



Latinoamérica– enero 2018 - ISSN: 1696-8352

CONTEXTO DE LOS ACUERDOS MARCO DE PRECIOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO *

Context of the framework price agreements In the contractual activity of the State

Luis Francisco Velandia Venegas**

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Luis Francisco Velandia Venegas (2018): "Contexto de los acuerdos marco de precios en la actividad contractual del Estado", Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana, (enero 2018). En línea: <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/la/2018/acuerdos-precios-colombia.html>

Resumen

Las modificaciones en la regulación de la actividad contractual en el Estado colombiano han incluido novedosas disposiciones, como la que posibilita la celebración de los *acuerdos marco de precios* en las compras gubernamentales. Lo cual justifica el desarrollo de la investigación, mediante una metodología exploratoria, con la intención de recopilar y analizar normatividad, doctrina, recomendaciones foráneas y jurisprudencia, con el propósito de contextualizar desde el marco legal vigente, su incorporación y utilización, así como identificar críticamente en el panorama colombiano, variables que podrían incidir en la participación y en la libre competencia, lo cual permitirá ampliar el conocimiento en el procedimiento adoptado, con respecto a los efectos derivados de su utilización y a la observación de algunos comportamientos de los sujetos en la actividad contractual pública.

* Artículo de reflexión producto de la investigación en desarrollo *Los Acuerdos Marco de Precios en la Actividad Contractual del Estado. Aristas en su Aplicación*, 2017, como investigador Principal, adscrito a la FUAC.

** Magíster en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás y Universidad Konstanz de Alemania. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Abogado de la Universidad Libre. Actualmente Docente Investigador de la Universidad Autónoma de Colombia FUAC. luis.velandia@fuac.edu.co

Palabras clave: Transparencia, participación, acuerdos marco de precios, pymes, libre competencia, libertad de mercados, monopolio, oligopolio.

Abstract

The changes in the regulation of contractual activity in the Colombian State have included novel provisions, such as the one that makes possible the conclusion of the framework agreements of prices in government purchases. This justifies the development of research, through an exploratory methodology, with the intention of gathering and analyzing normativity, doctrine, foreign recommendations and jurisprudence, with the purpose of contextualizing from the current legal framework, its incorporation and use, as well as to critically identify In the Colombian panorama, variables that could influence the participation and free competition, which will allow to increase the knowledge in the adopted procedure, with respect to the effects derived from its use and the observation of some behaviors of the subjects in the activity Contract.

Key words: Transparency, participation, price framework agreements, pymes, free competition, freedom of markets, monopoly, oligopoly.

Sumario

Introducción, I. ANTECEDENTES - II. IMPLEMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS MARCO DE PRECIOS - III. PANORAMA PRELIMINAR EN COLOMBIA – RESULTADOS – A MODO DE CONCLUSIÓN - Referencias.

Introducción

La reforma al *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, mediante la Ley 1150 de 2007, por la cual se fortalece la transparencia y eficiencia en los contratos con recursos públicos, incorporó novedosas figuras, como la de los *Acuerdos Marco de Precios*, que requirió para su implementación de la creación de un órgano público específico, competente para su celebración a partir de la reglamentación expedida para tal propósito.

Acuerdos que en su dinámica deben observar los principios rectores de la contratación pública y los específicos de la función administrativa estipulados en la *Constitución Política de 1991*, así como otros preceptos de orden constitucional, encaminados a garantizar la libre competencia y las condiciones propias de los mercados, que deben observarse también en las convocatorias dispuestas con ocasión de las compras gubernamentales.

Por lo anterior, la investigación se desarrolla a través de una metodología exploratoria, que permite estudiar la incorporación e implementación en Colombia de los *Acuerdos Marco de Precios*; así como observar algunos comportamientos de los actores con respecto a la competitividad desde la realidad social, con el objeto de identificar aspectos o variables derivados de su implementación e incidencia en la participación; para familiarizarse en el contexto y ampliar el conocimiento de la novedosa figura adoptada en la legislación nacional.

El estudio se aborda desde un método descriptivo analítico, que aplicado en la información recopilada y analizada, permite describir el contexto de la figura en el ordenamiento legal, así como algunos comportamientos o prácticas originadas en la realidad social, con ocasión de la incorporación de los *acuerdos marco de precios* en las compras gubernamentales.

El análisis preliminar, permite observar situaciones relacionadas con su implementación en otras latitudes, con el propósito de comprender las eventuales consecuencias y efectos derivados de su aplicación y utilización en la normatividad interna en las compras gubernamentales.

I. Antecedentes

La contratación de obras, bienes y servicios por parte de los entes gubernamentales en Colombia, se regulaba en sus orígenes por las disposiciones comunes vigentes en las relaciones entre particulares y sus conflictos se dirimían por la jurisdicción ordinaria; lo cual fundamentó la estructuración de normas que diferenciaron las relaciones contractuales privadas de las públicas, en los fines perseguidos y en el interés general, entre las cuales se resaltan la Ley 53 de 1909, el Decreto Ley 1670 de 1975, el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983.

