

“EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD Y LA CONTRATACION PUBLICA CON PERSONAS
EXTRAJERAS”

JUAN PABLO MERIZALDE PORTILLA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C.

2019

ÍNDICE

SÍNTESIS	4
INTRODUCCIÓN	6
OBJETIVOS	10
PROBLEMA JURÍDICO	11
METODOLOGÍA	12
CAPÍTULO 1. DINÁMICA DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL CON PARTICULARES.....	13
1.1. ANTECEDENTES	13
1.1.1. GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA.....	14
1.1.2. GLOBALIZACIÓN JURÍDICA.....	15
1.1.3. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO MERCANTIL INTERNACIONAL - UNCITRAL	17
1.1.4. MODELO INTERNACIONAL DE LA LEY 1150 DE 2007	26
1.2. APERTURA INTERNACIONAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL DESDE LA LEY 80 DE 1993	28
1.2.1. PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD	33
1.2.2. LÍMITES AL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD	38
1.2.3. LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN DE EXTRANJEROS CUANDO NO EXISTE RECIPROCIDAD	48

1.2.4. LIMITACIÓN EN EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD Y CUANDO EL EXTRANJERO NO CUENTA CON ESE BENEFICIO.....	56
1.2.5. CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD.....	60
1.2.5.1. PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD DERIVADO DE ACTOS SOBERANOS BILATERALES O MULTILATERALES.....	60
1.2.5.2. PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD DERIVADO DE LA REVISIÓN Y COMPARACIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DEL OFERENTE EXTRANJERO.....	64
1.2.6. REQUISITOS PARA PARTICIPAR EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR PARTE DE EXTRANJEROS.....	67
1.2.6.1. PERSONA JURÍDICA	68
1.2.6.2. PERSONA NATURAL	69
CAPÍTULO 2 - CONTRATACIÓN PÚBLICA CON ORGANISMOS INTERNACIONALES	70
2.1. ANTECEDENTES.....	70
2.1.1. TRATADOS Y ORGANISMOS INTERNACIONALES.....	71
2.2. CONTRATACIÓN CON FONDOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES. .	71
2.2.1. RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONTRATOS CON ORGANISMOS INTERNACIONALES.....	72
2.2.2. USOS INDEBIDOS DE LA CELEBRACIÓN DE ESTA CLASE DE CONTRATOS Y AJUSTES NORMATIVOS.....	80

2.2.3. LA NECESIDAD DE UN CAMBIO, LEY 1150 DE 2007 Y DECRETO 1082 DE 2015.

100

CAPÍTULO 3 - LA OCDE	108
3.1. CONCEPTO.....	108
3.2. PROCESO DE ADHESIÓN DE COLOMBIA	112
3.3. RECOMENDACIONES PARA COLOMBIA EN MATERIA CONTRACTUAL PUBLICA DERIVADAS DE LA ADHESION A LA OCDE	113
CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN	117
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123
BIBLIOGRAFÍA	127

SÍNTESIS

La contratación estatal en Colombia se codifica principalmente en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Dicha normatividad reguló la participación de personas naturales o jurídicas extranjeras en los procesos de contratación con el Estado colombiano, consagrando para los extranjeros dos modos de participación.

El primero de ellos, está basado en el principio de reciprocidad, a través del cual se les brinda la participación en igualdad de condiciones con los nacionales siempre que en el país de dichas personas exista el mismo trato para los colombianos, es una contratación más orientada al sector productivo y por ende adquiere una finalidad lucrativa. Y el segundo, prevé la participación de extranjeros de países en los cuales no existen beneficios para colombianos, es decir, extranjeros que no gozan del principio de reciprocidad.

A pesar del establecimiento del principio de reciprocidad, existen limitantes a éste, tales como el favorecimiento en procesos de contratación a las MIPYMES colombianas, pues si bien se les da el mismo trato que a los nacionales, se da preferencia a las MIPYMES nacionales, ello en virtud del proteccionismo positivo que se ha consagrado en el ordenamiento colombiano que busca el favorecimiento de la industria nacional. Adicionalmente, con la libertad de configuración en los pliegos de condiciones, las entidades estatales pueden incluir puntos o requisitos que sólo puedan cumplir los colombianos, aun cuando se les trate con “igualdad” a los extranjeros, siendo el principio de autonomía administrativa de la entidades para formar sus procesos de contratación una facultad discrecional que no garantiza unas reglas claras del juego para los agentes extranjeros.

