

Régimen de contratación directa en las compras públicas: limitantes a la facultad decisoria de contratación cuando no existe pluralidad de oferentes en el mercado¹



Carlos Ricardo Mendieta Pineda²

Resumen

El Estatuto de Contratación de la Administración Pública revistió de particulares facultades discrecionales a las entidades del Estado, para que, cuando verifiquen la no existencia de pluralidad de oferentes de bienes o servicios en el mercado, puedan prescindir de los procesos competitivos de selección contractual y proceder a su compra directa. El ejercicio de las referidas prerrogativas supone cierta libertad de elección entre diferentes alternativas de decisión para la consecución de un fin de interés general, sin embargo, la decisión administrativa, para su validez, ha de estar conforme con particulares valores, reglas y principios que acotan el referido margen decisional. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, el referido proceso decisional de compras públicas, por su naturaleza, se enfrenta a particulares fallas de mercado vinculadas a la competencia imperfecta, la información imperfecta y a los bienes públicos que afectan los procesos decisionales de compras públicas y la posibilidad de consecución de los fines esperados con la contratación. Referidas fallas que nos llevó a indagar sobre la posibilidad de recurso a esta modalidad de contratación directa, por la capacidad que esta tiene de generar situaciones ineficientes en la asignación de los recursos públicos y de generar pérdidas de bienestar para toda la colectividad.

Palabras clave: contratación directa; bienes sustitutos; eficiencia; fallas de mercado; libre concurrencia; libre competencia.

Direct Contracting Regime in Public Purchases: Limitations to the Decision-Making Power of Contracting When There Is No Plurality of Bidders in the Market

Abstract

The Public Administration Contracting Statute endowed State entities with particular discretionary powers for them to dispense with the competitive contractual selection processes, proceeding to directly purchase goods or services in the market when they verify the non-existence of a plurality of suppliers. The exercise of these prerogatives implies a certain freedom of choice between different decision alternatives to achieve a goal of general interest. However, to validate this administrative decision, it must be in accordance with particular values, rules, and principles that limit the decisional margin. Likewise, by nature, the foregoing decision-making process for public procurement faces market failures linked to imperfect competition, imperfect information, and public goods. These matters affect decision-making processes for public procurement and the possibility of achieving the expected ends of hiring. In this framework, this article examines the inefficiency of this contracting modality due to its failures in the allocation of public resources, giving rise to welfare losses for the entire community.

Keywords: substitute goods; direct contracting; efficiency; market failures; free concurrence; free competition.

Regime de contratação direta nas compras públicas: limitações ao poder decisório de contratação quando não existe pluralidade de licitantes no mercado

Resumo

O Estatuto de Contratação da Administração Pública revestiu os órgãos do Estado de poderes discricionários específicos, para que, quando verificarem a inexistência de pluralidade de licitantes de bens ou serviços no mercado, possam prescindir dos processos licitatórios de seleção contratual e proceder a sua compra direta. O exercício das referidas prerrogativas supõe certa liberdade de escolha entre as diferentes alternativas de decisão para a consecução de um fim de interesse geral, porém, a decisão administrativa, para que seja válida, deve estar de acordo com determinados valores, regras e princípios que limitam a margem decisória referida. Além disso, é necessário considerar que o referido processo decisório de compras públicas, por sua natureza, se enfrenta a particulares falhas de mercado vinculadas à concorrência imperfeita, a informação deficiente e aos bens públicos que afetam os processos decisórios de compras públicas e a possibilidade de consecução dos fins esperados com a contratação. Tais falhas nos levou a indagar sobre a possibilidade de recurso para esta modalidade de contratação direta, pela capacidade que ela tem de gerar situações ineficientes na designação dos recursos públicos e de gerar perdas de bem-estar para a coletividade em geral.

Palavras-chave: Contratação direta; bens substitutos; eficiência; falhas de mercado; livre acesso; livre concorrência.

1 Artículo de investigación e innovación. El presente artículo forma parte de los productos desarrollados por el autor con ocasión del proyecto de investigación solidario «ética pública: evaluación sobre competencia y libre concurrencia en el mercado de compras públicas en Colombia».

2 Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Abogado por la Universidad Libre, Colombia, economista y especialista en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia, Colombia. Profesor de las asignaturas Derecho Administrativo y Contratación Estatal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad El Bosque y, miembro del Grupo de Estudios Políticos y Jurídicos de la misma Universidad. Correo electrónico: mendietacarlosr@umbosque.edu.co. ORCID. ID: <https://orcid.org/0000-0002-0009-9069>

Cómo citar este artículo: Mendieta Pineda, C. R. (2022). Régimen de contratación directa en las compras públicas: limitantes a la facultad decisoria de contratación cuando no existe pluralidad de oferentes en el mercado. Estudios de

Derecho, 79 (173), 59-83

DOI: 10.17533/udea.esde.v79n173a03

Fecha de recepción: 2/8/2021 Fecha de aceptación: 6/12/21



Régimen de contratación directa en las compras públicas: limitantes a la facultad decisoria de contratación cuando no existe pluralidad de oferentes en el mercado

Introducción

El proceso de compras públicas por parte de las entidades del Estado supone que el mismo, para la realización de las finalidades públicas y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, ha de ser eficiente, transparente, imparcial, objetivo y proporcionado, pues a través de estos principios rectores contenidos en la Constitución y la ley, se garantizan los derechos de los ciudadanos a la igualdad frente al proceso de compras, al libre acceso a las oportunidades del desarrollo que se derivan de dicho mercado y, a la libre competencia, entre otros derechos.

Referidos principios de la función administrativa que imponen, para el proceso de compras, el deber de adelantar procesos públicos y competitivos de selección, sin embargo, de manera excepcional y por razones que requieren la pronta intervención del Estado o que impiden la realización de llamados públicos de selección o por motivos de economía o de eficiencia, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública autoriza un régimen especial de contratación directa, a través del cual, se reviste a las autoridades públicas de precisas facultades discrecionales para que en los casos previstos en la ley, pueda contratar directamente y sin acudir de manera previa a procesos competitivos de selección.

Dentro de dicho régimen especial, la ley autoriza a las entidades públicas a contratar directamente cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado (Ley 1150 de 2007, art. 2º, numeral 4º, literal g), esto es, cuando solo exista un único proveedor de bienes o servicios que pueda satisfacer la necesidad de la entidad, bien por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional (Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.1.2.1.4.8).

Esta causal de contratación directa nos plantea múltiples dilemas o cuestionamientos sobre la viabilidad y procedencia legal en su aplicación. Desde

la teoría microeconómica, los bienes son generalmente *sustitutos* en tanto pueden ser reemplazados por otros que satisfagan o cubran de forma perfecta o imperfecta la misma necesidad o son sensibles en la demanda por variaciones en el precio (elasticidad de la demanda)¹. También existen unos bienes no sustitutos, en tanto no pueden ser reemplazados por otros bienes por no tener la misma capacidad de satisfacer la necesidad que se busca cubrir. Ejemplos de estos últimos los encontramos en algunos medicamentos para el tratamiento de ciertas enfermedades que no pueden ser sustituidos por otro tratamiento y que son producidos por un único laboratorio.

Al amparo de los fines de los contratos del Estado, los valores y principios aplicables al ejercicio de la función administrativa, la teoría de los bienes sustitutos y los bienes no sustitutos, la causal de contratación directa en mención ha de estar referida en exclusiva a los bienes que no tienen un sustituto, pues de otra forma, la decisión de compra se traduciría en una vulneración a estos fines, valores y principios. No obstante, al revisar el contenido de la referida causal de contratación directa, se aprecia una amplia configuración normativa que puede ser asimilada a una mayor libertad de elección y llegar a comprender bienes que tienen un sustituto perfecto o eventuales sustitutos imperfectos que permiten alcanzar los resultados esperados con la contratación, dejando en entredicho su procedencia o viabilidad².