El Congreso de la República conforme a las facultades otorgadas en la *Constitución Política de 1991* expidió la Ley 80 de 1993, *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, por la cual estableció: las reglas aplicables a los entes sujetos a dicho estatuto; los derechos, deberes y obligaciones que deben observarse por los partícipes en la actividad; el concepto de *contrato estatal* y sus características; el contencioso administrativo como juez natural de sus controversias; y señaló como uno

de los principios rectores, el de transparencia, que determinó la escogencia del contratista a través de licitación o concurso y excepcionalmente por contratación directa.

El mismo Estatuto señaló, que además de los principios rectores de la contratación pública, de economía, responsabilidad y transparencia; los principios de la función administrativa estipulados en el artículo 209 de la Constitución Política, de celeridad, economía, eficacia, igualdad, imparcialidad, publicidad y moralidad, también deben observarse y guiar la actividad contractual del Estado; lo cual ha reiterado la Jurisprudencia del Contencioso Administrativo al resolver diferentes asuntos de su competencia.

El concepto de compras públicas y su impacto en la economía ha evolucionado notablemente, al entender su importancia así:

Como una herramienta de desarrollo que permite incorporar a sectores vulnerables de la sociedad dentro del proceso económico general, y generar no sólo egresos al Estado, sino buena parte del dinamismo de la economía nacional, con efectos en la generación de empleo, la canalización de inversiones y el desarrollo productivo. (SELA, 2015, p.9)

Los CONPES 3186 y 3249 recomendaron modificar el estatuto de contratación, con el propósito de fortalecer la transparencia en la actividad contractual del estado e incorporar instrumentos para agregar la demanda, mediante economías de escala en las adquisiciones con recursos públicos a cargo de las entidades públicas.

Agregación de demanda: una vez reformulado el marco legal tanto de la contratación como del sistema presupuestal, en lo que corresponda, el Sistema debe permitir la agregación de demanda entre diversas entidades públicas, a efecto de generar economías de escala que beneficien la eficiencia en la capacidad de compra pública. (CONPES 3249, 2003, p.25)

La Ley 1150 de 2007 modificó la Ley 80 de 1993, mediante disposiciones que buscaban fortalecer la transparencia y eficiencia en la contratación con recursos públicos, para lo cual adoptó herramientas en la actividad contractual del Estado con el propósito de incentivar el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, al crear el *Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP-* y determinó, al replantear el principio de transparencia, como modalidades de selección la Licitación Pública, la Selección Abreviada, el Concurso de Méritos y la Contratación Directa (artículo 2), disposición que fue adicionada por la Ley 1474 de 2011 con la modalidad de Mínima Cuantía (artículo 94).

En palabras de Redondo (2009), “El comercio electrónico incluye actividades muy diversas como el intercambio de bienes y servicios, el suministro on line de contenido digital, la transferencia electrónica de fondos, las compras públicas” (p.195).

La Exposición de Motivos de la Ley 1150 de 2007, señala que se aprecia ausencia de instrumentos para el uso eficiente de recursos públicos, por lo cual establece el mecanismo para aprovechar economías de escala en las compras gubernamentales.

El gasto público como uno de los principales instrumentos de la política fiscal, presenta tres funciones principales (Musgrave, 1959): i) estimular y estabilizar la economía; ii) redistribuir el ingreso y riqueza a los sectores más vulnerables; y iii) asignar los recursos públicos de forma eficiente con el fin de proveer los bienes y servicios requeridos por la sociedad. (SELA, 2015, p.10)

De conformidad con la Ley 1150 de 2007 la *Selección Abreviada* procede cuando por las características, circunstancias, cuantía o destinación del objeto a contratar, puedan adelantarse procesos simplificados que garanticen la eficiente gestión contractual. Modalidad que incorporó en sus causales la *adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización*, que “corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos” (artículo 2, numeral 2, literal a).

La norma en cita determina que los bienes y servicios identificados como tales podrán adquirirse, mediante procedimientos de (i) subasta inversa; (ii) instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de *acuerdos marco de precios*; o (iii) en bolsas de productos.

El procedimiento de los *acuerdos marco de precios* incorporado en el ordenamiento interno mediante la Ley 1150 de 2007, también es utilizado en distintas legislaciones: Yong 2013, Palacio 2014 y Pachón 2014, entre otros. Modelo que conforme con los documentos analizados en forma preliminar en el desarrollo de la investigación se aplica en Chile, Brasil, Argentina, Ecuador, Perú, Panamá, México y Nicaragua, lo cual justifica la necesidad de ampliar el conocimiento en el contexto de los *Acuerdos Marcos de Precios* en el ámbito nacional y los efectos derivados de su implementación y utilización, así como algunos comportamientos identificados en la realidad social.

II. Implementación de los Acuerdos Marco de Precios

El gobierno nacional conforme a las facultades legales, expidió el Decreto 4170 de 2011, por el cual creó la *Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente*, como ente rector en política contractual pública, al cual le atribuye la competencia para celebrar los *Acuerdos Marco de Precios*, así

como la determinación de los bienes y servicios considerados de características técnicas uniformes y de común utilización.

