



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA IMPLEMENTACIÓN DEL “SOFT LAW” O DERECHO BLANDO EN EL
SISTEMA GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL.**



DANIEL EDUARDO SARMIENTO SANCHEZ

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ - 2015**



UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO – BOGOTÁ D.C.
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ii

**LA IMPLEMENTACIÓN DEL “SOFT LAW” O DERECHO BLANDO EN EL
SISTEMA GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL.**

Proyecto de Monografía de Grado



**Doctor DIEGO GERMAN PÉREZ VILLAMARIN
Profesor Especialización Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ - 2015**



TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	4
PROBLEMA	6
JUSTIFICACIÓN	6
OBJETIVOS.....	8
OBJETIVO GENERAL.....	8
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	8
METODOLOGIA.....	9
CAPÍTULO 1.....	11
EL NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y LOS ACUERDOS MARCO DE PRECIO.....	11
1.1. MARCO NORMATIVO Y ESTADO ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.....	12
CAPÍTULO 2 EL “SOFT LAW” O DERECHO BLANDO.....	16
2.1. DEFINICIÓN DE “SOFT LAW” O DERECHO BLANCO.....	16
2.2. CARACTERÍSTICAS DEL "SOFT LAW".....	18
2.3. EL "SOFT LAW" DENTRO DEL ORDENAMIENTO LEGAL COLOMBIANO Y SUS ALCANCE REGULATORIOS FRENTE A LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	20
CAPÍTULO 3 RÉGIMEN LEGAL DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE.....	24
MARCO NORMATIVO.....	24
3.1. FACULTADES LEGALES DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE PARA LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	25
3.2. NATURALEZA DE LOS INSTRUMENTOS EMITIDOS POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE PARA LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	27
CAPÍTULO 4 4.1. APLICACIÓN DEL “SOFT LAW” A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS EMITIDOS POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	29
CAPÍTULO 5 CONCLUSIONES	32
LISTA DE REFERENCIAS.....	34



INTRODUCCIÓN.

Teniendo en cuenta el cambio y transformación que viene desarrollando la Contratación Pública del país en los últimos cinco (05) años, donde adicionalmente al cambio de normas, como el Decreto 734 de 2012, que reguló la Contratación Pública, y adicionalmente, desarrolló la compilación de aproximadamente 27 normas existentes sobre la materia, y posteriormente la aparición del Decreto Reglamentario 1510 de 2013, el cual nuevamente unificó normas de Contratación Públicas, y desarrolló trajo un nuevo procedimiento para la adquisición de bienes y servicios por la entidades estatales, el cual fue desarrollado desde la ley 1150 de 2007, pero hasta ahora aplicado, teniendo en cuenta que anteriormente no se contaba con una entidad del estado para desarrollar los denominados Acuerdo Marco de Precios.

Los mencionados Acuerdos Marco de Precio, se encuentran en un primerísimo momento de desarrollo, ya que son una innovación en el Sistema de Compras estatales de Colombia; de igual forma, son desarrollados por entidad pública recién creada y en proceso de acoplamiento con el ordenamiento jurídico, de la categoría de Agencia Nacional, conocida y nombrada como Colombia Compra Eficiente¹, cuya finalidad, entre otras, es lograr los acuerdos marco necesarios con los proveedores de bienes y servicios, para que los mismo puedan suministrar y proveer de una forma mucho más ágil y eficiente a las entidades públicas de país.

¹ Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011.



De igual manera, el Decreto Ley 4170 de 2011, estableció entre otras funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, la 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 una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado².

Conforme a lo anterior, en el desarrollo de sus funciones, El recién conformado – aproximadamente 4 años – Colombia Compra Eficiente, no solo ha desarrollado la estructura para el desarrollo de los Acuerdos Marco de Precio y su implementación en el Sistema General de Compras Públicas en Colombia, sino que adicionalmente ha desarrollado instrumentos (manuales, circulares, guías y procedimientos) que carecen de las facultades propias y naturales de las normas de derecho común, pero que desarrollan temas específicos y transversales de regulación dentro de la Contratación Pública aplicada por las diferentes entidades del Estado para cubrir sus necesidades mediante la adquisición de bienes y servicios..

El presente artículo, tiene por finalidad estudiar y analizar la influencia que en la actualidad ejercen los instrumentos jurídicos (manuales, circulares, guías y procedimientos) donde se regulan y establecen lineamientos y políticas de Contratación Pública, los cuales son emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta que dichos instrumentos regulan temas propios de la administración pública en materia de adquisición de bienes y servicios, así como tampoco se han derivado del trámite y transito legislativo de una norma convencional, ni proceden del legislador, mucho

² Art. 2, Decreto Ley 4170 de 2011



menos tienen fuerza vinculante para su aplicación, o para exigir el cumplimiento de sus regulaciones, pero que han ejercido gran influencia en el desarrollo de procesos de contratación estatal, aunque no cuentan con fuerza vinculante, ni obligatoriedad para exigir su aplicación .