En el planteamiento *sub examine*, el problema jurídico que nos trazamos resolver consiste en establecer si la causal de contratación directa en mención está limitada a los bienes que no tienen un sustituto o por antonomasia, también resulta aplicable respecto de los bienes que tienen un sustituto. Nuestra hipótesis de trabajo es que dicha causal de contratación directa solo procede respecto de los bienes no sustitutos y, que además, en la decisión de compra se han de tener en cuenta particulares requisitos de validez determinados por la norma que autoriza el ejercicio de la potestad.

Para resolver el problema jurídico planteado analizaremos, mediante la aplicación del método deductivo, los siguientes temas: i) naturaleza y requisitos de validez del régimen de contratación directa; ii) valores, reglas y principios aplicables al régimen de contratación directa; y iii) examen de legalidad respecto

1 Sobre la teoría de los bienes sustitutos y no sustitutos y, la forma en que se toman las decisiones de consumo, véase: Varian (2010).

2 Le teoría microeconómica explica que un bien es sustituto perfecto cuando un consumidor es indiferente frente a una decisión de consumo, mientras que en los sustitutos imperfectos el consumidor no es indiferente pero la decisión de consumo le permite satisfacer la misma necesidad. Ejemplo de los primeros se encuentra en las vacunas que son suministradas por diferentes laboratorios con igual nivel de protección o respuesta, o también la gasolina que es suministrada por distintas estaciones de servicios. De los segundos, podemos citar el servicio que presta el transporte público individual y, el servicio que presta el transporte público colectivo, véase: Varian (2010).

de la aplicación de la causal de contratación directa “cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado” a bienes que tienen un sustituto.

1. Naturaleza y requisitos de validez del régimen de contratación directa

Los procesos competitivos de selección contractual para la compra de bienes o servicios por parte de las entidades del Estado, cumplen una función principal en el proceso de realización de las finalidades públicas, así como en la garantía de derechos y libertades de los ciudadanos, pues a través de la libre competencia y la libre competencia se pueden alcanzar situaciones óptimas o eficientes en la asignación de los recursos públicos, con lo cual, son posibles mayores estados de bienestar para toda la colectividad³.

Dicha posibilidad de asignación eficiente de los recursos públicos mediante la libre competencia, se enfrenta en el mercado de compras públicas al régimen de contratación directa previsto en la ley, en virtud del cual, se confieren especiales facultades o prerrogativas a las autoridades públicas, para que pueden adelantar procesos directos de compra de bienes, con prescindencia de los procesos competitivos de selección, con lo cual, esta modalidad de contratación restringe la función que cumple en el mercado en cuanto a la asignación de los recursos (el mercado funciona gracias al sistema de precios y la libre competencia) y, se traduce, por regla general, en una particular falla de mercado: los monopolios, donde el precio de los bienes no resulta de una situación de equilibrio entre la oferta y la demanda, sino que el mismo es controlado por el proveedor de dichos bienes o servicios⁴.

En la compra directa de bienes o servicios cuando en consideración de la entidad no existe pluralidad de oferentes en el mercado, el proveedor, bien puede sustituir en sus privilegios a los monopolios de mercado y, en consecuencia, tiene la misma posibilidad de controlar el precio ante la ausencia de competidores y la falta de información de mercado, motivo por el cual, este tipo de compras públicas a través de esta modalidad de contratación estarán más expuestas al riesgo

3 La libre competencia según el diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia de la Lengua Española (2016) es el “sistema en el que el precio de los bienes y servicios es acordado mediante el libre consentimiento de quienes intervienen en el tráfico económico, con arreglo a las leyes de la oferta y la demanda”.

4 Stiglitz (2000), explica como la posibilidad de alcanzar situaciones eficientes en la producción y en el consumo en el sentido de Pareto, se ha visto limitada por varias razones a saber: 1) La existencia en las economías de monopolios, oligopolios, monopsonios u oligopsonios, afecta la competencia perfecta, dada su gran incidencia en los precios de los bienes y servicios, como en los precios de los factores productivos. 2) La existencia de discontinuidades en la producción y en el consumo. 3) La existencia de externalidades en la producción y en el consumo. 4) Los agentes económicos no siempre se comportan de una manera racional de buscar la máxima ganancia, particularmente en el corto plazo, cuando un agente económico puede sacrificar utilidad en el corto plazo, para obtener una mayor utilidad en el largo plazo (pp. 91-100).

de asignación ineficiente de los recursos públicos y a pérdidas en el estado de bienestar para toda la colectividad⁵.

Es de señalar que si bien el proveedor directo de bienes o servicios no requiere, por disposición legal, acreditar la calidad de monopolio, el mismo, por el hecho del acto administrativo que excluye la posibilidad del proceso competitivo y declara la procedencia de la contratación directa, alcanza los privilegios que son propios de un monopolio. Entonces, en cualquier caso, estaremos en presencia de una falla de mercado: competencia imperfecta, que sumada a la información imperfecta que resulta de la decisión, obstaculizan el proceso de identificación de los bienes sustitutos y afectan de manera adversa el proceso de asignación de los recursos.

La existencia de fallas precisas de mercado en el referido proceso de compras públicas, impone a las autoridades deberes especiales de diligencia y cuidado para el ejercicio de sus prerrogativas dentro de precisos valores, reglas y principios. Las reglas, delimitan el proceso decisional del Estado en el proceso de compras públicas de manera determinada, mientras que los valores y principios, lo hacen de manera indeterminada, limitando o acotando el margen de decisión o de apreciación de la autoridad pública para la efectiva consecución de los fines que la norma autoriza; en dicho marco de valores, reglas principios, su correcta aplicación cumple una labor principal para promover el ejercicio de una función administrativa eficiente, eficaz, racional, razonable, objetiva, imparcial y proporcionada (Marín Hernández, 2007).

1.1. La causa del contrato en régimen de contratación directa

La causa del contrato administrativo corresponde a un elemento esencial para la eficacia y validez del acto jurídico, la cual está comprendida dentro de los mismos elementos de la dogmática privatista del contrato que distinguen unos elementos que son de su esencia, otros que son de su naturaleza y otros que son accidentales al negocio jurídico⁶. Además de este elemento, encontramos la capacidad para poderse obligar por sí mismo sin ministerio o autorización de otra, el consentimiento o declaración libre de vicio y, el objeto lícito (Código Civil, art. 1502). Capacidad que, en presencia de contratos del Estado, se concreta en la competencia del órgano o

5 Para alcanzar el bien común y lograr al mismo tiempo la justicia social y el desarrollo económico, es preceptivo propiciar una cultura de la competencia bajo un clima de libertad y autonomía, que se proteja la iniciativa privada y el emprendimiento, que se respete la diversidad y el pluralismo propio de una sociedad democrática, que en general, se proteja la libre competencia, que es un bien jurídico superior, indispensable para asegurar la eficiencia en la asignación de los recursos disponibles en la economía y al mismo tiempo, para asegurar la libertad de elección de las personas. La competencia debe tener un principio regulador, que permita precaver prácticas restrictivas de la misma, véase: Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017.

6 De acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, son de la esencia del contrato, "aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente".

entidad del Estado, y que, además, dentro de sus elementos, requiere de la forma escrita para nacer a la vida jurídica (Ley 80 de 1993, art. 39).

Los contratos del Estado encuentran su causa y su objeto en la Constitución y la Ley, que definen precisamente la razón que los motiva e inspiran y establecen los medios para su realización. La causa, está relacionada con el motivo y la finalidad propia del acto (Constitución Política (C.Po.), art. 2º, Ley 80 de 1993, art. 3º), mientras que el objeto, está relacionado con la prestación de los servicios en forma general, permanente y continua (C.Po., art. 365, Ley 80 de 1993, art. 2º)⁷. Finalidad que se manifiesta en el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la observancia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación ciudadana (C.Po., art. 2º)⁸.