Esto genera una impresión de centralización administrativa de la contratación en un solo estamento ejecutivo, el menor valor como único factor de adjudicación de este procedimiento, la afectación de la libertad de competencia y un efecto colateral de generación de oligopolios en la contratación estatal. También la homogenización de la contratación estatal y excesiva reglamentación del tema, que no permite al operar jurídico realizar juicios de ponderación y valoración a la luz de los principios de la contratación estatal. Lo cual supone una actuación contraria a los principios de descentralización, desconcentración y delegación administrativa, propios del avance del Derecho Administrativo. (Ramírez, 2014, pp. 211-253)

La celebración de los *acuerdos marco de precios* por parte de *Colombia Compra Eficiente* inicia hasta el año 2013, en virtud de la reglamentación adoptada en el Decreto 1510 de julio 17 de 2013, que determinó las reglas y procedimiento que deben observarse, disposiciones que se condensan en el Decreto compilador 1082 de 2015.

En reglamentaciones anteriores, como la determinada mediante el Decreto 734 de 2012 y otros, no se consideraban “de características técnicas uniformes y de común utilización las obras públicas y los servicios intelectuales”, aspecto que en las disposiciones actuales no se menciona, lo cual equivale, que a falta de prohibición al respecto, podrían realizarse, con incidencias claras en temas de infraestructura y funcionalidad en el caso de obras, que por supuesto varían de acuerdo al ente público contratante y a su envergadura, lo que acontece también en materia intelectual, donde precisamente el elemento diferenciador es el desarrollo erudito del autor (artículo 3.2.1.1, parágrafo 1º).

Conforme a la legislación y reglamentación vigente aplicable, en los *acuerdos marco de precios* se evidencian dos momentos; el primero, la selección del contratista que suscribirá el acuerdo; el segundo, la forma en que cada ente gubernamental podrá utilizar los catálogos de bienes y servicios definidos como tales, lo que constituye una operación derivada de la inicial.

En el primero, *Colombia Compra Eficiente* debe estructurar los documentos que soportarán el desarrollo de una licitación pública, los cuales se publicarán en *el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP-*, para que los interesados en participar en la celebración del acuerdo marco de precios concurren al llamamiento efectuado y presenten las propuestas que serán objeto de verificación y evaluación.

Para *Colombia Compra Eficiente* “Los Acuerdos o convenio Marco de Precios son una herramienta para que el Estado agregue demanda y centralice decisiones de adquisición de bienes, obras o servicios para

(...) producir economías de escala.” (G-EAMP-01, p.2)

En el segundo, *Colombia Compra Eficiente*, como consecuencia de la adjudicación de la licitación y celebración del *acuerdo marco de precios*, determina el catálogo que comprende cada bien o servicio con sus especificaciones y particularidades, los cuales deben observar tanto los entes obligados como los que voluntariamente decidan utilizarlos.

El uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En el caso de los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior. (Ley 1150 de 2007, artículo 2, parágrafo 5)

Para tal propósito, *Colombia Compra Eficiente*, conforme a las facultades conferidas por el ordenamiento vigente, adopta mediante circulares guías o manuales, que en el caso particular se concretan en pautas para entender los acuerdos marcos de precios y la operación secundaria, los cuales resultan obligatorios y vinculantes para los entes que utilizan el catálogo de bienes y servicios.

Este procedimiento nos llama mucho la atención, pues además de las disposiciones del Decreto 1510 de 2013, el mismo estará precedido por la normatividad que para tal fin señale la agencia Colombia Compra eficiente, luego esta es la que deberá responder por todas las etapas contractuales del negocio. De tal forma que dicha entidad fije los parámetros en los cuales la ley y el decreto enunciado no se pronunciaron. (Ramírez, 2014, pp. 211-253)

Conforme al análisis y observación de los procesos que documentan la investigación, en el sitio web oficial de *Colombia Compra Eficiente*, se encontró que hasta diciembre de 2016 se han celebrado 32 *acuerdos marco de precios* que comprenden diferentes segmentos del mercado, en bienes y servicios catalogados como de características técnicas uniformes y de común utilización. Colombia para catalogarlos adopta el modelo de especificaciones de lo ofrecido en el mercado (Suárez, 2014). Así, los bienes o servicios clasificados como tales, deben requerirse por las entidades estatales mediante el trámite de operación secundaria derivada del acuerdo.

La operación secundaria es la transacción realizada por la entidad pública compradora, que inicia con la identificación de una necesidad y la decisión de efectuar un gasto para satisfacerla. Antes de adquirir bienes y servicios de características uniformes, la entidad estatal debe verificar si existe un Acuerdo Marco de Precios para ese bien y/o servicio. Si existe, debe suscribirlo enviando

para el efecto una comunicación a Colombia Compra Eficiente y poner la orden de compra en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios. (Colombia Compra Eficiente, G-EAMP-01, p.4)

Los segmentos observados en los acuerdos suscritos por Colombia Compra Eficiente, comprenden: tratamiento de enfermedades crónicas, hemofilia; consumibles y servicios de impresión; dotaciones de vestuario; aseo y cafetería; servicios de distribución; intermediarios de seguros; nube privada; conectividad; dotaciones escolares, papelería, material de intendencia, centro de contacto; tiquetes aéreos; seguro de vehículos; SOAT; vehículos; motocicletas; y blindaje, entre otros, de los cuales se evidencia que abarcan un amplio y diverso mercado.

