

**VALOR VINCULANTE DE LOS MANUALES, GUIAS, CIRCULARES Y  
DOCUMENTOS TIPO DE LA AGENCIA NACIONAL COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

**JOHANNA ANDREA  
GONZALEZ BELTRAN**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2021**

**VALOR VINCULANTE DE LOS MANUALES, GUIAS, CIRCULARES Y  
DOCUMENTOS TIPO DE LA AGENCIA NACIONAL COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

**JOHANNA ANDREA  
GONZALEZ BELTRAN**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO**

**ASESOR:  
CRISTIAN GABRIEL CARDENAS ANZOLA  
ABOGADO**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2021**

## **CONTENIDO**

<b>RESUMEN</b> .....	4
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>CAPITULO I</b> .....	7
HARD LAW AND SOFT LAW .....	7
<i>Hard Law</i> .....	7
<i>Soft Law</i> .....	8
<i>Diferencias Entre El Hard Law And El Soft Law</i> .....	10
<b>CAPITULO II</b> .....	11
AGENCIA NACIONAL COLOMBIA COMPRA EFICIENTE.....	11
<i>¿Qué es la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente?</i> .....	11
<b>CAPITULO III</b> .....	14
Según la Doctrina y la Jurisprudencia ¿que se ha dicho del valor vinculante de los manuales, guías y documentos tipo de la Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente?.....	14
<b>CONCLUSIONES</b> .....	17

## RESUMEN

Este artículo analiza el valor vinculante de los manuales, guías, circulares y documentos tipo de la Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente, por tal razón, se inicia un proceso de investigación donde se abordan diferentes temas con el fin de establecer un orden para el lector. Así las cosas, inicia con el concepto del HARD LAW y el SOFT LAW en el derecho administrativo, fuentes que regulan la legalidad de las normas una desde lo formal y la otra como instrumentos dúctiles de regulación que ayudan a desarrollar la función administrativa, para que de esta manera y una vez aclarada dicha diferencia, nos entraremos a cuál de estas ampara la regulación de los manuales, guías, circulares y documentos tipo de la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente no sin antes dar a conocer en que consiste la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, sus funciones y razones por la que fue creada mediante Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011. Asimismo, se recurre a la jurisprudencia y doctrina para determinar la “vinculatoriedad” y “obligatoriedad” de las normas implementadas por Colombia Compra Eficiente y según lo indagado nos lleva a dar respuesta al interrogante ¿los manuales, guías y circulares expedidos por Colombia Compra Eficiente tienen fuerza vinculante para las entidades estatales? El cuál es el eje central de este artículo.

**Palabras Claves:** Soft Law, Hard Law, Agencia Nacional de Contratación Pública

## ABSTRACT

This article analyzes the binding force of the manuals, guides, circulars, and standard documents of the National Agency Colombia Compra Eficiente, for this reason, we research the process and different topics. Thus, we begin with the concept of HARD LAW and SOFT LAW in the administrative law, this concepts that regulate the legality of the rules, one from the formal and the other as ductile regulatory instrument that help to develop the administrative function. In this way, we will explore the normative instruments that emit this agency and investigate about its functions and reasons for which it was created by Decree 4170 of 2011. Likewise, jurisprudence and doctrine are used to determine the “binding” and “obligatory” of the normative instruments implemented in Colombia leads us to answer the question: do the manuals, guides and circulars issued by Colombia, thus, it is here we talk and ask ourselves ¿What is the legally binding of the instruments emit by Nacional Agency of Public Procurement Colombia Compra Eficiente?

**Key Words:** Soft Law, Hard Law, Nacional Agency for Public Procurement

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca reflexionar sobre el siguiente interrogante ¿los manuales, guías y circulares expedidos por Colombia Compra Eficiente tienen fuerza vinculante para las entidades estatales? Lo anterior, nos lleva abordar diferentes temas en el transcurso de los capítulos.

Las características principales por las cuales se desarrolla este artículo consisten en los vacíos normativos que tienen los manuales guías de la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente en cuanto su carácter vinculante frente a las entidades estatales o si simplemente son una fuente informativa para establecer un orden o es un deber de cumplimiento en los procesos de selección de los procesos de contratación para lograr minimizar la corrupción.