Asimismo, corresponde tener en cuenta, que el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población, la solución de las necesidades insatisfechas son fines sociales del Estado (C.Po., art. 366). El *bien común*, elemento finalístico de la actividad contractual del Estado, se concreta no solo con la prestación de un servicio o atención de necesidades de la comunidad, sino que requiere que la prestación esté conforme con determinadas *condiciones de eficiencia* en su prestación y ejecución (C.Po. art. 209 y 267), que asegure *situaciones socialmente óptimas* y acordes con las aspiraciones de la colectividad, dentro de un marco de legalidad y conforme a un conjunto de valores superiores establecidos previamente por ella⁹.

Bajo el régimen de contratación directa por ausencia en la pluralidad de oferentes, la causa del contrato también ha de ser un medio eficiente para la

7 La causa del contrato de acuerdo con el Consejo de Estado está relacionada con “la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad (...)” (Consejo de Estado, Sentencia 18080 de 2011).

8 La Corte Constitucional colombiana al referirse a la finalidad de la contratación estatal destaca que la misma “está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. (...) En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad” (Corte Constitucional, Sentencia C-932 de 2007).

9 Sainz Moreno (como se citó en Marín Hernández, 2007), destaca sobre el contenido del interés general que corresponde al legislador definir que: “la legislación es la vía natural de expresión de la idea que la sociedad tiene del bien común” (p. 147). Y si bien el autor no desconoce que en ocasiones el legislador puede estimar oportuno encomendar a la Administración la tarea de llevar a cabo una valoración o “medición” de dicho interés público para algún supuesto concreto, “directamente mediante fórmulas en las que se remite a lo que conviene o perjudica al interés público, o indirectamente mediante la atribución de la potestad de decidir discrecionalmente” (p. 147), se insiste en que tanto en un caso como en otro “la decisión administrativa sigue sujeta al principio de que el contenido de la idea de ‘interés público’ determina, en último término, la opinión común de la sociedad” (p. 147).

satisfacción de necesidades públicas o de interés general y sin consideración del tipo de bien o servicio, esto es, la decisión de compra directa ha de pasar por una identificación de todos los bienes o servicios disponibles en el mercado que permiten atender la necesidad, así como, una evaluación previa sobre las distintas alternativas de decisión y, solo en el evento en que se llegue a la conclusión de que existe un único bien o servicio en el mercado que puede satisfacer dicha necesidad y, que además, solo existe en el mercado un único proveedor de dicho bien, resultaría procedente esta modalidad de contratación al amparo de la Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4º, literal g. Conclusión que puede ser probable solo en presencia de bienes no sustitutos y que se encuentren en condición de monopolio¹⁰.

1.2. Requisitos de validez del régimen de contratación directa

Adicional a la causa que ha de verificarse en el régimen de contratación directa previsto en el literal g, la decisión de compra directa de la autoridad pública ha de cumplir determinados requisitos de validez para su conformidad con los fines de la función administrativa, dada su vinculación con el principio de legalidad que entraña el deber de subordinación de los actos del poder público a la Constitución y la ley y, que además impone particulares deberes de eficiencia, eficacia, imparcialidad, objetividad y proporcionalidad de la decisión. La inobservancia de los referidos requisitos puede dar lugar a la invalidez de la decisión¹¹.

En efecto, las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones y competencias, en algunos casos, ejecutan la ley y, en otros, disponen o están revestidas de determinados márgenes de decisión o de apreciación para la consecución de los fines esperados por la norma; esto es, dicha facultad decisoria, está acotada por precisas reglas y principios contenidos en la Constitución y la ley, a través de los cuales, se guía el actuar de las autoridades en búsqueda de la realización del bien común y la satisfacción de las necesidades públicas¹².

1.2.1. Razonabilidad y eficiencia de la decisión.

Las necesidades públicas pueden ser objeto de satisfacción a través de distintas alternativas de decisión. Con dicho propósito, las autoridades han de identificar

10 Castro Cuenca (2017), al realizar una investigación sobre las causas de la corrupción en Colombia, encuentra dentro de los factores que la favorecen en la contratación pública, la causal legal de contratación directa que tiene lugar por inexistencia de pluralidad de oferentes, la cual, en consideración del autor, es muy poco creíble en la sociedad actual (p. 125).

11 Para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad (Corte Constitucional, Sentencia SU172 de 2015).

12 Sobre el ejercicio de facultades discrecionales por las autoridades públicas, véase: Marín Hernández (2007).

y evaluar de manera plena y objetiva las diferentes alternativas válidas, y evaluar los costos en relación con sus beneficios, teniendo en consideración el carácter escaso y limitado de los recursos públicos. Por este motivo, les corresponde a las entidades del Estado la búsqueda de decisiones óptimas o eficientes respecto a las necesidades que se pretenden satisfacer, minimizando los costes económicos y sociales y, maximizando los beneficios¹³. Por ello, las decisiones de compra de las autoridades públicas han de pasar por una evaluación previa que les permita establecer si los beneficios esperados con la compra son superiores a sus costos, a través de un análisis costo-beneficio¹⁴.

Según el referido análisis, las autoridades han de decidir la conveniencia y oportunidad de una compra pública para la satisfacción de una necesidad en particular, para lo cual deben: i) identificar el conjunto de bienes o servicios que permiten la satisfacción de la necesidad¹⁵; ii) identificar todos los costes, impactos o consecuencias relacionados con cada posibilidad; iii) calcular los beneficios esperados con la contratación y, iv) sumar los costes y los beneficios para establecer la rentabilidad social de la compra (Stiglitz, 2000 p. 314).

La entidad ha de adoptar la decisión de compra que lleve consigo mayor beneficio social, teniendo en cuenta el *coste de oportunidad*, esto es, la rentabilidad social que podría generar los recursos afectados en otro tipo de compra pública¹⁶. Si los beneficios sociales en relación con los costos de la compra pública considerada son negativos, no es conveniente u oportuna su realización y los recursos han de destinarse en otro tipo de compra. De esta forma, la decisión racional supone que la entidad del Estado tiende a maximizar su utilidad-beneficio y a reducir los costos vinculados a su provisión, con lo cual, se puede optimizar el uso de los recursos públicos y generar una mayor mejora en las condiciones para la colectividad (Stiglitz, 2000, p. 314).

En este sentido, la decisión de compra ha de suponer: i) que es un medio adecuado para la consecución de los fines perseguidos con la contratación; y ii) que es la mejor decisión para la satisfacción de necesidades públicas en bienes o ser-

13 En cuanto al principio de eficiencia, la Corte Constitucional ha señalado: “que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios” (Corte Constitucional, Sentencia C-826 de 2013).

14 Sobre el análisis costo-beneficio se puede consultar el libro *La economía del Sector Público* de Stiglitz (2000), capítulo XI (p. 313-327).

15 Varian (2010) al explicar la forma en que los consumidores toman sus decisiones informa que “los objetos que elige el consumidor se denominan cestas de consumo. Estas consisten en una lista completa de los bienes y los servicios a que se refiere el problema de elección que estamos investigando” (p. 35).

16 El costo de oportunidad lo asimila Stiglitz (2000) a aquél que se sacrifica en otros usos (p. 314).

vicios, conforme a una evaluación costo/beneficio. De tal forma que la adopción de decisiones incoherentes en relación con los fines, llevan consigo una pérdida de bienestar para toda la colectividad.

Dicha eficiencia en la asignación de los recursos disponibles en una economía es esencial para alcanzar estados superiores de bienestar y de desarrollo al posibilitar niveles más altos de producción o de utilidad del consumidor (Stiglitz, 2000, pp. 67-85). Eficiencia que en materia de compras públicas, ha de suponer: i) que el sector público ha seleccionado, entre las diferentes alternativas racionales de decisión, la que representa la mejor relación costo/beneficio; ii) los bienes o servicios del mercado de compras públicas se transan en condiciones de competencia perfecta, esto es, no sujeto al poder individual de mercado (monopolios, oligopolios); y iii) productores y consumidores disponen de información plena o perfecta para la toma de decisiones¹⁷. Asimismo, decisiones de compras públicas objetivas, imparciales y proporcionadas, son base esencial para la distribución equitativa de las oportunidades del desarrollo¹⁸.