En conclusión, la participación extranjera en igualdad de condiciones en virtud del principio de reciprocidad no es absoluta en materia contractual, puesto que aunque se otorgue un trato nacional, en determinados procesos de selección se preferirá a las personas Colombianas, en consecuencia, se puede llegar a vulnerar a los extranjeros su derecho a la igualdad material, como se verá en el desarrollo de la presente investigación.

Recordemos que la contratación en virtud del principio de reciprocidad con agentes extranjeros es eminentemente conmutativa, esto es, que existe una contraprestación económica a favor del agente foráneo, por ello es válido reflexionar en lo siguiente: ¿hasta qué punto la normatividad colombiana permite que la contratación en el país pueda quedar en una importante proporción en manos de extranjeros en detrimento de las finanzas de los empresarios Colombianos?.

De otra parte la presente investigación procura un acercamiento para el otro segundo grupo de contratos con actores internacionales donde el factor “utilidad o lucro” no es relevante pues se trata de convenios o acuerdos suscritos por los agentes del estado Colombiano con organizaciones multilaterales en pro de objetos sociales generalmente y donde no existe la conmutatividad contractual, sin embargo merecen un análisis propio en razón a la especialidad de su régimen legal.

Siguiendo con la misma línea de actores, aludiendo a agentes internacionales y su relación con nuestro País, resulta desde luego importante resaltar las consecuencias normativas que se generaran por el ingreso de Colombia a la OCDE y el impacto de ello en la normatividad interna del país en materia contractual.

INTRODUCCIÓN

El inciso final del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia estableció la competencia para que el Congreso expidiera el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional, en razón a lo cual, el Congreso expidió la Ley 80 de 1993, la cual contiene la normatividad relacionada con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que se estructuró como una Ley de principios.

A partir del año 1993, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 en Colombia se consagraron dos sistemas o conjuntos normativos que regularon la participación de agentes extranjeros en los procesos de contratación pública.

De una parte y como un primer grupo, encontramos aquellas personas jurídicas o naturales privadas de origen extranjero a los cuales se les concedió la participación en condiciones de igualdad frente a los nacionales en los procesos contractuales en el país, en un ambiente de libre comercio, reconociendo y garantizando la obtención de utilidades¹; y en otro grupo, encontramos la regulación de organismos internacionales en la contratación estatal, como

¹ “(...) Se destacan del concepto propuesto otros dos elementos fundamentales para su conformación, cuales son el de su carácter, por regla general, de recíproco en las prestaciones, al igual que el conmutativo en la relación, que, como se advierte a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la contratación pública y de sus desarrollos doctrinales, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociales entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista; surge de manera inevitable de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público (...)” “El principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa” (Santofimio-Gamboa, 2008)

acuerdos negociales cuya finalidad es la cooperación internacional entendida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico como *“La acción conjunta para apoyar el desarrollo Internacional económico y social del país, mediante la transferencia de tecnologías, conocimientos, experiencias o recursos por parte de países con igual o mayor nivel de desarrollo, organismos multilaterales, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil.”*

Lo anterior derivado de un amplio consenso político y económico neoliberal en nuestro país y en la necesidad de poner en el contexto internacional la economía nacional.

Cada grupo de actores internacionales desde 1993 cuenta con un régimen jurídico que desde luego ha evolucionado, ha sido objeto de debate y es preciso analizar cómo se encuentra en la actualidad.

Como indicaba, un primer grupo de agentes lo conforman las personas naturales y jurídicas extranjeras de carácter privado que dadas sus intenciones mercantiles buscan un espacio en la economía colombiana tanto en los ámbitos de inversión de negocios que son importantes en términos de participación económica², como en los procesos de contratación estatal que según las cifras de Colombia Compra para 2016 representa un porcentaje del 12,5% del PIB y al 35,7% del gasto del gobierno.