La ley 1150 de 2007 determina como factor de evaluación, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, el menor precio ofrecido (artículo 5, numeral 3).

Solo entrara en la disputa por el mercado y el precio quien tenga el dominio del mercado o una posición preponderante en el mismo, de lo contrario estos mismos se encargarán de sacar a los pequeños agentes, pues no revisten competencia frente al precio para competir con quienes manejan el direccionamiento de los precios del mercado, si los hay. Luego, no resulta económicamente rentable para las pequeñas y medianas empresas participar, ni asociarse en los famosos convenios de asociación, como las uniones temporales y consorcios, ya que quienes tienen el dominio del mercado terminarán sacándolos de la competencia rápidamente, o como sucede en muchas de las audiencias públicas de subastas inversas en el país, realizando negociaciones previas con el fin de no realizar pujas en la audiencias, sino resultar adjudicado el contrato a la oferta económica inicial más baja. En este último fenómeno, denominado colusión y desconocido por las autoridades de control y en cierta parte por el ordenamiento jurídico, las negociaciones privadas para quedarse con los contratos estatales, al estar inmersos los procesos contractuales bajo un mismo grupo de proponentes, no es otra cosa que permitir y coadyuvar la cartelización de los oferentes (Gupta, 2001), avalados por un estatuto general de contratación. (Ramírez, 2014, pp. 211-253)

Luego entonces, en la celebración de los *acuerdos marcos de precios* debe garantizarse la participación y concurrencia de pequeñas, medianas y grandes empresas, mediante estrategias que realmente materialicen la protección de la pequeña y mediana empresa, así como de la industria nacional, en condiciones de competitividad e igualdad, con la intención de mitigar la conformación de cárteles y de actos colusorios.

El procedimiento del menor valor como sistema de adjudicación de los contratos estatales genera una consagración legal y una concentración de la actividad contractual del Estado en unos pocos agentes comerciales, en especial aquellos que gozan del dominio del mercado y de los precios, al ser grandes fabricantes y distribuidores de los bienes y servicios que requiere el Estado. Es también la

situación de los grandes importadores de bienes y servicios del extranjero que hoy en día están fracturando la economía de nuestro país, pues no se han proyectado normas y mecanismos para proteger la empresa y la economía interna. (Ramírez, 2014, pp. 211-253)

Por tanto, la implementación y utilización de los *acuerdos marco de precios* en la actividad contractual del Estado, debe minimizar los eventuales efectos de concentrar el mercado en unas pocas empresas o grandes importadoras extranjeras, lo que además, afectaría ostensiblemente el modelo económico constitucional y libertad de mercados propia del mismo.

El precio más bajo nunca puede ser el factor de selección, pues se genera el sacrificio de la calidad de los bienes y servicios por el precio (Davila, 2003: 240). Lo cual fue obviado por los estudios que antecedieron a la reforma del año 2007 y que convirtió la contratación estatal en un sistema en el que el menor precio reina en las adjudicaciones, sin llegar al cometido del cumplimiento de los fines, que redunden en bienestar general y satisfacción de los intereses generales. (Ramírez, 2014, pp. 211-253)

Situación que en los *acuerdos marcos de precios* deberá contemplarse, mediante procedimientos que permitan contratar a un buen precio del mercado, sin sacrificar la calidad, lo que favorece el patrimonio público y la eficiencia por parte de las entidades gubernamentales en el manejo y adecuada inversión del presupuesto a su cargo.

III. Panorama Preliminar de los Acuerdos Marco de Precios

El estatuto de contratación pública claramente determina que en las modalidades de selección, se observarán los principios de transparencia, economía, responsabilidad y planeación, así como los principios de la función administrativa estipulados en la Constitución Política, de economía, eficacia, celeridad, imparcialidad, igualdad, publicidad y moralidad.

La legislación y reglamentación determinan que la celebración de los *acuerdos marco de precios* debe estar precedida de una licitación pública en la que participen los interesados, la cual debe respetar los principios indicados anteriormente, así como los preceptos constitucionales de libre competencia y garantizar las condiciones para su materialización.

El de planeación implica, que en los procedimientos adelantados con el propósito de suscribir *acuerdos marco de precios*, el ente competente, *Colombia Compra Eficiente*, establezca unas reglas que permitan y garanticen, incluso, la participación en las convocatorias de pequeñas y medianas empresas. Lo cual

evitaría prácticas contrarias a la libre competencia, creación de monopolios u oligopolios y por el contrario daría vigencia y aplicación de la llamada constitución económica, como lo advierte y recomienda la jurisdicción de lo Contencioso (M.P. Santofimio Gamboa, radicación 54549). Tal escenario, propiciaría la concurrencia en los procedimientos de selección adelantados.

Los oligopolios se forman debido a la presencia de algún tipo de barrera a la entrada (marcas o patentes, economías de escala, factores institucionales y por la propiedad de algún recurso natural que excluye en su uso a los demás. (Cue & Quintana, 2014, p.183)

En la libre competencia, en palabras de Zambrano (2014), “ningún competidor puede influir sobre los resultados de otra firma por no tener suficiente poder o fuerza de mercado” (p.579).