Para analizar las problemáticas es necesario mencionar la causa principal como lo es el desconocimiento si son obligatorios o vinculantes los lineamientos, manuales y guías de Colombia Compra Eficiente.

La realización de este artículo fue desde el ámbito académico y el interés verso en conocer el carácter vinculante u obligatorio que tienen los manuales de Colombia Compra Eficiente y mediante un estudio exhaustivo basados en jurisprudencia y la normatividad que ampara a esta entidad, llevarlo a un punto de interpretación donde subsane tales vacíos normativos y establecer si tienen o no fuerza vinculante los manuales, guías y circulares expedidos por Colombia Compra Eficiente.

La metodología descriptiva fue basada en la investigación de doctrina, jurisprudencia, manuales y guías de la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente y a fin de resolver nuestra pregunta se desarrollaron en un primer capítulo en donde se realiza el planteamiento de la diferencia entre HARD LAW Y SOFT LAW dejando claro el carácter vinculante que tiene cada una de las normas que las integra como fuente de derecho, se referencian cuáles son las fuentes directas e indirectas aplicables en nuestro ordenamiento jurídico Colombiano y cual de esta fuente del derecho es aplicable a los manuales de Colombia Compra Eficiente.

Luego, un segundo capítulo en donde se aborda el interrogante ¿Qué es la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente? Este se realiza con el fin de dar al lector una ubicación en el significado del tema que se está desarrollando, así las cosas, también se citan las diferentes funciones que se le atribuyen a esta entidad según el decreto 4170/2011 y todas las herramientas

que se le brindan a esta figura para el desarrollo de su ejercicio de cumplir los objetivos propuestos

Para finalmente, plantear que se entiende por obligatorio y vincúlase y a través de todo este estudio evidenciar si tiene o no el carácter imperativo que es el principal tema que desarrolla el presente artículo.

## CAPITULO I

### HARD LAW AND SOFT LAW

#### *Hard Law*

¿Qué es el derecho administrativo? “Es el subsistema normativo o rama del derecho positivo, que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad (Romero F. B., 2019)”

El Hard law se desarrolla en el derecho clásico basado en la legalidad de las fuentes, según (García, 2000) “Por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas”, es un sinónimo de norma jurídica de contenido general, impersonal y abstracto, aplicables a todas las situaciones de hechos que puedan enmarcarse en el supuesto de la norma.

En el derecho administrativo se indica una jerarquía normativa donde se establece el siguiente orden: la constitución, ley, reglamentos administrativos, actos y contratos administrativos. Son normas y principios imperativos que hacen parte del orden jurídico positivo. Realizando un énfasis en Colombia se observa que las fuentes directas y normativas del derecho son:

*En general la Constitución y la ley, así como los decretos del presidente de la República; los actos de los consejos superiores de la Administración Pública; los actos administrativos de los ministros y los directores de departamentos administrativos; los actos administrativos de los consejos superiores o directivos de las entidades descentralizadas; los decretos de los gobernadores y las ordenanzas departamentales; los actos administrativos de los secretarios del despacho departamental y de los jefes de los organismos descentralizados seccionales; los decretos de los alcaldes y los acuerdos de los concejos distritales y municipales, según el caso; los decretos de los alcaldes locales y los acuerdos de las juntas administradoras locales (GONZÁLEZ, 2016)*

En cuanto a las fuentes indirectas se encuentra: la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la costumbre siempre y cuando no sea contraria a la ley, la doctrina y bloque de constitucionalidad atendiendo todo respecto al derecho internacional.

Por lo anterior, se deduce que el Hard law son los instrumentos o practicas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado.

