. C. (2017). *La relación interadministrativa de coordinación y la garantía de la autonomía local*. Universidad de Barcelona, Barcelona.

Covilla Martínez, J. C. (2019a). El soft law como instrumento para dirigir al gobierno local. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 97-110. <https://doi.org/10.24965/reala.i12.10693>

Covilla Martínez, J. C. (2019b). Relaciones que ponen en tensión la autonomía: Jerarquía, control y coordinación. En J. A. Pimiento Echeverri, *Las Transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo: Vol. III* (1ra ed., pp. 537-570). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Cuesta, R. E. (1986). Las relaciones interadministrativas. *Autonomies: revista catalana de dret públic*, (5), 71-80.

Davila Vinuesa, L. G. (2016). Antecedentes de la Ley 80 de 1993 y posteriores modificaciones. En *Régimen jurídico de la contratación estatal* (3a ed., pp. 1-23). Bogotá D. C.: Legis.

DNP. (2011). Bases del Plan Nacional De 2010—2014. Recuperado 27 de octubre de 2019, de <https://www.dnp.gov.co/PlanNacionaldeDesarrollo/PND20102014/Paginas/Plan-Nacional-De-2010-2014.aspx>

DNP. (2019a). DNP. Contratos plan. Recuperado 7 de noviembre de 2019, de <https://www.dnp.gov.co/Contratos-Plan/Paginas/ContratosPlan.aspx#>

DNP. (2019b). Listado de Proyectos Tipo. Recuperado 24 de noviembre de 2019, de https://proyectostipo.dnp.gov.co/index.php?option=com_jak2filter&view=itemlist&category_id=32&isc=0&Itemid=191

Dromi, J. R. (1978). Organización de la actuación administrativa. En *Instituciones de Derecho Administrativo* (pp. 427-462). Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.

Dromi, J. R. (1995). Pliego de condiciones. En *Licitación Pública* (2da ed., pp. 245274). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Duque Botero, J. D. (2018). Aproximaciones generales sobre la contratación pública estratégica. En *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva* (1a ed., pp. 37-99). Bogotá D. C.: Tirant lo blanch y Universidad del Rosario.

Escobar Gil, R. (1999). Preparación de los contratos. En *Teoría general de los contratos de la administración pública* (1ra ed., pp. 63-94). Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.

Estrada Sánchez, J. P. (2008). Contratación Estatal: Reina la Incertidumbre. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 1-4.

Estupiñán Achury, L. (2011). *Federalismos unitarios: Constitución paradigmática y nuevos federalismos*. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/17966>

Estupiñán Achury, L. (2012). *Desequilibrios territoriales estudio sobre la descentralización y el ordenamiento territorial Colombiano. Una mirada desde el nivel intermedio de gobierno*. Editorial Universidad del Rosario Ediciones Doctrina y Ley.

Estupiñán Achury, L. (2016). Otra vez. El Estado unitario. La reiterada fórmula de la organización territorial en Colombia. En H. A. Arenas Mendoza (Ed.), *Instituciones de Derecho Administrativo: Vol. Uno* (pp. 171-196). Bogotá D. C.: Ibañez y Universidad del Rosario.

Expósito Vélez, J. C. (2018). La contratación estatal: Particularidades alrededor de las entidades territoriales. En P. Robledo Silva, H. Santaella Quintero, & J. C. Covilla Martínez (Eds.), *Derecho de las entidades territoriales* (1a ed., pp. 493-495). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Expósito Vélez, J. C. (2019). Autonomía de la voluntad, competencias regladas y discrecionales en el contrato estatal. En H. Santaella Quintero, *Las Transformaciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo: Vol. II* (1ra ed., pp. 109-166). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Fajardo Gómez, M. (2002). Marco conceptual. En *Misión de contratación. Hacia una política para la eficacia y la transparencia en la contratación pública: Vol. I* (1ra ed., pp. 15-21). Bogotá D. C.: Giro Editores Ltda.

Fandiño, M. B. (2018). Reflexiones sobre los contratos marco. *Vniversitas*, 67(136), 1-19. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.rscm>

Fernández de Losada, A. (2015). Documento Base. En E. Valenzuela Van Treek (Ed.), *Descentralización ya. Conceptos, historia y agenda* (pp. 25-49). Chile: RIL Editores.