1.2.2. Racionalidad y eficacia de la decisión.

La posibilidad de realización de los fines de los contratos del Estado previstos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993¹⁹, requiere la observancia de particulares deberes de conducta por parte de las autoridades públicas y la toma de las mejores decisiones²⁰. Estas últimas, según previsiones constitucionales y la referida disposición, son aquellas que satisfacen los fines mediante una gestión adminis-

17 Sobre estos dos últimos elementos, explica Herrera Daza (2013), la eficiencia en el sentido de Pareto nos informa, “una economía puede alcanzar ese estado deseable bajo dos supuestos: 1) que todos los consumidores y todos los productores operen en mercados de competencia perfecta, o sea, que carezcan de poder de mercado individual, y 2) existe un mercado para todos y cada uno de los bienes. Bajo estas condiciones y supuestos, el primer teorema de la economía del bienestar establece que en determinadas condiciones una economía competitiva alcanza un punto a lo largo de la curva de posibilidades de utilidad, no por debajo de esta, esto es, que se producirá una asignación eficiente en el sentido de Pareto. Entonces, una economía competitiva asigna de manera automática (‘mano invisible’ de Smith) y eficiente los recursos, sin necesidad de la intervención del Gobierno” (p. 42).

18 El papel que cumple el Estado en la economía se encuentra previsto en el artículo 334 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 003 de 2011, el cual señala que “la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho (...)”.

19 El artículo 3º de la Ley 80 de 1993 es explícito en dicho deber al señalar que, corresponde a los servidores públicos tener “en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

20 La forma en que los individuos toman decisiones de contenido económico es objeto de estudio por la microeconomía. Varian (2010) en los capítulos 2 y 3 explica cómo los individuos toman las mejores decisiones.

trativa eficiente y eficaz (C.Po., art. 2º, 209, 256 numeral 4º, 268 numeral 2º, 277 numeral 5º, 343 y 365)²¹.

La eficacia supone que el medio seleccionado por la autoridad pública tiene la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera” (Real Academia de la Lengua Española, 2014); esto es, frente a las distintas posibilidades de decisión, la autoridad selecciona la más adecuada a los fines de la actuación y que están a su alcance.

Las distintas posibilidades de decisión para la satisfacción de necesidades públicas por bienes estarían dadas por una lista completa de *bienes sustitutos* (perfectos e imperfectos) para su realización, donde la sustitución del bien puede ser igualmente apta para la consecución de un fin público, pero cada una de estas alternativas de decisión representa una relación distinta de utilidad o de beneficios en relación con sus costos²². Una decisión racional “significa que el agente actúa buscando lo mejor frente a lo peor”²³.

La eficacia supone entonces: que las entidades para asegurar la efectiva realización de los fines esperados con la contratación han identificado y evaluado las distintas alternativas para la satisfacción de la necesidad y han elegido las que les permiten maximizar sus beneficios o utilidad y reducir sus costos.

1.2.3. Imparcialidad y objetividad en la decisión.

El principio de imparcialidad supone un derecho subjetivo que se concreta en la igualdad en el trato y en la prohibición de discriminación. Principio que acorde con el contenido del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, impone un deber de conducta a las autoridades públicas, para que, en los procesos de compras públicas y en la realización de los fines de la contratación, aseguren y garanticen “los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

21 Sobre el desarrollo de los principios de eficiencia y de eficacia en la Constitución, se puede consultar la Sentencia C-826 de 2013.

22 Los individuos, en general, al igual que el Estado, se enfrentan de manera cotidiana a un conjunto de decisiones, donde les corresponde hacer una elección entre varias posibles. Las ciencias sociales se han ocupado del estudio de las decisiones, en particular la ciencia económica a través de la teoría de la elección racional. Teoría que según explica Sánchez (2009) “parte del supuesto de que los agentes son racionales” (p. 13).

23 Sobre las decisiones racionales González (2003), destaca que Herbert Simon se ocupa en tratar de comprender los mecanismos que “utiliza el ser humano cuando se enfrenta a situaciones problemáticas de elección entre alternativas bajo incertidumbre, con el objetivo de guiar de un modo racional futuros cursos de acción, con lo que esto tiene de interés para la acción pública”. Asimismo destaca que la propuesta metodológica de Popper sobre “las acciones humanas es la ‘lógica Situacional’ o ‘Análisis Situacional’”. A su juicio es un método que garantiza la objetividad, y es válido para el conjunto de las ciencias sociales. En este método lo que pretende es determinar cuál es la mejor alternativa de elección para un individuo en una situación concreta, suponiendo que dicho individuo actúa de forma absolutamente racional, esto es, la lógica situacional es una ‘lógica de elecciones situacionales”.

Esto es, todas las personas interesadas en participar en el mercado de compras públicas, les asiste el derecho fundamental de libre acceso a las oportunidades y de concurrir a todos los procesos de compras públicas, así como de poder acceder libremente a la información sobre los distintos procesos de compras que se tengan previstos adelantar por parte de todas las entidades del Estado²⁴. Por dicha razón y ante la posibilidad de existencia de bienes sustitutos para la satisfacción de la necesidad, les asiste a todas las autoridades públicas el deber de publicitar sus decisiones de compra de manera previa a la iniciación del proceso de contratación, con el propósito de garantizar el derecho a la participación y a la contradicción de todos los agentes de mercado.

La realización de procesos cerrados de compras públicas, bajo condiciones de competencia e información imperfecta y, al amparo de la causal de contratación directa relativa a la inexistencia de pluralidad de oferentes, afecta el proceso decisional de compra que debería estar basado en la identificación plena de todos los bienes sustitutos, preferiblemente perfectos, aumentando con ello, la exposición al riesgo de desconocimiento de los derechos fundamentales a la participación y al libre acceso a las oportunidades del desarrollo, así como de asignación ineficiente de los recursos públicos y, de consecución de menores estados de bienestar para toda la colectividad²⁵.

La igualdad en el proceso de compras públicas ha de traducirse, además, en requerimientos o condiciones que aseguren la libre participación, la libre competencia, la configuración de ofrecimientos con el mismo alcance o extensión y la comparación objetiva de los ofrecimientos conforme a una relación calidad/precio (Ley 80 de 1993, art. 24.5 literal b). De allí que se ha de disponer de manera previa a la contratación, de toda la información necesaria y suficiente para mantener constante la variable relativa al alcance de la contratación y asegurar la efectiva consecución de los resultados esperados con la misma (Ley 80 de 1993, art. 24.5 literal c)²⁶.

24 La Corte Constitucional, al referirse a este derecho informa que, “el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados” (Corte Constitucional, Sentencia C-862 de 2008).

25 La verificación de la presunta existencia de un único proveedor de bienes o servicios en el mercado es realizada de forma unilateral y reservada por los órganos de la Administración, sin que los productores de bienes sustitutos tengan la oportunidad de participar en el proceso. Asimismo, productores de bienes que estén en capacidad de satisfacer particulares necesidades de compra del sector público, no tienen la oportunidad de concurrir a este tipo de procesos por el carácter cerrado y unilateral de los mismos, pues solo conocerán del proceso después de haberse realizado la compra y haberse hecho pública la misma en el portal de contratación del Estado.

26 Véase: Consejo de Estado, Sentencia 31447 de 2007.

La imparcialidad en las compras públicas se constituye así, en una variable determinante del elemento “precio de la contratación”, pues su ausencia, se traduce en límites no justificados a la libre competencia y a la libre concurrencia en el mercado de compras públicas. La libre competencia, es presupuesto esencial para la asignación eficiente de los recursos disponibles en la economía, pues el precio de equilibrio en el mercado ha de ser el resultado de la libre relación entre la oferta y la demanda por bienes y servicios (Stiglitz, 2002, pp. 92-95).