### **Soft Law**

Es denominado derecho blando, derecho flexible o pre-derecho, tiene sus orígenes en el derecho romano, es la oposición al hard law, según Alexander Sánchez Pérez (2012), son instrumentos dúctiles de regulación que ayudan a desarrollar la función administrativa de manera diferente, ágil y efectiva. Se encuentran ubicadas en la zona informal de la actividad administrativa, entre las normas jurídicas abstractas, generales e impersonales y los actos administrativos particulares, singulares y concretos. Es una figura que se explica en la actualidad a partir de la necesaria búsqueda de acuerdos entre sujetos estatales y supraestatales

Aplicándose inicialmente en Colombia en el derecho internacional son entendido como una serie de principios y directrices proferidos por organismos multilaterales e incorporados por medio de tratados y compromisos internacionales, que no son vinculantes u obligatorios para el Estado, la influencia de la comunidad internacional en los asuntos jurídicos de los Estados está generando, con el auge de la globalización, mecanismos o instrumentos que de forma no impositiva pero sí persuasiva, vienen delimitando las competencias estatales. Esta disciplina jurídica se caracteriza por la ausencia de inoperatividad y coercibilidad, porque este no es un derecho vinculante debido a que no responde a reglas sino a normas y principios.

Las normas de derecho blando expedidas en virtud de la reserva de instrucción se caracterizan por ser un derecho mudo e inofensivo, porque no tiene en su estructura los componentes impuestos por el ordenamiento jurídico para acceder al rango de regla en la nomenclatura normativa; son manifestaciones informales de la administración que no tienen efecto obligatorio, pues, al no crear normas, ni alterar situaciones jurídicas, no son un parámetro de validez infra constitucional. Se trata, entonces, de carriles de circulación del derecho positivo, que están a disposición de las autoridades superiores de la administración en virtud del poder jerárquico y discrecional, de manera que introducen en la actividad de la



administración elementos dinámicos y coherentes, que explican de manera pragmática el modo de aprehender la función administrativa. (Romero M. F., 2019)

Son normas o principios más abiertos o generales en su contenido y significado, comprendiéndose como suaves y tiene su aplicación contemplada en la constitución en la denominada “reserva de instrucción administrativa” sobre la que descansan las normas blandas cuyos efectos no se acondicionan al sistema de fuentes y su utilización ha terminado por provocar una rebeldía de la administración pública al principio de legalidad: circulares, protocolos, directivas, instrucciones, documentos Conpes la cual faculta a ciertas autoridades administrativas para ejercer la potestad de instruir y emitir órdenes dentro de la administración, escapan a la comprensión y jerarquía tradicional del derecho.

A través del estudio que se realizan a la fuente de derecho administrativo soft law surgen diversos interrogantes respecto al control de legalidad que se debe aplicar, existiendo un déficit en el ordenamiento jurídico de regulación normativa, por ende, este se tiende a regular por activismo judicial retardado del Consejo de Estado, ese dice que es y que no es susceptibles de control, estipulando que el acto administrativo no se enmarca en una caracterización formal, sino sustancial, es decir:

“En la medida en que la manifestación de la administración sea una expresión unilateral que genere efectos jurídicos hacia terceros puede ser susceptible de control en sede de nulidad. Sin embargo, el objeto de la jurisdicción se está ampliando anormalmente” (Perez, 2012)

De lo anterior, se deduce que el elemento central que justifica el control de legalidad de las normas de derecho blando es el contenido de estas, en relación con la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones, que pudieren ser objeto de análisis legal.

En un estado social y democrático de derecho es necesario que el juez natural del control de los actos de la Administración resguarde las garantías de los coasociados y las normas superiores que determinen cualquier actividad o manifestación estatal, se debe reivindicar las garantías del debido proceso porque la norma superiormente jerárquica según el artículo 83 de la constitución política reclama actuaciones estatales fundadas en

los principios, responsabilidad, participación, concertación y buena fe. Por lo anterior, el constituyente en 1.991 avaló como indispensables órganos autónomos e independientes y, por supuesto un juez natural de la función administrativa según los artículos 236-238 de la constitución nacional, respondiendo al principio de colaboración armónica entre las autoridades públicas y de esta forma contrarrestar el exceso de poder.

Entre el Soft Law encontramos las guías que profiere la Agencia Nacional de Contratación pública, Colombia Compra Eficiente.