El de transparencia, implicaría que las licitaciones públicas con el propósito de celebrar el acuerdo, se encuentren alejadas de componendas entre el ente contratante y los eventuales contratistas o entre los mismos oferentes, lo que culminaría en reglas que subjetivamente permitirían la participación de ciertas empresas y restringirían caprichosamente a otras, incluso por su tamaño, lo cual, además, incide en el desarrollo económico y social, así como en las dinámicas propias de los mercados.

Con respecto a la libre concurrencia en la licitación pública el Consejo de Estado (M.P. Hernández, Exp. 12037) señaló que:

La libre concurrencia permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado (...) Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente.

Hernández, (Exp. 12037) indicó en la misma providencia, que la igualdad en la licitación “es un presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración.”

La providencia aludida señala que Marienhoff precisa con respecto al principio de igualdad:

Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de ‘igualdad’, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador y oferente y la Administración Pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de ‘concurrencia’ y ‘publicidad’, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público.

También señala el Consejo de Estado en la sentencia en cita, que Marienhoff determina la razón de ser de la licitación con relación al estado y con relación a los administrados así:

En cuanto al primero, explica, “la ‘ratio iuris’ no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al ‘cumplimiento’ del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas.” Y en relación con los administrados afirma: “con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este orden de ideas la ‘igualdad’ entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de ésta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros; tratase de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos.

Con respecto a la concurrencia en las compras gubernamentales, la Corte Constitucional (M.P. Calle Correa) señaló:

En relación con la licitación pública, la Corte ha sostenido que salvaguarda la vigencia de los principios constitucionales de igualdad (artículo 13 CP) y de libre concurrencia (artículo 333 CP), el otorgar a todas las personas que reúnan la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, la oportunidad de presentar ofertas a la Administración y de obtener el derecho a ser beneficiario de la adjudicación del contrato, siempre y cuando presenten la propuesta más favorable. (C-713, 2009)

El Consejo de Estado claramente advierte fenómenos que podrían presentarse con ocasión de los Acuerdos Marcos de Precios. En consecuencia, insta al órgano competente, *Colombia Compra Eficiente*, para que en la estructuración y planeación adopte medidas necesarias a garantizar la mayor participación de potenciales oferentes, mediante criterios no susceptibles de manipulación y condiciones reales para que grandes, pequeñas y medianas empresas concurren, lo que evitaría prácticas contrarias a la libre competencia propia de los mercados y a la creación de monopolios y oligopolios (M.P. Santofimio Gamboa, radicación 54549). Libre competencia que protege la Carta Magna claramente y que debe garantizarse en las licitaciones abiertas para tal propósito.

Por tanto, para evitar la competencia tuvieron que idear un método para coordinar las licitaciones que cada empresa haría. Por medio de una estrategia compleja que incluyó dividir a Estados Unidos en regiones de licitación y utilizar el calendario lunar para decidir a quien tocaba el turno de “ganar” una licitación en la región. (Nicholson & Znyder, 2011, p.429)

Así las cosas, los pliegos de condiciones que guiarán la licitación para celebrar los *acuerdos marco de precios*, deben establecer criterios que permitan y garanticen la participación de pequeñas y medianas empresas por ser un segmento importante en la estructura nacional que genera empleo y contribuye al desarrollo económico y social.

Los acuerdos marco pueden brindar a las PYME la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar. Tal es el caso, en particular, de los acuerdos marco que abarcan a un gran número de operadores económicos y están subdivididos en lotes, o de los contratos basados en tales acuerdos marco que se adjudican por lotes.

En todo caso, los poderes adjudicadores deben garantizar, sobre todo mediante la aplicación de criterios de selección proporcionados, que las PYME, que suelen considerarse excluidas de los acuerdos marco por razón del alcance de los mismos y por temor a lo complejo y dilatado del procedimiento de licitación, no se vean disuadidas de participar (...)

EN ALEMANIA, LA EXPERIENCIA DEMUESTRA QUE LAS PYME ESTÁN BIEN REPRESENTADAS EN LOS ACUERDOS MARCO DESTINADOS A CUBRIR LAS NECESIDADES HABITUALES DE LOS PODERES ADJUDICADORES EN MATERIA DE SERVICIOS O SUMINISTROS A PEQUEÑA ESCALA. (Comisión de las Comunidades Europeas, 2008, pp. 9 – 10)

Como se advierte, otros países han adoptado estrategias para que concurren las pequeñas y medianas empresas en las convocatorias para celebrar *acuerdos marco de precios*, lo cual garantiza la libertad de mercados y la sana competencia, lo que favorece también la innovación en las compras gubernamentales, así como el crecimiento económico y social de las regiones y por supuesto de las naciones.