PROBLEMA

El Problema que se plantea en el presente artículo, se encuentra en establecer como las estructuras y lineamientos contenidos dentro de distintos instrumentos jurídicos de menor rango a las normas comunes (circulares, conceptos, manuales y directrices) y emanados de una entidad pública, como lo es la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, influyen en el desarrollo de los procesos regulados por normas plenamente válidas y vigentes de la Contratación Estatal, y desarrollan interpretaciones y criterios de aplicación de procedimientos y conceptos, específicamente en la actividad de la contratación pública de bienes y servicios de las diferentes entidades del Estado.

JUSTIFICACIÓN

Se hace necesario analizar la influencia que tienen los diferentes instrumentos (Circulares, Manuales, conceptos y directrices) creados por la Agencia Nacional de Contratación pública – Colombia Compra Eficiente, frente al desarrollo de la Contratación Pública en Colombia, toda vez que los contenidos desarrollados en



dichos instrumentos, carecen de las facultades propias de una norma, por carecer de la cualidad de la exigibilidad y obediencia que si poseen las normas creadas bajo el procedimiento normativo establecido por el constituyente y el legislador, pero que conforme a la práctica y el desarrollo que se ha venido presentando en el Sistema de Contratación Pública, dichos instrumentos ha surgido como una interpretación o regulación a la normatividad ya creada, y a las entidades públicas, en aras de establecer dichos lineamientos, por lo cual se han venido desarrollando y transformado en una fuente “no formal” de derecho, emanada de una entidad rectora y regulando el ámbito de la Contratación Pública en el País.⁷

Por otra parte, es evidente que tanto operadores como participantes (proveedores y oferentes) de la Contratación Estatal Colombiana, han venido dando validez y aplicando cabalmente los lineamientos señalados en dichos instrumentos de *soft law*, lo cual ha venido dando mayor validez y aplicabilidad a instrumentos que no tienen fuerza vinculante, ni tampoco el carácter legal de norma.



OBJETIVOS.

OBJETIVO GENERAL.

1. Analizar la Influencia que presenta el Soft Law a través de las circulares, manuales, guías y conceptos desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra eficiente en el desarrollo de la Contratación Pública en Colombia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1. Establecer el concepto de Soft Law y su desarrollo en el ámbito internacional y en Colombia.
2. Identificar el alcance que tiene el Soft Law desarrollado por los instrumentos (guías, manuales, conceptos, instructivos) desarrollados por Colombia Compra eficiente en la Contratación Pública Colombiana.
3. Identificar el Estado Actual de la Contratación Pública en Colombia con relación a la aplicación al Soft Law desarrollado por Colombia Compra Eficiente.
4. Analizar el marco de validez y eficacia que presentan el Soft Law a través de los instrumentos (guías, manuales, conceptos, instructivos) dentro de la Contratación Pública Colombiana.



METODOLOGIA

La investigación propuesta se adelantará a partir de la recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones, estableciendo un objetivo de búsqueda que pueda entender el problema planteado en el presente artículo, realizar un análisis a partir de una visión jurídica, con el fin de lograr las respuestas las preguntas planteadas.

La investigación será experimental, ya que el objeto de estudio, aunque no es del todo desconocido, ha sido poco estudiado y por ende se posee poca información, igualmente no cuenta con muchos avances en el enfoque que se desarrolló en el presente documentos; Podemos identificar algunos parámetros y fundamentos teóricos se pretende investigar, el tema desde un punto jurídico que poco se ha profundizado en la práctica, ya que el planteamiento es novedoso y pretende contrastar conceptos jurídicos de derecho internacional, con los planteamiento de la realidad nacional respecto de la contratación pública, específicamente sobre las hipótesis planteadas que se pretender desarrollar.

Los recursos que se utilizarán para el desarrollo del artículo, serán básicamente los de consulta páginas de Internet y consultas de tipo bibliográficas, donde se han desarrollado las teorías principales para el análisis del problema planteado.



RESUMEN.

El presente artículo desarrolla la actual transformación que sufre el Sistema de Contratación Pública en Colombia con la implementación de los Acuerdos Marco de Precios, la modificación de las normas que regulan la Contratación estatal y sus procesos, por medio de Colombia Compra Eficiente como entidad reguladora de la actividad de Contratación Estatal del país, quien ha implementado a través de diferentes tipos de instrumentos y documentos que carecen de la naturaleza de normas (guías, manuales, directiva y/o lineamientos), conocidos en el ámbito del derecho y de manera general como “*soft law*”, las regulaciones de procesos, lineamientos generales e interpretaciones de los elementos y requisitos exigidos en la contratación Estatal; Lo anterior, teniendo en cuenta que, aunque los mencionados instrumentos no emanan del poder legislativo, han venido adquiriendo obligatoriedad, convirtiéndose en disposiciones con fuerza vinculante muy aproximada a la de las normas, adquiriendo así una naturaleza de regulación de referencia para el desarrollo de los procesos contractuales de las entidades públicas del País.

Es así, como a través del presente artículo, se analizará la fuerza vinculante de dichos instrumentos y la influencia que han desarrollado al interior del sistema normativo que regula la Contratación Estatal Colombiano, así como, su influencia en la ejecución de los procesos contractuales por parte de las Oficinas de Contratación de las diferentes entidades públicas.

PALABRAS CLAVES (KEYWORDS)

- ✓ *Soft Law, Derecho Blando, Contratación Estatal, Colombia Compra Eficiente. Derecho Administrativo. Derecho comercial.*



CAPÍTULO 1

EL NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y LOS ACUERDOS MARCO DE PRECIO.