Según el Decreto Ley 4170 de 2011 en el artículo 2 la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, como ente rector, tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

Es un organismo que tiene funciones de carácter autónomo, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, respeta las competencias constitucionales y legales que están asignadas en la Ley 80 de 1993. Las anteriores a pesar que carecen de carácter vinculante, indudablemente hacen parte del orden jurídico colombiano, porque son insumo jurídico de conducción de la función administrativa, este es un claro ejemplo de Soft Law en el escenario de contratación para lograr persuadir a los actores de la contratación estatal, ya que este fue el propósito legal de la creación de dicha entidad. Estas guías proporcionan a la Administración pública criterios adicionales dentro del ejercicio aplicativo de normas jurídicas generando seguridad jurídica, igualdad y confianza.

### ***Diferencias Entre El Hard Law And El Soft Law***

Cuando se alude al Hard Law se refiera aquellas y cada una de las normas de carácter de obligatorio cumplimiento cuya creación, ejecución y vigencia recaen directamente en la autoridad y poder del Estado. Por regla general cuando se utiliza la expresión Hadr Law es para designar tratados o acuerdos internacionales que estipulan obligaciones precisas para los sujetos intervinientes.

Por otro lado, está en Soft Law es lo opuesto al Hard Law, se entiende como un fenómeno con carácter jurídicamente no vinculante, nace del auge de un nuevo carácter normativo que no tiene aplicación de sanciones como consecuencia de su incumplimiento.

## **CAPITULO II**

### **AGENCIA NACIONAL COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

Empecemos este capítulo resolviendo unos interrogantes que son elementales para la comprensión de lo que a continuación se va a indagar:

#### ***¿Qué es la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente?***

Es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación (DNP) que es el rector del Sistema de Compra Pública de Colombia. (Colombia Compra Eficiente, 2015).

El Gobierno de Colombia reconoce que la compra y contratación pública es un asunto estratégico por lo cual decidió crear Colombia Compra Eficiente por medio del Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011. El Decreto Ley 4170 reconoce la necesidad de: (a) crear políticas unificadas que sirvan de guía a los administradores de compras y que permitan monitorear y evaluar el desempeño del Sistema y generar mayor transparencia en las compras. (b) tener una Entidad rectora que provea un soporte adecuado para ejecutar el Plan de Desarrollo.

Según el decreto 4170 de 2011 en el artículo segundo define el objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública como un ente rector, que tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del estado.

Colombia Compra Eficiente es una Entidad creada en el año 2011, iniciando su fundación en el año 2012, con el propósito de unificar el sistema de contratación en

Colombia por medio de la creación de herramientas planes y políticas que mejoraran tanto la relación con el Estado, como la simplificación de procesos, resaltando los principios de economía eficaz y transparencia.

En el año 2011 a 2013 por medio del SECOP I que es la herramienta que es indispensable para el desarrollo de las nuevas herramientas y brinda unos beneficios de Colombia Compra Eficiente, y el Decreto 734 y 1510 se celebra los primeros Acuerdos Macro en Colombia, donde uno es para la adquisición de combustible y el segundo es el del SOAT brindando descuentos entre el 10% y 34% sobre la primera póliza emitida para cada tipo de vehículo del Estado.

La finalidad de Colombia Compra Eficiente es la de unificar y generar lineamientos, a partir del impulso de políticas y normas, sin hacer referencia a una potestad reglamentaria, atribuida principalmente al presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de Constitución Política.

A esta Entidad se le delegan unas funciones específicas según artículo tercero del Decreto 4170 de 2011:

1. Presentar a consideración del Consejo Directivo, la política general de la Agencia y una vez adoptada por éste, expedir los actos administrativos para su ejecución y velar por su cumplimiento.
2. Proponer el plan estratégico de la entidad y los planes y programas necesarios para dar cumplimiento a los objetivos de la Agencia y presentarlos al Consejo para su aprobación.
3. Suscribir los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda, de que trata el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto.
4. Ejercer la representación legal de la Agencia.
5. Presentar al Consejo Directivo la política de mejoramiento continuo de la Agencia, así como los programas orientados a garantizar el desarrollo administrativo propuesto, y los indicadores de gestión que permitan medir la satisfacción de los oferentes y las entidades estatales frente al cumplimiento de los objetivos de la Agencia.
6. Dirigir la creación, implementación y difusión de instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan la eficiencia y competitividad del mismo.
7. Organizar y articular con las demás entidades estatales la adecuada y uniforme implementación de las políticas y herramientas en materia de compras y contratación pública

que constituyen el objetivo principal de la Agencia. 8. Dirigir estudios, diagnósticos, estadísticas en materia de contratación con recursos del Estado, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado de compras y contratación pública. 9. Adoptar las normas internas necesarias para el funcionamiento de la Agencia. 10. Presentar el proyecto de presupuesto de la Agencia Nacional de Contratación Pública y sus modificaciones para aprobación del Consejo Directivo. 11. Ejercer la facultad nominadora del personal de la Agencia con excepción de la atribuida a otras autoridades. 12. Ejercer la función de control interno disciplinario en los términos de la Ley 734 de 2002 o las normas que la modifiquen. 13. Expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. 14. Ordenar los gastos, expedir los actos administrativos, realizar las operaciones necesarias y celebrar los contratos, acuerdos y convenios que se requieran para asegurar el cumplimiento de las funciones y objetivos de la Agencia. 15. Constituir mandatarios o apoderados que representen a la Agencia en asuntos judiciales y demás de carácter litigioso. 16. Crear, organizar y conformar comités, comisiones y grupos internos de trabajo, teniendo en cuenta la estructura interna, las necesidades del servicio y los planes y programas trazados para el adecuado funcionamiento de la Agencia. 17. Garantizar el ejercicio del control interno y supervisar su efectividad y la observancia de sus recomendaciones. 18. Implementar, mantener y mejorar el sistema integrado de gestión institucional. 19. Las demás funciones que le sean asignadas. (Subrayas Propias)

La Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente tiene personería jurídica propia y cuanta con los elementos necesarios para cumplir con los objetivos propuestos, también cuenta con patrimonio propio con autonomía administrativa y financiera. Todo esto para que la Agencia cuente con las herramientas suficientes para desarrollar la materia de compras y contratación pública, creando instrumentos para la aplicación de normas existentes, sus funciones son de carácter consultivo por ende es partidaria del Soft Law Administrativo y no tiene un carácter imperativo y cumple con las características como la ausencia de obligatoriedad según la estructura de Kelseniana, son normas o principios más abiertos o generales en su contenido por ende su aplicabilidad es un tema discrecional, por lo anterior, se entiende que no son elementos esenciales en el ordenamiento jurídico, porque su ausencia no afectaría en gran escala el sistema jurídico, porque la contratación estatal se encuentra regulado en otras normas imperativas, se estipula por ende que estas normas son de carácter auxiliar o interpretativo por la falta de obligatoriedad.

Por lo anterior, los conceptos que establece en las cartillas de Colombia Compra Eficiente no tienen un carácter vinculante obligatorio, aunque como veremos en el siguiente capítulo el Consejo de Estado en su jurisprudencia establece que los documentos emitidos por la Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente son obligatorios para todas las entidades estatales cuando están amparados por medio de una circular. En los demás casos específicos, la Administración puede apartarse de las directrices suministradas por Colombia Compra Eficiente siempre y cuando estas no sean aplicables y se debe motivar la decisión. Así las cosas, el Consejo de Estado dota de fuerza vinculante a las circulares que se dotan de las características de actos administrativos que van dirigidos al público en general para brindar información de las disposiciones tomadas cumpliendo a cabalidad con la Ley.

### **CAPITULO III**

#### **Según la Doctrina y la Jurisprudencia ¿que se ha dicho del valor vinculante de los manuales, guías y documentos tipo de la Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente?**

Como hemos venido indicando, el Gobierno Nacional por medio del Decreto – Ley 4170 de 2011 creo la Agencia Nacional de Contratación Colombia Comprar Eficiente, como ente rector de la contratación pública para desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadoras a asegurar que el sistema de compras y contratación pública obtengan resultados óptimos en términos de la valoración del dinero público a través de un proceso transparente, lo anterior, con el fin de generar una política clara y unificada en materia de compras y contratación pública, con lineamientos que sirvan de guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de recursos y este sea evaluado generando la mayor transparencia posible en las compras y la contratación pública.