Las PYMES representan el principal ofertante en materia de bienes y servicios en América Latina y el Caribe. Dichos sectores constituyen el mayor empleador en la región, entre el 30 y 50%, con variaciones significativas en cada país. En México, generan el 52% del PIB y el 72% del empleo; en Ecuador representan el 99% de los proveedores registrados (2013), alcanzando la cifra de 168.711 entidades. La importancia de las PYMES en el empleo regional y en la producción de los países constituye un factor importante para garantizar el diseño de políticas para su inserción en las compras públicas. (SELA, 2015, p. 13)

Las pymes en la economía, tanto nacional como foránea, representan un importante aspecto en la generación de empleo, en la innovación y en el desarrollo económico y social de las regiones, por tanto, los procesos de selección tendientes a la celebración de los *acuerdos marco de precios*, deben garantizar su inserción en las compras gubernamentales, mediante criterios objetivos que permitan su participación y libre concurrencia en condiciones de igualdad.

Las empresas más pequeñas tienden verdaderamente a dar empleo a grupos más vulnerables de la sociedad, como las mujeres, los jóvenes y los pobres (...) De este modo, las pymes velan por que el crecimiento generado del comercio sea sostenible y por que su distribución sea equitativa, frente a lo que sucede con los beneficios obtenidos por las grandes empresas. (Centro de Comercio Internacional, 2015, p.10)

Además, las pequeñas y medianas empresas, son importantes en el tejido de la economía y su impacto social, al generar empleos y brindar posibilidades de trabajo a grupos vulnerables. El Centro de Comercio Internacional (2015), precisó que las pymes emplean un elevado porcentaje de fuerza de trabajo global. En el panorama nacional, Regalado (2007) señala, que las pymes en Colombia “son responsables del 35% del empleo y del 30 del PIB” (p.39).

Resultados

Conforme a la documentación preliminar objeto de análisis, la incorporación en el ordenamiento interno de los *acuerdos marco de precios*, implica grandes desafíos al órgano competente en su celebración, *Colombia Compra Eficiente*, tendientes a garantizar el postulado constitucional de la libre competencia y las dinámicas propias de los mercados, así como los principios rectores de la contratación estatal y de la función administrativa.

La OCDE advierte a los grupos de adquisiciones que tengan cuidado de asegurarse que ese tipo de estrategia no limite la participación de oferentes (por ejemplo, ciñéndose a un número predeterminado de proveedores por mucho tiempo) o impida que los grupos de adquisiciones públicas obtengan reducciones de precio en el futuro en consonancia con las condiciones predominantes en el mercado. Además, es necesario también que las organizaciones de contratación pública tengan cuidado de no reducir con carácter permanente el número de oferentes con capacidad para participar en una licitación (por ejemplo, porque no tienen suficiente capacidad de oferta o no pueden cubrir todo el territorio) por debajo del número óptimo para fomentar una competencia enérgica y continua y garantizar una fuente estable de suministro.

Las indicaciones que acabamos de enumerar son congruentes con la Recomendación I de la OCDE, que insta a los países a esforzarse en convocar licitaciones públicas en todos los niveles del gobierno, diseñadas para promover una competencia más efectiva y reducir el riesgo de colusión sin

dejar de asegurar un buen rendimiento general del valor del dinero. (OCDE, 2014, pp. 41 – 42)

En consecuencia las políticas públicas deben enfocarse en detectar la conformación de actos de colusión, monopolios u oligopolios, así como fortalecer los órganos encargados de sancionar ejemplarmente a las empresas que participen en su integración, por atentar contra la libre competencia, lo cual reduce la participación y fomenta espacios para que pocas empresas se apoderen del mercado gubernamental.

En materia de efectividad en políticas gubernamentales antimonopolio, en los índices de competitividad internacional, Colombia se ubica en el puesto 78 entre 148 países en los resultados del *Índice de Competitividad Global 2013 – 2014* del *Foro Económico Mundial (WEF)*.

Todas estas variables indican que los empresarios colombianos perciben que el grado de rivalidad empresarial no es el adecuado y que las autoridades públicas encargadas de promover y proteger la competencia pueden hacer esfuerzos adicionales en la materia. (Consejo Privado de Competitividad, 2013, p.172)

En tal sentido, en las disposiciones internas se adoptó la Ley 1474 de 2011, que en su exposición de motivos indica la incorporación de un tipo penal como resultado de convenciones internacionales, consagrado en países europeos, que pretende sancionar los acuerdos restrictivos a la competencia, que se presentaren, en el caso particular, con ocasión de la participación en procesos licitatorios tendientes a la celebración de los acuerdos marcos de precios. Norma que articula con la Ley 1340 de 2009 que faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) a imponer multas por actos de colusión, con lugar incluso, a exoneración de la multa al delator de prácticas restrictivas a la competencia.

Ambas medidas supusieron que informar sobre los socios del cártel se convirtiera en una estrategia dominante, y que tuviera un premio: en los últimos años ejecutivos de Bélgica, Reino Unido, Canadá, Francia, Alemania, Italia, México, Países Bajos, Corea del Sur y Suiza, así como Estados Unidos han sido condenados por tribunales de delitos de cártel. Como un jurista comentó, “haces una carrera hacia los juzgados” puesto que cada cómplice busca ser el primero en quedar limpio. (Krugman & Wells, 2013, p.422)

La SIC (2013) señaló, que “las sanciones por colusión en licitaciones pretenden castigar y desincentivar conductas que lleven al Estado a consumir bienes y servicios a precios artificialmente altos, en perjuicio de los contribuyentes, competidores y el Estado mismo”.