El modelo de Contratación Pública Estatal en Colombia, ha sufrido grandes cambios desde la creación de una Agencia Nacional de Contratación Pública en el año 2011, la desaparición de la Comisión Intersectorial de Contratación Pública, creada en el 2004³, hasta la implementación de nuevos modelos y procedimientos para la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas como es el caso de los Acuerdos Marco de Precio, ha creado una inestabilidad estructural, normativa y procedimental en todo el Régimen de Contratación Pública del País.

Adicionalmente a estos cambios, encontramos uno de gran trascendencia inmerso entre líneas en el artículo 2 del Decreto 4170 de 2011, mediante el cual se le dio la facultad a Colombia Compra, como “ente rector” de los procesos de compra y contratación estatal. Teniendo en cuenta que el alcance de esta facultad otorgada no es claro, ya que puede realizar desde concepto, hasta establecer lineamientos y políticas públicas, las cuales ha venido desarrollando a través de toda clase de lo que denominaremos “instrumentos”⁴ autodenominados por la misma Colombia Compra como “Circulares, lineamientos, Guías y Manuales” los cuales se presentan como instrumentos alternativos ante la falta de regulación expresa por norma, y encaminando a operadores y participantes de régimen de contratación

³ Decreto 3620 de 2004

⁴ Por cuanto no tienen facultad de ser norma, según la regulación legal y constitucional vigente.



pública a acogerse plenamente a sus consideraciones y directrices emitidas a través de dichos instrumentos.

Los mencionados instrumentos, son conocidos en la doctrina del derecho como *normas blandas* o *soft law*., concepto que desarrollaremos más adelante, pero que por lo pronto indicaremos que su característica principal y diferenciadora radica en ser normas muy cercanas a la costumbre, ya que no emanan de autoridad legislativa, y su fuerza de obligatoriedad es casi nula, únicamente reforzada por la aceptación y efectividad que el receptor le quiera imprimir, pero que por su uso constante adquiere mayor vinculación y cumplimiento.

Para tener una visión periférica de la realidad de la Contratación Estatal es necesario revisar la transformación que ha sufrido el sistema contractual colombiano, el cual desarrollaremos a continuación.

1.1. MARCO NORMATIVO Y ESTADO ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.

Resulta indudable definir que las normas denominadas *soft law*, o como hemos decido llamarlo en el capítulo anterior “instrumentos”, no han desempeñado un papel preponderante en Colombia, y específicamente en el desarrollo del Sistema de Contratación público Colombiano. La anterior afirmación, es fácilmente verificable si observamos el desarrollo normativo en el tema de Contratación Pública de uno años atrás, donde se evidenciaba casi un centenar de normas (leyes, decretos, decretos reglamentarios, entre otros) que regulaban diferentes



aspectos de la contratación estatal, lo cual desarrollo un sistema desagregado y poco organizado el cual era difícil tanto para los operadores de las diferentes entidades públicas, como para los participante de dichos procesos articular e integrar todas las normas.

En los últimos cinco años, hemos experimentado cambios dramáticos en la normatividad de contratación estatal, el más claro es la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, donde se establecido desde un modelo muy diferenciador y único en nomenclatura de normas (ejemplo: Artículo 2.2.1.1.2.), hasta una sintonización y desarrollo articulado de todo el embrollo normativo que existía hasta el momento⁵. Lo anterior, en palabra de la Agencia Nacional de Contratación pública - Colombia Compra Eficiente, señala que el Decreto 734 de 2012 tiene un gran mérito que fue haber incluido en un solo cuerpo normativo cerca de 30 decretos⁶.

Dicha norma no duro mucho tiempo en vigencia, debido a que su numeración novedosa y su estructura por etapas, así como alguno vacíos que aparecieron en el desarrollo de procedimientos, ocasionaron su rápida extinción del ordenamiento jurídico colombiano, dándole paso al Decreto 1510 de 2013, el cual apareció como la norma equilibrada entre el exceso innovador del Decreto 734 de 2012, al

⁵Decreto 734 de 2012, Artículo 9.2. “El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, y deroga en su integridad las disposiciones vigentes de los Decretos números 679 de 1994, 287 de 1996, 2170 de 2002, 1896 de 2004, 2166 de 2004, 066 de 2008, 1170 de 2008, 2474 de 2008, 3460 de 2008, 4828 de 2008, 4444 de 2008, 4533 de 2008, 127 de 2009, 490 de 2009, 931 de 2009, 2025 de 2009, 2493 de 2009, 3806 de 2009, 3576 de 2009, 1039 de 2010, 1430 de 2010, 1464 de 2010, 2473 de 2010, 3844 de 2010, 4266 de 2010, 2516 de 2011, 3485 de 2011, así como las demás normas que le sean contrarias, y subroga aquellas reproducidas expresamente en el presente decreto.”