Para seguir abordando este capítulo es importante aclarar lo que entendemos por “vinculatoriedad” y “obligatoriedad” en este contexto podemos entender como vinculatoriedad los alcances/efectos que una entidad en este caso específico nos compete Colombia Compra Eficiente marca los derroteros dentro de la organización interna en seguimiento a una línea que le llamamos institucional. En cambio, por obligatoriedad debe llevar cierta vinculatoriedad, pero además se debe acoger al criterio de lo que diga esta

entidad se torna como precedente judicial en principio, pero en este caso hace referencia a una entidad en concreto. En síntesis y siguiendo a la RAE ser "*vinculante*" se refiere a que esté sujeta a algo, atado o perpetuado, mientras que "*obligatorio*" es la cualidad de lo que es ineludible.

Colombia Compra Eficiente se fundamenta en el Soft law para que sus manuales y guías sean considerados vinculantes u obligatorios, citan precedentes institucionales que nada tienen que ver con estas providencias "Guías", "Manuales" o "circulares". Por ende, se evidencia que sus normas no están dotadas de obligatoriedad pues basta acudir a la teoría general de derecho blando, según sentencia de la Corte Constitucional C-518 de 2016 "*Colombia Compra Eficiente, aunque haga parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, no puede intervenir directamente en procesos de implementación de concursos de mérito para acceder al servicio público sin afectar la autonomía de la CNSC*". Por tal motivo se podría establecer que los actos expedidos por la Agencia respecto a comunicados, lineamientos, manuales, guías, etc. Están enmarcados a dictar orientaciones a las entidades, pues trazan unos lineamientos de como ejecutar los actos en materia contractual para estructurar un orden y lograr minimizar la corrupción.

De lo anterior, podemos establecer que los actos establecidos por Colombia Compra Eficiente se aluden a una reserva de instrucción porque son de carácter informativo a fin de orientar a las entidades estatales ya sean de orden nacional o territorial, porque según el Decreto Ley 4170 de 2011 la Agencia Nacional de Contratación Pública define los lineamientos técnicos, conceptuales y metodológicos para consolidación de un sistema de compras y contratación pública, que es esencial para la aplicación de los principios del Buen Gobierno y el cumplimiento de los fines del Estado y de esta manera detectar los riesgos de la contratación pública y su cobertura.

El Decreto ley 4170 de 2011 establece unas funciones que pueden configurar competencias regulatorias de la contratación estatal en cabeza de Colombia Compra Eficiente, se establecen según el Alto Tribunal que dichas regulaciones establecidas por las autoridades administrativas se asemejan a lo llamado por la doctrina "normas reglamentarias de segundo y tercer grado" porque son normas inferiores a las reglamentadas a las expedidas por el presidente de la República.

Según Sentencia del 11 de abril de 2019 el Consejo de Estado declaró nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, tal juicio de validez se realizó a la luz de los conceptos de violación esgrimidos por el demandante, por tal motivo no se le establece a Colombia Compra Eficiente una facultad reglamentaria para expedir documentos tipos, por lo tanto los actos que desarrolle la Agencia mediante documentos tipo no son de obligatorio cumplimiento para las Entidades Estatales, porque se establece una orfandad normativa por falta de norma legal habilitante, dejando sin sustento la restricción al principio a la autonomía de la voluntad reconocido a las Entidades Públicas en la Ley 80 de 1993, en virtud de lo anterior los documentos tipos son obligatorios y/o vinculantes en cuanto al desarrollo de contratos plan según (Rosero, 2019) *son mecanismo de contratación pública que posibilita la articulación interinstitucional para el desarrollo territorial, la participación de las comunidades las entidades territoriales, convirtiéndose en un facilitador para la descentralización política y económica del país. Así pues, los contratos plan en versión de contratos para la paz esperan hacer posible la reconstrucción política, productiva e infraestructural de los territorios más afectados por el conflicto*, en virtud de lo mencionado en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y en el Decreto 342 de 2019 esto en materia de *"licitación de obra pública de infraestructura de transporte"*, podemos decir que estos son una norma blanda obligatoria esto porque es avalado por una norma de tipo HARD LAW que es considerado como una fuente formal del derecho, de esta forma los documentos tipos dejan de ser informativos u orientadores y pasan a obtener un carácter vinculante para las Entidades Estatales.