En cuanto a las prácticas anticompetitivas la SIC (2013) indicó, que “las colusiones en licitaciones afectan la competencia y el patrimonio del Estado, en la medida en que aumentan los precios de los bienes y servicios que éste contrata para cumplir con sus funciones”.

Se evidencia entonces, que los actos colusorios, la organización de cárteles y la conformación de oligopolios y monopolios, como prácticas que afectan la competencia son un flagelo mundial, en el que los organismos internacionales (OCDE¹) han recomendado a sus Estados miembros incorporar medidas para su identificación y sanción efectiva. Situaciones que se podrían propiciar en la implementación de los acuerdos marco de precios en el ámbito nacional, por ello, Colombia debe seguir las orientaciones de órganos internacionales a fin garantizar la participación de pequeñas y medianas empresas y de evitar la creación de oligopolios y monopolios en las convocatorias para celebrar los acuerdos, en las que, además, la colusión y cárteles se anidan, lo cual no es novedoso en el panorama colombiano, como se advirtió en la investigación, con las sanciones en firme que profirió la Corte Suprema de Justicia en el llamado carrusel de la contratación, mediante sentencias condenatorias de septiembre 27 de 2012 y de octubre 27 de 2014.

A Manera de Conclusión

El legislador modificó el principio de transparencia del *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, mediante la Ley 1150 de 2007, en la que determinó las modalidades de selección, entre las cuales encontramos la selección abreviada, que tendría lugar al configurarse una de las causales que taxativamente señaló la reforma.

La norma en cita, determinó como causal de selección abreviada, la denominada: *adquisiciones o suministros de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización*, que permite, mediante el procedimiento de compra por catálogo derivado de *acuerdos marco de precios*, adquirir bienes o servicios definidos como tales (artículo 2 numeral 2).

El Decreto 4170 de 2011, creó la *Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente*, como ente rector en materia de políticas de contratación pública y con atribuciones específicas en la celebración de los *acuerdos marco de precios*, determinación del catálogo y clasificación de los bienes o servicios que se entenderían de características técnicas uniformes y de común utilización.

¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos

Mediante el Decreto 1510 de julio de 2013, se facultó a Colombia Compra Eficiente para adelantar los procedimientos requeridos para celebrar los *acuerdos marco de precios*, disposiciones que se encuentran en el Decreto compilador 1082 de 2015.

Los *acuerdos marcos de precios*, permiten agregar demanda de los entes gubernamentales mediante economías de escala, a través de *Colombia Compra Eficiente*, ente competente para celebrar el procedimiento licitatorio para la suscripción del acuerdo, que determinará el catálogo de bienes y servicios, que podrán utilizar los entes públicos obligados y los que decidan adherirse voluntariamente al mismo, mediante órdenes de compra.

La jurisprudencia del contencioso y organismos internacionales (CNUDMI², Unión Europea, OCDE) claramente han señalado los riesgos de los acuerdos marcos de precios en la reducción de la competencia y transparencia en los procesos, por actos de colusión, con consecuencias en la creación de monopolios u oligopolios, lo cual incide en el abandono del segmento del mercado por algunas empresas y restringe la participación de pequeñas y medianas empresas, por prácticas anticompetitivas contrarias a la libre competencia establecida en el artículo 333 de la *Constitución Política de 1991*.

Escenario en el cual, los organismos internacionales encargados de hacer cumplir las leyes antimonopolios a sus Estados miembros, recomiendan su incorporación en el ordenamiento interno y por supuesto la debida aplicación, con resultados eficaces, dada la expansión del comercio internacional. Por tanto, al adoptarse en las disposiciones normativas herramientas para sancionar los comportamientos anticompetitivos, se deben fortalecer los órganos encargados de aplicar la regulación de manera efectiva, pues como observamos las decisiones penales y administrativas son mínimas en el ámbito nacional.

En las compras públicas resultan importantes las pequeñas y medianas empresas – pymes –, por su impacto en la economía y en el desarrollo social, al constituirse como un motor en la generación de empleos, incluso en sectores más vulnerables de la sociedad. En consecuencia, los procesos de selección dirigidos a la celebración de *acuerdos marcos de precios*, deben garantizar condiciones reales de acceso, concurrencia, participación y libre competencia a dichas empresas, de tal forma que no solo las grandes compañías o emporios resulten adjudicatarias de los procesos.

La estructuración preliminar de la investigación, permite determinar variables que orientan la investigación conforme a la metodología propuesta, lo cual posibilitará concluir con recomendaciones desde la academia, en relación con la implementación y utilización de la figura en el ordenamiento interno, así como de algunos comportamientos identificados en los actores, con resultados que podrían impactar en lo económico, en lo social y en las disposiciones aplicables al proceso.

² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Referencias

Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. *Guía para Entender los Acuerdos Marco de Precios, G-EAMP-01*. Recuperado de: [HTTPS://WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO/SITES/CCE_PUBLIC/FILES/CCE_DOCUMENTS/AUERDOS_MARCO_0.PDF](https://www.colombiacomptra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/AUERDOS_MARCO_0.PDF)

Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. *Manual para la Operación secundaria de los Instrumentos de Agregación de Demanda, M-OSAMP-02*. Recuperado de: [HTTPS://WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO/SITES/CCE_PUBLIC/FILES/CCE_DOCUMENTS/MANUAL_OPERACION_SECUNDARIA_R.PDF](https://www.colombiacomptra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/MANUAL_OPERACION_SECUNDARIA_R.PDF)

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de septiembre 04 de 2015. M.P. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alir. Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037), diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001).

Consejo Privado de Competitividad. (2013). *Informe Nacional de Competitividad 2013-2014*. Bogotá, Colombia, Zetta Comunicaciones. Recuperado de: [HTTP://WWW.GRADUADOSCOLOMBIA.EDU.CO/HTML/1732/ARTICLES-142266_INFORME_NACIONAL_DE_COMPETITIVIDAD_2013_2014.PDF](http://www.graduadoscolombia.edu.co/html/1732/articles-142266_INFORME_NACIONAL_DE_COMPETITIVIDAD_2013_2014.PDF)

Centro de Comercio Internacional. (2015). *Perspectivas de Competitividad de las Pymes. Conectar, Competir y Cambiar para un Crecimiento Inclusivo*. Recuperado de: http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/SME_Outlook_Lowres_Spanish.pdf

Comisión de las Comunidades Europeas. (2008). *Código Europeo de Buenas Prácticas para Facilitar el Acceso de las PYME a los Contratos Públicos*. Bruselas. Recuperado de http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_es.pdf

Consejo Nacional de Política, Económica y Social - CONPES 3249. (2003). *Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*.

Consejo Nacional de Política, Económica y Social - CONPES 3186. (2002). *Una Política de Estado para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública*.

Constitución Política de Colombia, Legislación Complementaria. (2017). Colombia. Legis S.A.

CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia. M.P. CALLE CORREA, Maria Victoria. Sentencia de octubre 07 de 2009, C-713.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Colombia. Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento. M.P. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto. Sentencia octubre 27 de 2014, radicado 34.382.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Colombia. Sala de Casación Penal, Sala de Juzgamiento. M.P. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto. Sentencia septiembre 27 de 2012.

CUE MANCERA, Agustín & QUINTANA Romero, Luis. (2014). *Introducción a la Microeconomía: un enfoque integral para México*. México, D.F., MX: Larousse - Grupo Editorial Patria.

Decreto 1082 de mayo 26 de 2015 (Presidencia de la República), por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Colombia.

Decreto 1510 de 2013 (Presidencia de la República), por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Colombia.

Decreto 4170 de 2011 (Presidencia de la República), por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura. Colombia.

Decreto Ley 222 de 1983 (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de Colombia), por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

Decreto Ley 150 de 1976 (Presidencia de la República de Colombia), por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.

Decreto Ley 1670 de 1975 (Presidencia de la República de Colombia), por el cual, se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (2017). Colombia. Legis S.A.

GACETA DEL CONGRESO DE COLOMBIA No. 458. (2005). Exposición de Motivos del proyecto de Ley 20 de 2005.

KRUGMAN, Paul & WELLS, Robin. (2013). *Microeconomía*. España, Editorial Reverté S.A.

Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Colombia: Congreso de la República.

Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Colombia: Congreso de la República.

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. Colombia: Congreso de la República.

Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Colombia: Congreso de la República.

Ley 53 de 1909, sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno. Colombia: Congreso de la República.

NICHOLSON, Walter & ZINDER, Christopher. (2011). *Microeconomía Intermedia y su Aplicación*. México, Cengage Learning Editores, S.A. de CV.

OCDE, Competition Committee. (2014). *Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia*. Recuperado de http://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

PACHÓN LUCAS, Carlos. (2014). *Contratación Pública – Análisis Normativo Descripción de Procedimientos*. Colombia. 6 edición, Ecoe Ediciones.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. (2014). *La contratación de las Entidades Públicas*. Colombia. 7 edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

RAMÍREZ RUSINQUE, Iván Alirio (2014). *Menor valor: ¿oferta más favorable?*. Revista Digital de Derecho Administrativo No. 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 211-253. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3832/4088>

REDONDO, Rosana de Pablo. (2009). *Negocio Electrónico*. España: UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia.

REGALADO HERNÁNDEZ, Rafael. (2007). *Las MIPYMES en Latinoamérica*. España. Editorial B – Eumed.

Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe - SELA. (2015). *Las Compras Públicas como Herramienta de Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Venezuela. Recuperado de <http://www.sela.org/media/268508/las-compras-publicas-como-herramienta-de-desarrollo-en-alc.pdf>

YONG SERRANO, Manuel. (2013) *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. Colombia. 2 edición, Grupo Editorial Ibáñez

ZAMBRANO PONTÓN, Pablo. *Microeconomía*. (2014). Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador.

Webgrafía

<http://www.sic.gov.co/drupal/node/6717>

<http://www.colombiacompra.gov.co>