Conforme con lo anterior, la imposición de restricciones de acceso no justificadas al mercado de compras públicas, se traduce en una vulneración de derechos constitucionales a la igualdad en el trato, a la libre competencia y a la libre concurrencia, constituyéndose en obstáculo para la consecución de situaciones óptimas o eficientes de asignación de recursos, por los mayores costos asociados a los procesos de compras y las pérdidas de bienestar que genera para toda la colectividad.

1.2.4. Proporcionalidad de la decisión.

El ejercicio de facultades discrecionales por la autoridad supone cierta libertad de elección entre diferentes alternativas de elección o de decisión para la consecución de un fin de interés general, sin embargo, la elección o la decisión ha de ser necesaria y adecuada al fin perseguido con el ejercicio de la función (Ley 1437 de 2011, art. 43), esto es, la decisión ha de ser adecuada a los hechos que le sirven de causa y, en consecuencia, el principio de proporcionalidad comporta un preciso límite a la pretendida libertad de elección (Marín Hernández, 2007, 2019).

En este sentido, el ejercicio de la pretendida facultad discrecional para la compra directa de bienes por considerar que no existe pluralidad de oferentes en el mercado, se enfrenta a múltiples posibilidades de elección o de decisión que han de ser identificadas por la Administración y dentro de las cuales se destaca: i) la de establecer que el bien requerido puede tener sustitutos cercanos, pero que estos, no son aptos para la atención de la necesidad que se pretende satisfacer; ii) la de suponer que el bien requerido no tiene sustitutos cercanos y que es el único medio posible para la atención de la referida necesidad; y iii) la de declarar que el bien o servicio requerido tiene sustitutos cercanos que pueden ser aptos para la atención de dicha necesidad y, que por este motivo, no es procedente el recurso a la contratación directa.

La evaluación de las alternativas de elección para su conformidad con el principio de proporcionalidad puede darse a través de un test estricto, de idoneidad o de necesidad, conforme a las pautas dadas por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado. Mediante el test de idoneidad se puede medir “si la decisión administrativa es adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone.

La Administración solo posee discrecionalidad para elegir entre medidas eficaces” (Muñoz Machado, 2015, p. 294). A través de un test de necesidad es posible examinar “si existen otras alternativas menos gravosas. Este examen es imprescindible cuando la medida afecta a derechos o intereses individuales, especialmente en el caso de medidas de limitación” (Muñoz Machado, 2015, p. 294).

Un tercer test de proporcionalidad estricta permite establecer si,

La decisión administrativa no va a producir desventajas que no sean compensables con los beneficios que esperan obtenerse con la consecución de los fines que la decisión persigue. El análisis a efectuar por los tribunales sería, en este caso, de identificar los beneficios que la decisión produce, para valorar si compensan las desventajas. (Muñoz, 2015, p. 294).

Esto es, la decisión de contratar de forma directa un bien por presunta ausencia de pluralidad de oferentes, ha de pasar por un examen previo sobre: i) la adecuación de la compra a los fines de la contratación (Ley 80 de 1993, art. 3º); ii) la existencia de otras alternativas de compra (bienes sustitutos) que representen para la colectividad un menor coste económico, social o ambiental; y iii) los costes y los beneficios de la decisión.

2. Reglas básicas para el cumplimiento de los fines de la función administrativa en régimen de contratación directa

La compra directa de bienes por no existencia de pluralidad de oferentes en el mercado de compras públicas encuentra apoyo legal en una facultad discrecional conferida a las administraciones públicas, para que, con prescindencia de un proceso competitivo de selección, puedan contratar directamente previa verificación y declaración de dicha situación a través de un acto administrativo motivado. El ejercicio de dicha prerrogativa no ha de suponer libertad de contratación por parte de las entidades del Estado, sino que ella, además de los referidos requisitos de validez, ha de cumplir con unas reglas básicas y principios que se imponen al ejercicio de la función administrativa para la efectiva realización de los fines del Estado, la satisfacción del interés general y la prestación eficiente de los servicios públicos a su cargo (C.Po., art. 2º, 209, 365; Ley 80 de 1993, art. 3º). Dentro de dichas reglas básicas procede tener en cuenta:

2.1. De la planeación del proceso de contratación

La decisión de recurso a la contratación directa por no existencia de pluralidad de oferentes en el mercado, al igual que toda decisión de compra, ha de pasar por un

proceso previo de *planeación, evaluación y preparación*. La *planeación* es esencial para la promoción de la libre competencia, la efectiva consecución de los resultados esperados con la contratación, la eficiencia en la asignación de los recursos y, la efectiva gestión del riesgo contractual, entre otros²⁷.

La *planeación* en el proceso decisional de compras públicas es un principio rector de la contratación estatal que permite, mediante acciones presentes, evaluar y caracterizar los medios más apropiados de intervención o más adecuados para conseguir en un futuro que, la asignación de recursos se efectúe con criterios de eficiencia, razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad e imparcialidad, así como con sujeción al principio de legalidad de los actos²⁸.

Dentro de dicha etapa de planeación, previa a la contratación, la caracterización de la necesidad y la identificación de alternativas para la satisfacción de la necesidad cumple una función principal: permite evaluar de forma objetiva los resultados, beneficios y costos esperados con la contratación, los riesgos o vicisitudes que puedan afectar la ejecución contractual, los esquemas de retribución y de distribución de cargas y beneficios. La planeación, permite así, verificar la conformidad de la decisión de compra con los principios de la función administrativa, garantizar los derechos y libertades de las personas, así como minimizar el riesgo de asignación ineficiente de los recursos públicos o la obtención de productos ajenos a la necesidad que se pretendía satisfacer por la entidad²⁹.

27 El principio de planeación, según expone el Consejo de Estado, si bien no se encuentra regulado de forma explícita en el Estatuto de Contratación, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal se infiere de los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución, así como de la Ley 80 de 1993 en sus artículos 25 numerales 6, 7 y 11 a 14, artículo 26 numeral 3, artículo 30 numerales 1 y 2. La ausencia de planeación en la decisión de compra, según el Consejo “ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales” (Consejo de Estado, Sentencia 19730 de 2012).

28 Véase, i) Consejo de Estado, Sentencia 00169 de 2017, dónde se declara la nulidad absoluta de un contrato suscrito por la Compañía de Electricidad de Tuluá por falta de planeación; ii) Consejo de Estado, Sentencia 27315, 24 de abril (2013), dónde se declara la nulidad absoluta de un contrato suscrito entre el Área Metropolitana de Bucaramanga y el señor Jairo Ospina Cano por falta de planeación.

29 Relativo al deber de planeación, el Consejo de Estado señaló “los contratos del Estado ‘deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad’ “(...) La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (...) De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva” (Consejo de Estado, Sentencia 27315 de 2013).

La falta de planeación para este tipo de procesos se traduce así, en una falla de mercado en las compras públicas: la *información imperfecta* (Stiglitz, 2000, pp. 96-99). Falla que impide conocer la existencia de bienes sustitutos, las alternativas de solución para la atención de la necesidad que se pretende satisfacer o las distintas variables que determinan el precio de la contratación y que son indispensables para la realización objetiva de una evaluación coste-beneficio de la contratación. Es de señalar que la existencia de bienes sustitutos preferiblemente perfectos haría por regla general improcedente la referida modalidad contratación.