Según la Agencia Colombia Compra Eficiente las circulares externas son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas al público en general o a las Entidades, y son de obligatorio cumplimiento siempre que hayan sido publicadas y/o divulgadas, por lo anterior se estipula según el Decreto 4170 de 2011 que son obligatorios los manuales y guías que recogen buenas prácticas en Compras Públicas y facilitan la comprensión de la normativa del Sistema de Compra Pública cuando son acogidos por medio de una Circular. En los demás casos, la Entidad Estatal puede apartarse de las buenas prácticas recogidas por Colombia Compra Eficiente, cuando las mismas no sean aplicables en el caso particular, situación que debe ser debidamente motivada, estos mecanismos son utilizados por los organismos de control cuando vigilan la



actividad contractual de las Entidades Estatales (Consejo de Estado, 2007). Lo anterior, de no expedirse por acto administrativo alguno, dichos documentos son solo referentes y guías tanto para las Entidades Estatales como para los particulares.

Así las cosas, Colombia Compra Eficiente es una norma SOFT LAW por ende no es el superior jerárquico ni funcional de ninguna otra entidad excepto en cuanto los documentos tipo los cuales son respaldados parcialmente por HARD LAW al referirse a contratos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte tiene el carácter de normas vinculantes. En cuanto a los manuales, guías demás material de apoyo no se constituyen precedentes institucionales por ende sistemáticamente hablando desde el punto de vista de la tipología de las normas de derecho blando y por ende no está facultada para afectar de forma imperiosa las decisiones que adopte una entidad de orden municipal, ni las decisiones que se plantean al tenor del artículo 230 de la norma superior como fuente de derecho en el esquema normativo.

Así las cosas, basándose en lo anteriormente expuesto se deduce que Colombia Compra Eficiente no tiene fuerza vinculante en calidad de manuales y guías toda vez que tienen un carácter orientador e informativo para las entidades estatales basado en jurisprudencia la doctrina orientada al derecho Soft Law; en cuanto a los pliegos tipo son obligatorios y/o vinculantes en cuanto al desarrollo de contratos plan.

## **CONCLUSIONES**

El HARD LAW basado en la legalidad de las fuentes, se refiere aquellas y cada una de las normas de carácter obligatorio cumplimiento cuya creación, ejecución y vigencia recaen directamente en la autoridad y poder del estado. De otro lado el SOFT LAW es denominado derecho blando, derecho flexible o pre-derecho, tiene sus orígenes en el derecho romano, es la oposición al hard law, según Alexander Sánchez Pérez: Son instrumentos dúctiles de regulación que ayudan a desarrollar la función administrativa de manera diferente, ágil y efectiva. Se entiende como el fenómeno con carácter jurídicamente no vinculante, nace del auge de un nuevo carácter normativo que no tiene aplicación de sanciones como consecuencia de su cumplimiento.

Ahora bien, en el caso de la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente (Ramírez, La fuerza vinculante de los actos expedidos por la Agencia Nacional de, 2019) “El dilema frente a los “efectos obligatorios” de los documentos que expide Colombia Compra Eficiente, debe resolverse observando la naturaleza jurídica de los mismos, los cuales deben sujetarse a lo dispuesto en la Ley y los Reglamentos, toda vez que el legislador no puede desprenderse definitivamente de la competencia constitucional asignada en materia de contratación estatal y el Presidente de la República no puede trasladar a Colombia Compra Eficiente la potestad reglamentaria que le ha sido atribuida de manera exclusiva por la Carta Política.” Sus normas son de carácter consultivo por ende es partidaria del Soft Law Administrativo no teniendo en principio un carácter imperativo y cumplen con las características como la ausencia de obligatoriedad según la estructura Kelseniana, así las cosas, se entiende que no son elementos esenciales en el ordenamiento jurídico, porque su ausencia no afectaría en gran escala el sistema jurídico, porque la contratación estatal se encuentra regulado en otras normas imperativas, se estipula por ende que estas normas son de carácter auxiliar o interpretativo por la falta de obligatoriedad.