⁶http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/cce_introduccion_decreto1510_web.pdf - Departamento Nacional de Planeación “Decreto 1510 de 2013” por medio del cual se reglamenta el sistema de compra y contratación pública”, Pág. 03.



regresar a la tradicional nomenclatura normativa, y la falta de articulación e integralidad del amplísimo aparato normativo existente anterior al derogado Decreto 734 de 2012, es así como el Decreto 1510 de 2013, se pensó en una solución equitativa al ser un instrumento normativo con un lenguaje preciso y claro, así como un desarrollo procedimental concatenado, con un desarrollo normativo en sí mismo innovador, pues impulso de manera directa para su aplicación inmediata el Sistema de Compras por medio de los Acuerdo Marco de Precio, los cuales se encontraban creados desde hace mucho tiempo atrás pero sin regulación sobre su aplicabilidad⁷.

Hoy en día, y en menos de dos (02) años de vigencia⁸ del aclamado Decreto 1510 de 2013 (17 de julio de 2013), a menos de dos años de vigencia de la nueva norma, ésta fue derogada y suplantada por el Decreto 1082 de 2015 (26 de mayo)⁹ por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional. En un principio consideraríamos a que tendría que ser una nueva propuesta a los dos intentos, diríamos fallidos, de reglamentación de la actividad contractual pública, sin embargo, en los primeros aspectos de la norma prácticamente podemos evidenciar que: a) es una norma que vuelve al sistema de nomenclatura normativa traído por el ya derogado decreto 734 de 2012; así mismo, podemos observar como el nuevo decreto condensa un sin número de materias y asunto que no tienen correlación entre sí, unificando asuntos dentro de un mismo instrumento que no se articulan entre ellos mismos. Por último observamos en el nuevo Decreto 1082 de 2015, como

⁷ La ley 1150 de 2007, traía desarrollada la modalidad de contratación de Selección Abreviada de Bienes y Servicios con Características técnicas uniformes a través de los Acuerdo Marco de Precio en su literal (b) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007

⁸ Artículo 160 y 161 del Decreto 1510 de 2013

⁹ Decreto 1082 de 2015 del 26 de mayo de 2015



llanamente se procedió a transcribir las normas desarrolladas en el decreto ¹⁵
inmediatamente derogado.



CAPÍTULO 2

EL “SOFT LAW” O DERECHO BLANDO

El Soft Law o derecho blando, es conocido principalmente en el ámbito del Derecho Internacional, donde por su naturaleza de ser un derecho abstracto de regulaciones que deben ser consideradas y aplicada en modelos y estados distintos, donde una norma de regulación de relaciones, que no requiera de muchas aristas, ni requisitos, para adquirí validez entre las partes resulta ser un instrumento muy útil e idóneo, y esta facultad fácilmente se evidencia en el *Soft Law*.

En estas circunstancias podemos definir que el “*Soft Law o derecho blando*”, es conocido así, por su manera de creación, desarrollada de la transposición de *instrumentos*, conocidos habitualmente con denominaciones tales como: manuales, guías, directrices, conceptos, entre muchos otros, con tendencia a ser vinculantes, aunque en menor medida que una norma; Igualmente es conocido por su cualidad de ser un derecho volátil e inestable, y carecer de la facultad de obligatoriedad que cobija a las normas válidamente creadas, adicionalmente cuentan con una fuente no común al del resto de las normas.

2.1. DEFINICIÓN DE “SOFT LAW” O DERECHO BLANCO.

En primer lugar, debemos aclarar que no existe un concepto definido o claramente limitado de lo que puede desarrollarse o entenderse como “Soft Law”, o también



conocido como “derecho blando”, por su traducción al español, aunque también cuenta con multiplex acepciones como “derecho suave”, “derecho flexible”, entre otras, todas intentando acercarse a la definición más prudente que encierre todas las características de este tipo de regulación normativa.

Una de las definiciones que más se acercan y representan el *Soft Law*, es la desarrollada por el tratadista *Daniel Sarmiento, de donde toma la información.*, quien bajo dicho término encierra todos los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio, pero incorporados, de una forma u otra, en el sistema de fuentes¹⁰.

Una de las definiciones que más se acerca conceptualmente es la que señala que la expresión doctrinal *soft law*, ha sido definida como “serie de actos, no homogéneos en cuanto a origen y naturaleza, que, a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan, a través de distintas vías, jurídicamente relevantes. Se le considera “normas ligeras”, dúctiles o blandas, en el sentido de falta de eficacia obligatoria *per se*, carencia que no impide, sin embargo, que gocen de cierta eficacia jurídica gracias a la influencia que ejercen, derivada de su capacidad de persuasión sobre los Estados, las instituciones comunitarias y los individuos.¹¹ Posteriormente en el mismo texto, continúa manifestando que los actos de *soft law* se presentan como instrumentos alternativos al *hard law*, cuando no ha sido del todo definido el objetivo a ser alcanzado, o no se ha llegado

¹⁰ SARMIENTO, Daniel, La Autoridad del Derecho y la Naturaleza del Soft Law, en Cuadernos de Derecho Público, n.º 28, 2006, p. 223.