2.2. Requisitos particulares

El acto administrativo de justificación de la contratación directa por no existencia de pluralidad de oferentes según los requisitos contenidos en el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, además de estar precedida de los estudios y documentos previos, ha de estar conforme con una serie de requisitos, a saber:

2.2.1. Estudios y documentos previos.

Las decisiones de compras públicas, además del cumplimiento de unos requisitos esenciales y de validez, imponen a las entidades del Estado un deber de motivación del acto y de elaboración previa a la contratación de unos estudios y documentos previos a través de los cuales: i) se caracteriza la necesidad por bienes o servicios (Ley 80 de 1993, art. 25.7), esto es, se determina la existencia y carácter de una necesidad pública; ii) se evalúan los costos en relación con los beneficios sociales que se derivan de la atención de esa necesidad y se establece su conveniencia y oportunidad (C.Po., art. 365, Ley 80 de 1993, art. 30.1); iii) se evalúa la exposición frente al riesgo que lleva consigo la contratación (Ley 1150 de 2007, art. 4); y iv) se establecen los esquemas de distribución de cargas y de beneficios³⁰.

Necesidad de compra que, según la RAE, puede estar referida a la “carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida” y, que en materia de necesidades públicas o colectivas puede estar aludida a la carencia de bienes o servicios que han de satisfacerse indispensablemente para la prestación de los servicios públicos de forma eficiente, general, permanente y continua o que son

30 El contenido de los estudios y documentos previos se encuentra previsto en el artículo 2.2.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 399 de 2021. Dichos estudios y documentos, según el referido artículo “son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección”. En el caso de la contratación directa, los estudios y documentos previos han de ser la base para la realización de la invitación.

requeridos para preservar el orden y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado³¹.

La caracterización de la necesidad ha de pasar por un estudio diagnóstico, por ser este un insumo esencial para identificar la causa de un problema y la población objetivo, establecer el tipo y tamaño de la necesidad, identificar las alternativas de atención de la necesidad, así como para la elaboración de un plan que permita satisfacer la necesidad (Fontaine, 2008). Igualmente, ha de permitir identificar el alcance de la contratación y establecer los resultados esperados con la provisión de dichos bienes o servicios.

Producto de la caracterización se podrá confirmar si la necesidad es real y si la compra de bienes o servicios es indispensable para garantizar la prestación de los servicios de forma general, permanente y continua, así como para establecer si la decisión de compra es racional, razonable e imparcial y, si además, es un medio adecuado para la realización de los fines esperados con la contratación³². Con este último propósito se impone la realización de una evaluación costo/beneficio de forma previa a la compra, pues así se podrá verificar si la decisión es *eficiente* y *eficaz*³³.

2.2.2. Evaluación de la viabilidad jurídica de la modalidad de compra.

Caracterizada la necesidad y evaluada la conveniencia y oportunidad de la compra, corresponde a la Administración pública averiguar si se cumplen los presupuestos legales para prescindir de un proceso competitivo de selección contractual. Con dicho propósito, la autoridad pública, además de comprobar los requisitos contenidos en el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, esto es, que solo existe “una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional”, ha de verificar, como antes indicamos, si el bien o servicio tiene o no sustitutos cercanos y si es el único medio disponible para la atención de la necesidad.

31 Véase en este sentido el artículo 2º, numeral 3º de la Ley 80 de 1993.

32 Siguiendo a Stiglitz (2000), el sector público ha de saber no sólo que existe un argumento a favor de la intervención del Estado; ha de averiguar si los beneficios de esa intervención (proyecto, regulación) son superiores a sus costes: por ejemplo, ¿debe construir un aeropuerto, y en caso afirmativo, de qué dimensiones? (p. 313 y ss.).

33 “La eficiencia se mide sumando simplemente las pérdidas o las ganancias de cada persona. La equidad se mide observando una medida global de la desigualdad existente en la sociedad. Si el proyecto produce ganancias positivas netas (efectos positivos en la eficiencia) y reduce la desigualdad medida, debe realizarse. Si produce pérdidas positivas netas y aumenta la desigualdad medida, no debe realizarse. Si la medida de la eficiencia muestra ganancias pero la de la igualdad muestra pérdidas (o viceversa), existe una disyuntiva, que se evalúa utilizando una función social de bienestar: ¿cuánta desigualdad adicional está dispuesta a aceptar la sociedad para aumentar la eficiencia?” (Stiglitz, 2000, p. 124).

Si la conclusión después de haberse caracterizado la necesidad y el sector relativo a la contratación es que, en efecto, el bien o servicio requerido es el único medio disponible para la atención de la necesidad que se pretende satisfacer, no tiene sustitutos cercanos (no existe otro tipo de bienes o de soluciones tecnológicas que permitan atender la necesidad) y solo existe una persona que pueda proveer el bien o servicio, resultaría procedente el recurso a la contratación directa. Esta conclusión es probable cuando estamos en presencia de una situación de monopolio natural y eventualmente en situaciones de monopolio puro, comercial o artificial. El primero tiene lugar por la existencia de barreras que impiden el ingreso de otros competidores, verbigracia, servicios públicos domiciliarios para el suministro de agua potable, alcantarillado, gas natural, mientras que los otros, se presentan por la ausencia de competidores en el mercado³⁴.

Si la conclusión, por el contrario, es que el bien requerido tiene sustitutos cercanos o perfectos, no es el único medio posible para la atención de la necesidad que se pretende satisfacer o existe más de una persona que pueda proveer el bien o servicio, no resulta procedente el recurso a la contratación directa, pues es deber de las entidades del Estado y derecho de los agentes económicos la garantía de la libre competencia y el libre acceso a las oportunidades del desarrollo (C.Po., art. 333 y 334), imponiéndose en consecuencia, un proceso competitivo de selección.

Es de señalar que la ausencia de medios alternativos o la existencia de bienes no sustitutos, en un mercado que está en continuo cambio por los avances en la ciencia y la tecnología y, donde, además, se ha de garantizar la libre competencia, es muy poco probable y por lo general, se podrá acudir a un bien o producto alternativo o sustituto para la atención de la necesidad. De modo que, frente a la existencia de mecanismos alternativos o la existencia de competidores, se impone para la Administración pública en virtud del principio de transparencia, el deber de recurso a un proceso competitivo de selección contractual.

2.2.3. *Elaboración estudio del sector.*

Caracterizada la necesidad de compra, la entidad ha de conocer “el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial,

34 Stiglitz (2000), al referirse a los monopolios naturales, explicita: “El fallo del mercado más importante que ha llevado a la producción pública de bienes privados es la inexistencia de competencia en los mercados. Esta constituye, al menos en parte, la razón por la que el Estado produce servicios de correos, telecomunicaciones, agua, puertos, electricidad, etc. Como vimos en el capítulo 4, una razón frecuente por la que los mercados pueden no ser competitivos es la existencia de rendimientos crecientes de escala; es decir, los costes medios de producción disminuyen cuando aumenta el nivel de producción. En ese caso, la eficiencia económica requiere que haya un número limitado de empresas. Las industrias en las que los rendimientos crecientes son tan importantes que solo debe haber una empresa se denominan monopolios naturales. Un buen ejemplo es el agua. El principal coste del suministro de agua es la red de tuberías. Una vez que estas se han instalado, los costes adicionales de suministrar agua a un usuario adicional son relativamente insignificantes. Sería claramente ineficiente instalar dos conducciones, una al lado de la otra, para suministrar agua a dos viviendas contiguas. Lo mismo ocurriría con la electricidad, la televisión por cable y el gas natural” (p. 221).

financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo” (Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.1.1.16.1), que le permita tener información sobre las condiciones de mercado para la contratación. Información sobre la oferta y la demanda por este tipo de bienes o servicios, le permitirá a la entidad saber los precios de mercado y las condiciones comerciales, técnicas o financieras que podrán ser requeridas en la invitación para garantía de los fines de la contratación (Ley 80 de 1993, art. 3º).

La correcta caracterización del sector es esencial para que la entidad del Estado pueda precaver el riesgo de prácticas restrictivas de la libre competencia o de la libre concurrencia en el mercado de compras públicas. La libre competencia, es presupuesto para alcanzar un precio óptimo en la compra de bienes o servicios y, contrario sensu, la falta de competencia genera una falla de mercado (monopolio) donde es escasa la posibilidad de asignación eficiente de los recursos públicos (Stiglitz, 2002, p. 92). Las fallas de mercado, según lo explica la teoría económica, corresponden a situaciones que afectan el proceso de asignación de recursos en la economía y generan ineficiencia de mercado.