Por lo anterior, los conceptos que establece en las cartillas de Colombia Compra Eficiente no tienen un carácter vinculante obligatorio a menos que este amparado por una circular como lo aclara el Consejo de Estado en jurisprudencia y en síntesis no tendría vinculatoriedad en calidad de manuales y guías toda vez que tienen un carácter orientador e informativo para las entidades estatales basado en jurisprudencia la doctrina orientada al derecho Soft Law (Patiño, 2020) “El reconocimiento de CCE como ente productor de normas –de hard law o soft law- impone reconocer que existen unas potestades normativas a su cargo –informales, ilegales, inconstitucionales, o, conformes con el sistema jurídico–, que se deben controlar. El Consejo de Estado ha limitado un amplio número de competencias, al evidenciar unas funciones normativas que no son autónomas; sino de segundo orden, que deben respetar el principio de legalidad, la autonomía de la voluntad de las entidades públicas y la potestad reglamentaria del presidente de la República (Sentencia del 11/04/2019, Exp. 52.055)”; no obstante, en cuanto a los pliegos tipo son obligatorios y/o vinculantes del desarrollo de contratos plan.

Finalmente, lo anterior viene siendo un posible abre bocas de un lento proceso de desconstitucionalización y consignación de los textos legales rígidos debido al uso de la

instrucción administrativa sobre las que descansan las normas blandas cuyos efectos no se acondicionan al sistema de fuentes al tratarse de protocolos, directivas e instrucciones. Tales instrumentos, importadas de la ciencia de la administración, se han vuelto cada vez repetitivas en el dinámico panorama de la contratación pública, lo cual viene a ser problemático al verse las entidades cada vez menos reguladas por las fuentes formales de derecho y más por el universo de las normas de derecho blando, práctica que podría llegar a pensarse afecta el principio de legalidad, jerarquía normativa y la seguridad jurídica ampliando el ámbito de la función administrativa en clave informal.

## REFERENCIAS

- Aranguren, J. C. (2004). *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Aranzadi.
- Colombia Compra Eficiente*. (11 de agosto de 2015). Recuperado el 08 de octubre de 2020, de <https://www.colombiacompra.gov.co/content/que-es-colombia-compra-eficiente>
- Consejo de Estado, Radicación No. 3001-05 (Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda 08 de Febrero de 2007).
- García. (2000). *Introducción al estudio del derecho*. Mexico.
- GONZÁLEZ, K. A. (2016). La presencia del Soft Law en el Derecho Administrativo. *Maestría En Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.
- Patiño, L. A. (2020). La potestad normativa de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente en el Sistema de Fuentes de Derecho en la Contratación Estatal. *Revista Facultad De Derecho Ciencias Políticas*, 76.
- Perez, A. S. (15 de Mayo de 2012). *Legis*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/administrativo-y-contratacion/alexander-sanchez-las-normas-de-derecho-blando>
- Perez., A. S. (2012). *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogota: Universidad Externado.
- Ramírez, M. M. (2019). La fuerza vinculante de los actos expedidos por la Agencia Nacional de. *Universidad Santo Tomás*, 80.
- Ramírez, M. M. (s.f.). La fuerza vinculante de los actos expedidos por la Agencia Nacional de. *de*.
- Romero, F. B. (2019). El soft law como fuente del derecho. *Prolegómenos*, 37.
- Romero, M. F. (2019). El Soft Law Como Fuente Del Derecho Administrativo. *Prolegómenos*, 41.

Rosero, E. P. (2019). Contratación Estatal el Posacuerdo en Colombia: Un Análisis a los Contratos Plan para la Paz. *REVISTAS LIBERTADORES*, 75-92.