¹¹ http://www2.uca.es/grup-invest/sej-352/expert-UNIDAD_9_DE_MAYO_2005.pdf, *Soft Law* y derecho de extranjería.



a un consenso al respecto y resulta difícil promulgar reglas jurídicas. De este modo pueden funcionar como antesala de futuras normas de *hard law*.¹²

En conclusión, podemos definir que el *Soft Law* es un instrumento con connotación de norma (por cuanto regula una situación específica), con un carácter “blando” o suave en relación a su obligatoriedad, pero que dados sus contenidos y la especialidad con la que regula una cierta circunstancia, hace que sus contenidos sean válidos y poco eludibles, aunque no por ello significa que adquiera una obligatoriedad absoluta, ya que no cuenta con el elemento de obligatoriedad que respalda a las normas regulares, por lo cual su cumplimiento queda sujeto a su eficacia.

2.2. CARACTERÍSTICAS DEL "SOFT LAW"

Aunque el concepto por sus especiales características se define como un concepto jurídico de carácter indeterminado, teniendo en cuenta que el mismo no se encuentra diferenciado o establecido explícitamente en norma de derecho positivo, así como tampoco existe un criterio específicamente que desarrolle el “soft law”, este cuenta con una particularidades que se pueden identificar en su desarrollo teórico y práctico.

En un primer momento, encontramos que la primer característica esencial del “soft law o derecho blando” es su ausencia de obligatoriedad, esto debido a que conforme a la estructura organizacional y jerárquica de las normas, siguiendo el

¹² Ididem.



modelo kelseniano, los instrumentos (acuerdos, conceptos, circulares, guías, manuales), se encuentran en la base de la estructura, por lo cual no tienen fuerza coercitiva de acción, ni tampoco están al nivel de las normas en sentido estricto, o de resoluciones, por lo cual su aplicabilidad se convierte en un tema netamente discrecional.

De la anterior característica, se desprende la siguiente, la cual es evidente y consiste en que ante la ausencia de obligatoriedad de las normas o instrumentos de tipo “soft law”, se consideran instrumentos jurídicos no esenciales para el Ordenamiento Jurídico.

Para colocarlo en contexto, y como más adelante desarrollaremos, la ausencia de los instrumentos desarrollados por la Colombia Compra Eficiente, no se consideran necesarios dentro del ordenamiento, debido a que ante su falta de existencia, la legislación colombiana ya regula la materia, y no tendría variación alguna la ausencia de tales instrumentos en el desarrollo de la actividad de contratación pública en el País.

Una de las características que más a favor se encuentran de las normas tipo “soft Law”, son su carácter como criterio auxiliar o interpretativo, debido a que su falta de obligatoriedad permite que su aplicación no sea obligatoria, sin violentar el ordenamiento jurídico. Así mismo, su fácil desarrollo¹³ y creación hacen que desarrollen de una manera más práctica y eficiente aspectos dejados de lado por las normas, lo que les da una especial característica de regular aspectos diferentes y más profundos que no desarrollan las normas comunes “Hard Law”,

¹³ Teniendo en cuenta que no cuenta con un sistema truncado y específico de formación a diferencia de una norma.



así mismo, se convierten en instrumentos de eficiencia jurídica para regular, así sea de manera transitoria, aunque no obligatoria.

2.3. EL "SOFT LAW" DENTRO DEL ORDENAMIENTO LEGAL COLOMBIANO Y SUS ALCANCE REGULATORIOS FRENTE A LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Teniendo en cuenta que la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, es muy reciente y novedosa, implica necesariamente que su articulación y desarrollo hasta ahora se encuentre en una etapa de adaptación y aceptación tanto de los participantes en los diferentes procesos de contratación, como de los funcionarios públicos, quienes actúan como operadores jurídicos y dan aplicación a las normas y regulaciones establecidas para el desarrollo de la Contratación Estatal del País.

De este modo, podemos encontrar que el artículo 2 del Decreto 4170 de 2011, es el referente normativo por excelencia que otorga la facultad de ente regulador de la política en administración de la Contratación Pública del País a Colombia Compra, y es tan así que todos los instrumentos que emanan de la entidad mencionada, se fundamentan en dicha potestad otorgada por el Decreto 4170.

En este punto, es necesario detenernos en analizar hasta donde se establecen los alcances y las limitantes de la expresión “ente rector”.

Conforme a lo establecido en el Decreto 4170 de 2011¹⁴, Colombia Compra eficiente tiene entre sus funciones, las facultad para desarrollar normas,

¹⁴ Artículo 3°, numeral 2, Decreto 4170 de 2011.



instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado Colombiano, sin embargo dichos instrumentos y herramientas, como los manuales, guías y circulares que actualmente se encuentran desarrolladas y vigentes por esta entidad pública, carecen de toda obligatoriedad jurídica, siendo únicamente utilizados como referentes, desarrolladores de la interpretación que dicha entidad puede dar a los lineamientos y políticas generales que rigen a la contratación pública, y que peor aún, no son de obligatorio acatamiento, ni cumplimiento por la naturaleza del instrumento en los que se contienen los lineamientos establecidos por Colombia Compra, al estar soportados en guías, manuales, y circulares.

Dichos instrumentos, dentro del marco jerárquico de normas establecido en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra supeditado al “principio de Legalidad” que irradia todo el ordenamiento jurídico, y el cual respalda el principio de jerarquía de la normas el cual se desarrolla desde la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad como punta en la cabeza de la pirámide, y desarrollándose de manera descendente sobre la normas que se encuentra debajo de estas, encontrando en la base las decisiones administrativas, tales como circulares y resoluciones.