La inexistencia o inadecuada caracterización de las condiciones de mercado contribuyen a la concentración de las compras públicas o la conformación de monopolios, abre espacios a las prácticas restrictivas de la libre competencia, limita el libre acceso a las oportunidades del desarrollo, motivan de forma equívoca el proceso decisional de compras públicas, distorsionan la información del mercado e inducen a la asignación ineficiente de los recursos públicos con la consecuente pérdida de bienestar para toda la colectividad.

3. Evaluación de las reglas aplicables al régimen de contratación directa con relación a los requisitos de validez

De la evaluación de los requisitos de validez y reglas aplicables a la contratación directa por no existir pluralidad de oferentes en el mercado, se derivan un conjunto de consecuencias que limitan o acotan el margen decisional del Estado, o que bien pueden condicionar la validez de la contratación. De allí que la posibilidad de prescindir de procesos públicos de selección contractual, de un lado, se encuentra acotada de manera especial por el contenido de la norma que la autoriza y por los fines de la contratación; y de otro, por la existencia de fallas de mercado a las que se enfrenta este tipo de decisiones y que tienen la capacidad de afectar la posibilidad de consecución de los fines esperados con la contratación, así tenemos:

3.1. De la relación entre la norma que autoriza el ejercicio de la potestad y los requisitos de validez de la contratación directa

La facultad de decisión otorgada a las entidades del sector público para contratar de forma directa cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado (Ley 1150 de 2007, art. 2º, numeral 4º), responde a particulares *elementos determinados* y otros de *contenido indeterminado* que limitan o acotan su ejercicio, para racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la decisión³⁵.

Disposición que reviste a las entidades del Estado de particulares potestades regladas y, otras flexibles y adaptables a las particularidades de cada decisión en concreto, donde las autoridades públicas quedan revestidas de un mayor margen de apreciación. Así, la disposición en mención contiene: 1) *reglas* aplicables al régimen de contratación directa que han de ser tenidas en cuenta por las autoridades públicas al momento de invitar y de contratar, verbigracia, el deber de verificar que no exista pluralidad de oferentes en el mercado; 2) *conceptos jurídicos indeterminados* que corresponde a un elemento abstracto contenido en la norma jurídica, cuyos límites no pueden ser bien precisados en su enunciado y, que por dicha razón resultan aplicables según criterios de racionalidad o de razonabilidad, como por ejemplo, el de considerar cuál es el mejor medio para la satisfacción de una necesidad pública (Marín Hernández, 2007).

Dicho carácter indeterminado de la norma requiere para su correcta aplicación que, el proceso decisional de las autoridades públicas se encuentre bien informado y planeado, pues en la medida que se disponga de información plena o simétrica para la toma de la decisión, se podrá determinar su razonabilidad y racionalidad, mediante una valoración de la conformidad de la decisión con los fines de la función administrativa, con los derechos y libertades de las personas y, con la posibilidad de maximizar los beneficios en relación con los costos.

3.2. Fallas del modelo de contratación directa que afectan la posibilidad de asignación eficiente de los recursos públicos

La búsqueda, por el sector público, de la eficiencia, razonabilidad y proporcionalidad en la decisión de compras públicas, además de cumplir con los elementos

35 El artículo 3º de la Ley 1508 de 2012, contiene, dentro de sus distintos elementos, un contenido específico esperado por la norma jurídica y, respecto de la cual, se debe deducir; a partir del elemento indeterminado una única conclusión o decisión respecto de la misma, bien, mediante técnicas de apreciación o bien de valoración, que aseguren la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la decisión. Elemento que, corresponde a la posibilidad de la autoridad pública de recurrir al presupuesto público para retribuir al contratista, sin embargo, dicha posibilidad no debe atender a una potestad discrecional sino a un concepto jurídico indeterminado, donde la única solución debe ser el resultado de la determinación del valor real de las obras de construcción, de los ingresos esperados con la realización del proyecto y de la imposibilidad de su financiación con cargo a los flujos de caja esperados con el proyecto.

de la esencia de los contratos del Estado, los requisitos de validez y particulares de la contratación, ha de procurar la corrección de particulares *fallas de mercado* que obstaculizan el proceso decisional de compras públicas o afectan la posibilidad de asignación eficiente de los recursos públicos (Stiglitz, 2000), Fallas que, de forma principal, provienen de

3.2.1. Información imperfecta

La planeación en el proceso de compras públicas puede resultar especialmente afectada por particulares fallas de mercado vinculadas a la *información imperfecta* que afecta de manera adversa el proceso decisional (Stiglitz, 2000, p. 96). La información es esencial para la correcta toma de decisiones y la formulación de soluciones, pues permite reducir la incertidumbre existente sobre un conjunto de variables o alternativas lógicamente posibles³⁶. Proporciona reglas de evaluación y de ponderación y permite la toma de decisiones eficientes y conformes con los principios de legalidad, transparencia e imparcialidad.

La información imperfecta para una compra directa de bienes o servicios encuentra su causa en la información asimétrica, en la falta de planeación o en la falta de competencia en el mercado de compras públicas. Entre menor es la información que tiene la autoridad para la correcta caracterización del mercado y para la identificación de alternativas, menor será la capacidad de evaluación y mayor será la probabilidad de transgresión de valores y principios de la función administrativa, así como, de asignación ineficiente de los recursos públicos.

Por lo anterior, la suscripción de contratos directos para su conformidad con los principios de legalidad, transparencia, imparcialidad y eficiencia requiere de procesos objetivos bien informados, planeados, evaluados y estructurados, que aseguren la conformidad de la decisión con las normas jurídicas preestablecidas y sean un medio adecuado para la efectiva realización de los fines esperados con la contratación.

3.2.2. Competencia imperfecta.

El precio es regulador del mercado y medio para la asignación eficiente de recursos. El precio se concibe como: “el punto de equilibrio donde se cruzan la oferta y la demanda en un mercado de competencia perfecta” (Zorrilla Are-

36 La incertidumbre “caracteriza a una situación donde los posibles resultados de una estrategia no son conocidos y, en consecuencia, sus probabilidades de ocurrencia no son cuantificables. La incertidumbre, por lo tanto, puede ser una característica de la información incompleta, de exceso de datos, o de información inexacta, sesgada o falsa. La incertidumbre de un proyecto crece en el tiempo” (Sapag Chain & Sapag Chain, 2000, p. 126).

na, 2010, p. 201). El equilibrio, por su parte, es “la situación en la que fuerzas opuestas del mercado se balancean una a otra” (...) “El precio de equilibrio es el nivel de precio del mercado al que la cantidad demandada iguala a la cantidad ofrecida” (Parkin, 2004, p. 68). Precio de equilibrio que se puede ver afectado por el poder del mercado, donde los productores de bienes tienen la capacidad de influir sobre el precio.

Dicha capacidad que tienen las empresas de influir en el precio del mercado tiene lugar en mercados no competitivos o de monopolio. Los monopolios generan una falla de mercado que afecta la posibilidad de asignación eficiente de los recursos. El mismo es “una industria que produce un bien o servicio para el que no existen sustitutos cercanos y en donde hay un solo proveedor, protegido de la competencia por una barrera que evita la entrada de nuevas empresas a la industria” (Parkin, 2004, p. 258).

Tratándose de la contratación directa cuando en consideración de la entidad no existe pluralidad de oferentes, la barrera que evita la competencia, está dada por el acto administrativo que justifica la contratación directa, que adicionalmente parte de la premisa de inexistencia de *sustitutos cercanos* para la atención de la necesidad pública, con lo cual, el sector público bien puede desconocer los avances alcanzados por los mercados competitivos, revistiendo en consecuencia, a una empresa o industria de poder de mercado, en detrimento de la posibilidad de alcanzar situaciones óptimas o eficientes en la asignación de los recursos públicos.