Forero Ramírez, J. C., & Ospina Perdomo, J. M. (2017). Evolución histórica de la contratación estatal y su regulación en el derecho administrativo. En *Aspectos penales de la contratación estatal* (1a ed., pp. 35-78). Bogotá D. C.: Grupo Editorial Ibañez y Editorial Universidad del Rosario.

Gobierno Nacional, S. (2015b). Normativa. Recuperado 6 de noviembre de 2019, de https://proyectostipo.dnp.gov.co/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=174&Itemid=248

Gómez Lee, I. D., Castro Forero, J. S., Robayo Ladino, M., Gaona Cruz, S., Velandia Castro, D., Psiciotti Blanco, E., ... Moreno Amaya, S. (2019). *El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios a la Ley 1882 de 2018 y al Decreto 1082 de 2015 actualizado por el Decreto 342 de 2019*. Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.

González López, E. (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal* (1ra ed.). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Gordillo, A. (2000). Clasificación de los entes públicos. En *Tratado de Derecho Administrativo: Vol. I* (Fundación de Derecho Administrativo, pp. XIV1-XIV34). Buenos Aires.

Henaó Hidrón, J. (2009). El municipio en Colombia. En *El poder municipal* (14.^a ed., pp. 47-336). Medellín: L. VIECO E HIJAS LTDA.

Hernández Becerra, A. (2001). *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Becerra, A. (2010). Autonomía territorial y derecho a gobernarse por autoridades propias. En L. Estupiñan Achury & J. Gaitán Bohórquez (Eds.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*. Bogotá D. C.: Universidad del Rosario.

Ibagón, M. L. (2015). Capítulo preliminar. En *El principio de estado de derecho y los contratos estatales. La forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*. (1a ed., pp. 27-50). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Manrique Reyes, A. (2010). Organización del Estado colombiano. En *Fundamentos de la organización y del funcionamiento del Estado colombiano* (Segunda, pp. 91-36). Bogotá D. C.: Dike y Universidad del Rosario.

Marín Hernández, H. A. (2007). El concepto de discrecionalidad administrativa. En *Discrecionalidad administrativa* (1ra ed., pp. 139-288). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Marín Hernández, H. A. (2008). Naturaleza Jurídica de las Facultades de la Administración para Confeccionar Pliegos de Condiciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 1-18.

Martínez Jurado, D. M. (2018). El Soft Law en Derecho Administrativo y su Control Judicial en Colombia Control de la Actividad Administrativa. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 289-344.

Matallana Camacho, E. (2015). Disposiciones generales. En *Manual de Contratación de la Administración Pública* (4a ed., pp. 131-274). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Molina Betancur, C. M. (2004). Jurisprudencia constitucional y territorio. En *Organización del territorio. Teoría, enfoques y tendencias* (pp. 133-171). Bogotá D. C.: Universidad Libre.

Montealegre Franco, J. R. M. (2018). *ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DECRETO LEY 4170 DE 2011 POR EL CUAL SE CREA LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - COLOMBIA COMPRA EFICIENTE*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D. C.

Neira Gaitán, H. L. (2018). Principios de la contratación pública en la nueva ley 1882 de 2018 (Colombia) y especial referencia comparativa con la ley 9 de 2017 (España)". *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (16), 149-200.

Neira Ruiz, G. S. (2019). Compra pública electrónica. En Duque Botero J. D. & Vanegas Vidal L. F. (Dir.), *GPS Contratación Pública. Guía Profesional* (1ra ed., pp. 1241-1304). Bogotá D. C.: Tirant lo blanch.

Núñez Aldana, S. M. (2019). Partícipes de la compra pública. En Duque Botero J. D. & Vanegas Vidal L. F. (Dir.), *GPS Contratación Pública. Guía profesional* (1ra ed., pp. 229-302). Bogotá D. C.: Tirant lo blanch.