En este punto, en donde el rango de las guías, circulares y resoluciones está supeditado a las normas de mayor jerarquía, adquiere vigencia e importancia el concepto “soft law”, ya que teniendo en cuenta la naturaleza de los instrumentos empleados, estos no son obligatorios, ni eficientes para su plena aplicación; sin embargo, teniendo en cuenta su desarrollo tan profundo y necesario en una materia, adquieren una validez tacita, lo que posteriormente generará una aceptación y aplicación que le dará aplicación al mismo.



Respecto a lo anterior, es importante analizar lo considerado por el Dr. Héctor Santaella Quintero, quien señaló en su análisis lo siguiente:

“El Estado ya no celebra sólo acuerdos vinculantes con los particulares, de los que surgen obligaciones exigibles coactivamente a quienes los suscriben; igualmente hace uso de instrumentos convencionales para llegar a acercamientos y consensos importantes en materias de interés general en las que se busca generar espacios de colaboración y de implicación voluntaria de los particulares, los denominados acuerdos informales celebrados con los particulares, son una muestra de lo anterior.

Esta clase de pactos constituyen una expresión de la llamada acción informal de la Administración, esto es, aquella actividad que no se encuentra jurídicamente regulada, pero que no por ello resulta antijurídica. Comprende las actuaciones emprendidas por la administración sin gozar de una cobertura legal específica y por fuera de los moldes procedimentales y de las formas decisorias típicas (resolución, norma o contrato), pero que no por ello resultan antijurídicas ni extrajurídicas: por un lado, deben enmarcarse y atender siempre a los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 CP); y por otro, en tanto que carentes de un fundamento legal expreso, estarán desprovistas de efectos vinculantes directos, sin que esta circunstancia excluya o refute su carácter jurídico.”¹⁵

¹⁵ Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 5, Primer Semestre/2011, Pág. 87. Artículo, Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica administrativa. SANTAELLA QUINTERO, Héctor



Conforme a lo anterior, claramente se evidencia como la evolución del derecho, y de los sistemas normativos, ha permitido la creación de instrumentos que aunque no son normas en su sentido escrito de creación, si han desarrollado materias que influyen para que se acogimiento sea aceptado y en cierta forma regulen, lo que deberían las normas en su sentido estricto regular.

(<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xARg8r5kFT8J:revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2954/2598+&cd=6&hl=es->)



CAPÍTULO 3

RÉGIMEN LEGAL DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

MARCO NORMATIVO.

Mediante la Ley 144 de 2011 (mayo 4), el poder legislativo otorgo expresas facultades extraordinarias al Presidente de la Republica para la modificación de la estructura de la entidades públicas que componen la Administración Pública. Teniendo en cuenta la parte considerativa del Decreto 4170 de 2011 (Noviembre 03), los literales d), e) y f) del artículo 18 de la Ley 144 de 2011, se establecieron las facultades expresan en la que se fundamentó la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

De igual forma, la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, tiene pleno fundamento en el Plan Nacional de Desarrollo, elaborado para la vigencia 2010-2014, específicamente en las bases diseñadas para el mismo , el cual dispuso como pilar principal dentro de los programas estratégicos para el desarrollo de la política de <<Buen Gobierno>>, la Gestión contractual Pública como una de los programas más urgentes y de gran valor público para superar los problemas estructurales de la administración. Es así como analizado el panorama de la contratación Pública Colombiana, el Gobierno encontró que el sector de la contratación Pública aunque tuvo grandes en su aplicación de controles, sistema de publicación y transparencia y eficiencia de recursos y procedimientos, no contaba con una entidad que liderara dicho pilar, y que contribuyera al avance y mejoramiento de políticas y mecanismos



De igual manera, la Agencia Nacional de Compras Públicas – Colombia Compra Eficiente, nació por la observancia de los diferentes ejemplos que se constituyeron en antecedentes, los cuales se establecieron como los novedosos sistemas de compras públicas electrónicos, que han surgido en el sur del continente, donde se destaca como gran referente el caso de Chile, con su portal Chilecompras.cl.

Dicho portal de contratación, no solo es pionero en compras públicas en Internet, sino que adicionalmente ha desarrollado en gran manera los Acuerdo Marco, los cuales son instrumentos de novedosa implementación en nuestro país.

3.1. FACULTADES LEGALES DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE PARA LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Dentro del presente artículo hemos indicado que el proceso de creación, desarrollo e integración de la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente es muy reciente, tan así que hasta ahora se divisan diferentes puntos de discusión como el puesto de presente. Así las cosas el único referente legal de atribución de competencias, es el establecido en el artículo 2° del Decreto Ley 4170 de 2011, la cual establece la potestad de ente rector a la Agencia Nacional de Contratación Pública de la siguiente manera:

“Objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–, como ente rector, tiene como objetivo



26

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.”

Igualmente entre las funciones que el Artículo 3° de Decreto 4170 desarrolla para Colombia Compra, se destaca el numeral 2° el cual indica:

“2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas.”

Así mismo, el numeral 5, indica:

“5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.”