El referido poder de mercado se enfrenta a la disponibilidad a pagar del consumidor, la cual se encuentra en función del mayor valor que se pueda obtener por el dinero (VpD), donde el valor es lo que se obtiene y el precio es lo que se paga (Parkin, 2004, p. 104). Las unidades adicionales de valor de una unidad adicional del bien o servicio es el *beneficio marginal*. “El beneficio marginal puede expresarse como el precio máximo que la gente está dispuesta a pagar por una unidad más de un bien o un servicio” (Parkin, 2004, p. 104). Sin embargo, en presencia de bienes públicos la disponibilidad a pagar es mayor por la falta de derechos de propiedad bien definidos, aumentando en consecuencia, el riesgo de asignación ineficiente de los recursos públicos y de toma de decisiones irracionales, irrazonables y desproporcionadas.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que el sistema económico de mercado funciona gracias al sistema de precios, el autogobierno de mercado; y funciona eficientemente cuando hay competencia en estos mercados no habiendo intervención coercitiva de nadie, y es por ello que la distorsión en el mercado que lleva consigo criterios que ocasionalmente imponen órganos de la Administración para contratar directamente, tienen la capacidad de lesionar la libre competencia y los intereses de los consumidores.

4. Conclusiones

La Ley 1150 de 2007, en su artículo 2º numeral 4º, literal g confiere a las entidades del Estado, un amplio margen de *discrecionalidad administrativa*, para que, cuando “no exista pluralidad de oferentes en el mercado”, puedan suscribir contratos de manera directa y sin necesidad de acudir de manera previa a procesos competitivos de selección contractual. Sin embargo, la referida facultad decisoria se enfrenta a la causa del contrato administrativo, a particulares requisitos de validez, así como a los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa, con lo cual, la decisión unilateral de la Administración pública que justifica el recurso a la contratación directa, ha de pasar por una etapa previa de publicación, de planeación y de evaluación, con el propósito de verificar la sujeción del acto a la Constitución y la ley, así como, su conformidad con los fines de la función administrativa, el interés general y, los derechos y libertades de las personas.

La referida decisión de compra directa de bienes o servicios, lleva consigo la decisión de declaratoria de no existencia de *sustitutos perfectos o cercanos* que puedan satisfacer igualmente la necesidad, e impone una precisa barrera legal de entrada a otros productores o fabricantes, dando lugar a situaciones de competencia imperfecta o de monopolio, donde el proveedor que es considerado único por la autoridad pública, queda revestido de poder de mercado para poder influir sobre el precio del mismo.

Las situaciones de monopolio reconocidas a través del acto que justifica la modalidad de contratación directa dan lugar a una falla de mercado que afecta el proceso decisional y de asignación eficiente de los recursos públicos, aumentando la exposición de las entidades del Estado a asignaciones ineficientes, con su consecuente pérdida de bienestar para toda la colectividad.

La viabilidad jurídica de las decisiones de compra directa de bienes o servicios por inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado es muy poco probable, pues por el continuo avance de la ciencia, los nuevos desarrollos tecnológicos del mercado y la existencia de mercados competitivos, es baja la probabilidad de existencia de monopolios puros donde solo exista un proveedor de bienes y donde no existan bienes sustitutos cercanos o perfectos. Por el contrario, lo más probable es que la necesidad pueda ser atendida a través de bienes sustitutos, salvo se trate de monopolios naturales (servicios públicos domiciliarios, monopolios del Estado) pero en estos casos, la contratación se rige por reglas y principios distintos.

La causal de contratación directa prevista en el literal g, numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, aumenta para toda la colectividad el riesgo de asignación ineficiente de los recursos públicos, por las razones que se exponen a continuación: i) obstaculiza la libre competencia, que es presupuesto necesario para la *asignación eficiente de los recursos* disponibles en la economía y para

asegurar la *libertad de elección* de las personas; ii) los precios se determinan por fuera del mercado y son fijados de manera directa entre vendedores y compradores; iii) fortalece los monopolios y los oligopolios, "*fallas de mercado*" en el mercado de compras públicas, dando paso a un número reducido de vendedores, que controlan y acaparan el mercado de determinados bienes y servicios, como si existiera un monopolio; y iv) incentiva la desigualdad entre los productores de bienes y servicios.

El interés público en desarrollo, de la actividad contractual del Estado, ha de suponer para su salvaguarda: la *eficiencia* en la asignación de los recursos públicos, la *transparencia*, la *libre competencia* y el *libre acceso o equitativa distribución* de las oportunidades del desarrollo, pues a través de una gestión administrativa que responda a dichos presupuestos, el Estado podrá alcanzar situaciones óptimas de bienestar para toda la colectividad con un menor coste, y tendrá mayor capacidad de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo y de generar bienestar para toda la colectividad.

Los riesgos y la inconveniencia del recurso a la causal de contratación directa por no existencia de pluralidad de oferentes, ha de motivar una revisión de dicha causal por parte del legislador, con el propósito de adecuar dicha potestad a los fines de la función administrativa.

Referencias bibliográficas

- Castro Cuenca, C. (2017). *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Colombia. Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. <https://bit.ly/3ga9o1D>
- Colombia. Congreso de la República. (16 de julio de 2007). 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. *Diario Oficial* n.º 46.691.
- Colombia. Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* n.º 47.956
- Colombia. Consejo de Estado. (3 de diciembre de 2007). Sentencia 31447. [CP Ruth Stella Correa Palacio].
- Colombia. Consejo de Estado. (31 de agosto de 2011). Sentencia 18080. [CP Ruth Stella Correa Palacio].

- Colombia. Consejo de Estado. (15 de febrero de 2012). Sentencia 19730. [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Colombia. Consejo de Estado. (24 de abril de 2013). Sentencia 27315. [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Colombia. Consejo de Estado. (15 de diciembre de 2017). Sentencia 00169. [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Colombia. Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2007). Sentencia C-932/07. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Colombia. Corte Constitucional. (3 de septiembre de 2008). Sentencia C-862/08. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de noviembre de 2013). Sentencia C-826/13. [MPLuis Ernesto Vargas Silva].
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de abril de 2015). Sentencia SU172/15. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Colombia. Corte Constitucional. (25 de enero de 2017). Sentencia C-032/17. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Fontaine, E. R. (2008). *Evaluación social de proyectos* (13ª ed.). México: Pearson Educación.
- González, W. (2003). *Racionalidad, historicidad y predicción en Herbert A. Simon*. España: Netbiblo.
- Herrera Daza, R. (2013). La eficiencia y la equidad en los sectores público y privado: economía distributiva y justicia social. *Administración & Desarrollo*, 42(58), 39-57.
- Marín Hernández, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marín Hernández, H. A. (2019). *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Serie de derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia* (31). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. (Tomo III. Los Principios de Constitucionalidad y Legalidad)* (4ª ed.). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Parkin M. (2004). *Economía* (6ª ed.). México: Pearson Educación.
- Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, (23ª ed.). Madrid: Espasa Libros.
- Real Academia de la Lengua Española. (2016). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Madrid: Santillana.
- Sánchez, C. I. (2009). *Teoría de Juegos (Cuadernos Metodológicos, 34)*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).

- Sapag Chain, N. & Sapag Chain, R. (2000). *Preparación y evaluación de proyectos* (4ª ed.). Madrid: McGraw Hill.
- Stiglitz, J. E. (2000). *La economía del Sector Público* (3ª ed.). Barcelona: Antonio Bosch Editor.
- Varian, H. R. (2010). *Microeconomía Intermedia: un enfoque actual* (9ª ed.). Barcelona: Antoni Bosch Editor.
- Zorrilla Arena, S. (2010). *Diccionario de economía* (3ª ed.). México: Limusa.