OCCP. (2019). Observatorio Colombiano de Contratación Pública | OCCP. Recuperado 28 de octubre de 2019, de <http://www.occp.co/que-es-el-occp>

OCDE. (2013). La OCDE establece una hoja de ruta para la adhesión de Colombia—

OECD. Recuperado 26 de octubre de 2018, de <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocdeestableceunahojaderutaparalaadhesiondecolumbia.htm>

OCDE. (2014). *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. Colombia: La implementación del buen gobierno* (p. 512). Recuperado de OCDE website: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202351-es>

OCDE. (2016). Towards Efficient Public Procurement in Colombia | READ online. Recuperado 20 de octubre de 2018, de OECD iLibrary website: https://read.oecdilibrary.org/governance/towards-efficient-public-procurement-incolombia_9789264252103-en

OECD. (2017). *ESTUDIOS DE LA OCDE SOBRE GOBERNANZA PUBLICA ESTUDIO DE LA OCDE SOBRE INTEGRIDAD EN COLOMBIA ...: Invirtiendo en integridad pública para afianzar*. Place of publication not identified: ORGANIZATION FOR ECONOMIC.

Olmeda, J. C., & Armesto, A. (2017). La recentralización y los gobernadores: ¿por qué no siempre se oponen? Analizando el caso de México / Recentralization and State Governors: Why Are They Not Always Opposed? Analyzing the case of Mexico / La recentralisation et les gouverneurs: pourquoi ceux-ci ne la refusent-ils pas invariablement? Le cas du Mexique. *Foro internacional*, (1), 109. <https://doi.org/10.24201/fi.v57i1.2360>

Pablo Zapatero, M. (2014). La transformación del Estado en un nicho de mercado: Disciplinas globales de la contratación pública. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 1-19.

Parejo Alfonso, L. (2007). Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas. *Revista de administración pública*, (174), 161-191.

Pavani, G., & Ragone, S. (2010). Tendencias y características de la descentralización en Europa: Reflexiones comparadas sobre la autonomía territorial. En L. Estupiñán Achury & J. Gaitán Bohórquez (Eds.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas* (pp. 25-58). Bogotá D. C.: Universidad del Rosario.

Pérez Coronado, C. (2016). *Contratación y compras públicas: Fuerza vinculante de los instrumentos expedidos por la Agencia Colombia Compra Eficiente* (Tesis de maestría). Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C.

Pérez Escobar, J. (2004). Características ideológicas y técnico-administrativas de nuestra Constitución. En *Derecho constitucional colombiano* (pp. 22-49). Bogotá D. C.: Temis S. A.

Pessino, C., & Calderón Ramírez, A. C. (2019, julio 11). ¿Cómo avanzar en la reforma de las compras y contrataciones públicas en América Latina y el Caribe? [Institucional: BID]. Recuperado 11 de octubre de 2019, de Gestión fiscal website:

<https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/como-avanzar-en-la-reforma-de-las-compras-y-contrataciones-publicas-en-america-latina-y-el-caribe/>

Plata, A. M. (2015). La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la administración pública. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 13, 27-43.

PROVEEDORES_MAYO1.pdf. (s. f.). Recuperado de http://www.infraestructura.org.co/2017/public/docs/proveedores/PROVEEDORES_MAYO1.pdf

Ramírez Plazas, J. (2008). Procesos de selección. En *Estatuto de contratación de la administración pública. Leyes 80 y 1150 de 2007* (1ra ed., pp. 18-76). Bogotá D. C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Ramírez Rusinque, I. A. R. (2014). Menor Valor: Oferta Mas Favorable Contratación Estatal. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 209-251.

Rincón Córdoba, J. I. (2018a). Las relaciones que se presentan en el interior de la administración pública. En *Teoría de la organización administrativa en Colombia* (Primera, pp. 151-248). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Rincón Córdoba, J. I. (2018b). La llamada autonomía sustentada en razones territoriales: La opción constitucional colombiana de dar protagonismo al municipio. En *La teoría de la organización administrativa en Colombia* (pp. 249-280). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Robledo Silva, P. (2006). Hacia la Construcción de un Concepto de Autonomía Territorial en la Constitución Colombiana. *Revista Derecho Del Estado*, 127-152.

Robledo Silva, P. (2010). *La autonomía municipal en Colombia*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, L. (2017). Fundamentos de la organización administrativa. En *Derecho administrativo general y colombiano* (20.^a ed., p. 536). Bogotá D. C.: Temis S. A.