Así mismo, la misión que desarrollo Colombia Compra Eficiente, se encuentra definida con relación al desarrollo de las políticas de coordinación y regulación de la actividad contractual, la cual expresamente indica:



“ ... (b) Formular políticas y propuestas de reforma legislativa, apoyar y coordinar la gestión de reformas legislativas y regulatorias; (c) asistir técnicamente y trabajar en equipo con los partícipes de la compra pública; ¹⁶ ...”

Estas funciones, son esenciales para el desarrollo de las facultades de regulación como ente rector de la actividad contractual.

Sin embargo, aunque la facultad de reglamentar las políticas públicas en materia de Contratación Estatal se encuentran totalmente clara, se observa que los instrumentos como guías, manuales, circulares y demás, utilizados para dicha reglamentación, carecen de fuerza vinculante de aplicación, por cuanto son instrumentos de mínima coerción, y aunque desarrollan temas transversales para el ejercicio de la contratación pública, no tiene la cualidad de obligatoriedad en cuanto a su cumplimiento.

3.2. NATURALEZA DE LOS INSTRUMENTOS EMITIDOS POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE PARA LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

¹⁶ <http://www.colombiacompra.gov.co/es/mision>



Conforme a lo analizado en el numeral anterior, podemos determinar que la facultad para los desarrollo de lineamiento y políticas en materia de Contratación Estatal desarrollada por Colombia Compra Eficiente, únicamente se encuentra soportada en la faculta concedida por el artículo 2° del Decreto Ley 4170 de 2011, de ser el órgano rector de la contratación pública, por lo cual, únicamente refiere a que dicha entidad es la encargada de establecer políticas. Sin embargo, la norma expresamente no señala la forma como la entidad – Colombia Compra Eficiente – podrá ejercer su poder como ente rector. Por lo anterior, y teniendo en cuenta la naturaleza de dicha entidad, se hizo necesario que sus políticas, lineamiento e interpretaciones, se desarrollaran a través de instrumentos como guías y manuales para darlos a conocer al público y así realizar su implementación.

Por otra parte, aunque los lineamientos desarrollados a través de instrumentos de inferior categoría que las normas, carecen de obligatoriedad, estos no pueden ser totalmente ignorados, toda vez que su desarrollo emanada de una entidad válidamente constituida, con unos principios y fines específicos, establecidos por la ley, lo que implica es que su implementación puede ser acogida o no, dependiendo únicamente de la voluntad de los actores, o en muchos casos, podría entrar en una validez parcializada, según la conveniencia de su aplicación o no, la cual estará supeditada a la voluntad del actor.

Es así como, tanto guías, manuales, circulares y demás formas de regulación emitidas por Colombia Compra eficiente, no cuentan con un carácter de exigibilidad como norma de regulación de la actividad contractual, mucho menos cuando el rango de los instrumentos, conlleva por su naturaleza a ser desarrollo interpretativos sin facultad de ser efectivamente cumplidos o acatados por operadores y/o participantes de la actividad contractual.



CAPÍTULO 4

4.1. APLICACIÓN DEL “SOFT LAW” A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS EMITIDOS POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Una vez desarrollado el concepto de “Soft Law”, así como, vistos los alcances que por su naturaleza cuentan los instrumentos de regulación emitidos por Colombia Compra Eficiente para el desarrollo de su función como “ente rector de la Contratación Estatal”, pasaremos a integrar el análisis desarrollado a cada uno, para observar, como interactúan en la práctica, estos elementos en el ámbito de la Contratación Pública.

Analizando los instrumentos emitidos hasta el momento por la Agencia Nacional de Contratación Pública, se encuentra que el primer rasgo característico y general de los mencionados instrumentos (guías, manuales, circulares), es que únicamente cuentan como fundamento para su desarrollo, el encontrarse cobijados por la función de “ente rector” establecida en el decreto de creación de Colombia Compra Eficiente, el cual se establecería como único criterio jurídico y fundamento de la misma índole para el desarrollo de estos instrumentos.

La anterior afirmación, pareciera confirmarse al revisar el texto indicado en la Circular Externa 10, emitida por Colombia Compra, la cual indica:

“La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en cumplimiento de su objetivo como ente rector del sistema de compras y contratación pública, expide los siguientes instrumentos, los cuales están a



disposición de los partícipes del sistema de compras y contratación pública en <http://www.colombiacompra.gov.co/es/manuales>

- 1. Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía*
- 2. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en Procesos de Contratación*
- 3. Guía para la elaboración de estudios de sector¹⁷*

Evidenciando que el desarrollo de los lineamientos y directrices desarrollados por Colombia Compra Eficiente se encuentran en documentos en los cuales, tal y como ya se ha mencionado, carecer de obligatoriedad plena, por su naturaleza y ausencia de exigibilidad por el rango normativo en el cual se encuentran creados y establecidos jurídicamente.

Por otra parte, es importante observar como los desarrollos conceptuales, así como la interpretación y lineamientos que brindan las guías, circulares y manuales de Colombia Compra Eficiente, han logrado dar claridad a vacíos normativos realmente evidentes al momento de la práctica de la contratación estatal.

Dichos vacíos han existido desde hace un poco más de 20 años, es decir, desde la misma creación de la Ley 80 de 1993, y los cuales con el avance de los años y la práctica de la contratación estatal, fueron cubiertos y superados mediante decretos reglamentarios que procuraban dar claridad a la funcionalidad del

¹⁷ Circular Externa N° 10, Expedición manuales y guías, Colombia Compra Eficiente (<http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/20140331circular10.pdf>)



sistema de contratación, pero resultando en un gran y número esquema de normas, el cual se convirtió en un ramillete gigante de normas que regulaban pequeños aspectos de la contratación pública; Igualmente, el largo proceso de estructuración que una norma tiene que pasar en Colombia, produjo que el ritmo de creación de decretos y normas que regularan vacíos normativos no fuera suficiente.

Ante el gran cambio que surgió con la creación de Colombia Compra Eficiente¹⁸, se logró implementar un método efectivo, en cuanto al desarrollo de lineamiento y políticas que de una manera más rápida y efectiva logran avanzar en el entendimiento y desarrollo de la actividad contractual, aunque su aplicabilidad no sea totalmente eficaz por la naturaleza de los mismos instrumentos utilizados. Es en este precioso momento del análisis donde cobra importancia el “soft law”, como un derecho que en sentido estricto no tiene eficacia en su aplicación, pero que conforme a la importancia, necesidad y profundidad de desarrollo de temas relevantes, logra obtener una acogida relevante y directa tanto para operadores como para partícipes de la contratación pública en Colombia.

Con lo anterior, podemos concluir que el “soft law” o derecho blando en el Sistema de Contratación Estatal de Colombia, se encuentra inmerso en todos los lineamientos desarrollados por el ente rector, y su importancia y efectividad es dada por los partícipes y por la necesidad que se evidencie de tener un lineamiento de una autoridad legalmente competente para direccionar las políticas y el desarrollo de esta actividad administrativa.

¹⁸ Decreto Ley 4170 de 2011



CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES

Una vez planteado el desarrollo de la naturaleza de los instrumentos y documentos emitidos por Colombia Compra Eficiente, como entidad pública encargada de establecer políticas del sector de la contratación pública del país, podemos concluir, que estos instrumentos, dada su naturaleza de “soft law”, aunque en cuanto a su aplicabilidad resultan ineficaces, en el sentido de no tener la fuerza coercitiva de una norma o regulación más fuerte, dejando que su aplicación de los lineamientos y regulaciones emitidas por Colombia Compra Eficiente, se encuentre a la discrecionalidad de operadores y participante de procesos contractuales.

Lo anterior significa, que aunque existen regulaciones por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, que establecen aspectos netamente relacionados con su objeto y su función dentro del marco establecido por las normas que la crearon y desarrollaron sus funciones, el poder vinculante de sus regulaciones se ve desvanecido ante la ausencia de obligatoriedad de los instrumentos utilizados para emitirlos; aunque por otra parte, debido a su naturaleza de “derecho blando”, generan algún tipo de dependencia en su utilización y acatamiento mientras se pueda crear una norma con efecto vinculante y de aplicación mucho más efectiva .

El derecho blando o “soft law”, para el caso de la contratación pública, actúa como una fuente alternativa de derecho, cuya aplicabilidad emana de la necesidad de regulación y de la ausencia de una norma de mayor efectividad y cumplimiento.



Por último, es importante concluir que la Contratación Estatal en Colombia debe ser reglamentado a través de políticas que emanen de una Entidad como la naciente Colombia Compra Eficiente, pero que sus regulaciones no pueden carecer de la fuerza vinculante, pues quedan a discrecionalidad de los operadores y usuarios del Sistema de Contratación Pública, por el contrario, las políticas en materia de contratación estatal, deben tener las facultades de exigibilidad y aplicación que reposa en las leyes y demás normas que emanan del legislativo.



LISTA DE REFERENCIAS

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

- ✓ Decreto Ley 4170 de 2011
- ✓ Decreto 734 de 2012
- ✓ Decreto 3620 de 2004
- ✓ Decreto 1510 de 2013
- ✓ Ley 1150 de 2007
- ✓ Decreto Único Reglamentario N° 1082 de 2015 del 26 de mayo de 2015
- ✓ http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/cce_introduccion_decreto1510_web.pdf - Departamento Nacional de Planeación “Decreto 1510 de 2013” por medio del cual se reglamenta el sistema de compra y contratación pública”, Pág. 03.
- ✓ SARMIENTO, Daniel, La Autoridad del Derecho y la Naturaleza del Soft Law.
- ✓ <http://www2.uca.es/grup-invest/sej-352/expert> [UNIDAD 9 DE MAYO 2005.pdf](#), *Soft Law* y derecho de extranjería.
- ✓ El Soft Law y nuestro sistema de fuentes – homenaje Rodríguez Bereijo
- ✓ El Soft Law Comunitario, Revista de Administración Pública, Centro de estudio Políticos y Constitucionales, Ricardo Alonso García, catedrático de la universidad de Complutense, ISSN-0034-7639, 154-063,2001.
- ✓ Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 5, Primer Semestre/2011, Pág. 87. Artículo, Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica administrativa.



SANTAELLA QUINTERO, Héctor

(<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xARg8r5kFT8J:revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2954/2598+&cd=6&hl=es->)

- ✓ <http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/20140331circular10.pdf>