Rodríguez, L. (2018). *Estructura del poder público en Colombia* (15.^a ed.). Bogotá D. C.: Temis S. A.

Rodríguez Tamayo, M. F. (2015). Los procesos de selección del contratista. En *Los contratos estatales en Colombia* (2da ed., pp. 125-194). Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Safar Díaz, Mónica Sofía. (2016). ¿Hay ventajas en el mecanismo de subasta para la contratación pública en Colombia? | Revista Digital de Derecho Administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (15), 273-293.

Safar Díaz, Mónica Sofía. (2018). La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (19). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6206363>

Sánchez Torres, A. (2012). Una cita acordada: La ciencia de la administración al encuentro con el derecho territorial. En *Las normas del derecho blando. Un análisis de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial* (1ra ed., pp. 29-86). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Santaella Quintero, H. (2017). El doble nivel vinculante y no vinculante, de la reglamentación en la contratación pública en Colombia. En A. Montaña Plata & J. I. Rincón Córdoba (Eds.), *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas* (1ra ed., pp. 783-822). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Santaella Quintero, H. (2019). Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia: En tránsito hacia un ordenamiento jurídico administrativo menos jerárquico, menos rígido, menos formal y menos estatal. En J. I. Rincón Córdoba, *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo: Vol. I* (1ra ed., pp. 87-198). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (2002). Ausencia de un organismo rector de la política de contratación pública. ¿Resulta conveniente instituir una autoridad específica que se encargue de fijar políticas, de armonizar normas y de centralizar reglamentaciones en materia de contratación estatal? En *Misión de contratación. Hacia una política para la eficacia y la*

transparencia en la contratación pública: Vol. I (pp. 23-35). Bogotá D. C.: Giro Editores Ltda.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Los contratos estatales. Complejidades para su estructuración unívoca. En *Compendio de Derecho Administrativo* (1a ed., pp. 589-740). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Santos Rodríguez, J. E. (2009). Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. En José Luis Benavides & J. O. Santofimio Gamboa (Eds.), *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007* (1ra ed.). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Santos Rodríguez, J. E. (2018). Las facultades reglamentarias de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (19). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6206369>

Sarria, C. (2015). Agencias son Unidades Administrativas Especiales, Las. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 237-254.

Sayagués Laso, E. (1986). La organización administrativa. En *Tratado de Derecho Administrativo* (pp. 154-254). Montevideo.

Sierra Cadena, G. (2009). *El juez constitucional: Un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*. Recuperado de <http://web.a.ebscohost.com.ez.urosario.edu.co/pfi/detail/detail?vid=1&sid=d477a240-f18d-4e46-b69b-73904866503e%40sessionmgr4006&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1wZmktbGl2ZQ%3d%3d#AN=edp1331199&db=edspub>

Suárez Beltrán, G. (2014). De la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización (Ctucus). En *Estudios de derecho contractual público* (1ra ed., pp. 69-108). Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.

Suelt-Cock, V. (2008). La organización territorial colombiana frente a la tendencia contemporánea de configuración federal. *Estudios Socio-Jurídicos*, 10(1), 158-200.

Valencia Tello, D. C., & De Chueiri, V. K. (2014). Descentralización y recentralización del poder en Colombia. La búsqueda de equilibrios entre la nación y las entidades territoriales. *Díkaion*, Vol 23, Iss 1, Pp 171-194 (2014), (1), 171.

Valencia Tello, D. C., & Duque Botero, J. D. (2017). La contratación pública para la innovación. En M. A. Restrepo Medina (Ed.), *Derecho administrativo. Reflexiones contemporáneas* (1ra ed., pp. 57-86). Recuperado de <https://app-vlexcom.ez.urosario.edu.co/?r=true#CO/search/jurisdiction:CO/La+contrataci%C3%B3n+p%C3%ABblica+para+la+innovaci%C3%B3n/CO/vid/726349973>

Velasco Caballero, F. (2018). Autonomía territorial desde una visión comparada. En P. Robledo Silva, H. Santaella Quintero, & J. C. Covilla Martínez (Eds.), *Derecho de las entidades territoriales* (pp. 21-54). Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Zarate Pérez, A. R. (2012). Clausula General de Competencia de los Entes Territoriales en Materia Económica, La. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 11-44.