El ingreso a la economía de estos agentes ha tenido una dinámica por demás curiosa y contradictoria, iniciamos un proceso de apertura y libre competencia con la expedición de la Ley 80 de 1993 garantizando la igualdad de participación de los extranjeros en los procesos de contratación con muy leves matices de proteccionismo de la industria colombiana.

² “La inversión extranjera directa en Colombia a marzo de 2012 alcanzó un monto de US\$3.657millones, 3,8% más que el trimestre de 2011 (US\$3.523millones). En términos de participación, las actividades de petróleo, minas y canteras representaron el 45,3% (US\$1.657millones) del total, seguido por Electricidad, Gas y Agua con 11,5% (US\$419millones) y Comercio, Restaurantes y Hoteles con 11,4% (US\$417millones) (Sanchez-Bohorquez, 2013)

Posteriormente, se concluye con la Ley 816 de 2003, que la apertura a este segmento de oferentes extranjeros generó un desequilibrio en la contratación pública en contra de los intereses de la industria nacional y en consecuencia resultaba preciso generar un sistema más conservador frente a la protección de la industria nacional o conjunto de oferentes colombianos, en el cual por el solo hecho de ser oferente colombiano tenía derecho a una porción significativa en el puntaje global de calificación de su oferta, lo cual desde luego reducía el número de adjudicatarios extranjeros pues pese a que estos tuvieran excelentes ofertas en términos de calidad y economía, no podían acceder a los puntajes adicionales que se le otorgaban a los colombianos por el solo hecho de su nacionalidad.

En ese instante cobró importancia y se subrayó en la escena contractual pública el llamado principio de reciprocidad, en virtud del cual Colombia otorgaba el tratamiento nacional a los bienes y servicios de origen extranjero siempre que en sus países de origen se le otorgara a los nacionales colombianos ese mismo privilegio, bien a raíz de un tratado comercial o bien a partir de la revisión normativa en su país que permitiera concluir sin asomo de duda que a los colombianos se les otorgaba trato Nacional.

Desde ese momento y como medio de presión, Colombia inicia la negociación de una serie de acuerdos comerciales que incorporaron además de trato nacional para las ofertas de ciudadanos de dichas naciones, obligaciones en capítulos dedicados a las compras públicas. Ahora, resulta importante preguntarse si en la actualidad el ánimo de apertura y de liberalidad comercial con relación con los extranjeros desde la expedición de la Ley 80 de 1993 es amplio o restringido.

De otra parte, encontramos el bloque o grupo de organismos internacionales que también celebran, ya no sólo contratos sino también convenios con entidades públicas colombianas donde resulta importante revisar su evolución, los debates generados en su ejercicio y los ajustes que implementó el Estado Colombiano para solucionar algunas dificultades en lo relativo a la desviación de la finalidad para la cual estaban destinados y regulados en la Ley.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar el régimen jurídico aplicable a la celebración de contratos o convenios cuando actúan agentes extranjeros y organizaciones internacionales desde la expedición de la Ley 80 de 1993 hasta la ley 1950 de 2019.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar el ordenamiento jurídico que regula la participación de personas naturales y jurídicas extranjeras de carácter privado en los procesos de contratación pública en nuestro país.
2. Precisar qué garantías jurídicas tienen las personas naturales y jurídicas extranjeras de carácter privado en los procesos de contratación pública en nuestro país.
3. Analizar el principio de reciprocidad y su alcance en la contratación pública colombiana.
4. Definir si en Colombia, pese a la apertura económica, existe un proteccionismo normativo a favor de la industria nacional.
5. Verificar la evolución normativa que se ha presentado en Colombia con relación a la contratación con organismos internacionales.
6. Identificar qué consecuencias en materia de compras públicas tendrá que desplegar el País por la adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – Ocde.

PROBLEMA JURÍDICO

Mediante el presente escrito se pretende dar respuesta a dos interrogantes principales, el primero:

¿Existen límites en la normatividad Colombiana para aplicar el principio de reciprocidad contenido en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 para oferentes de bienes y servicios extranjeros?

el segundo:

¿ Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se garantizó que la celebración de contratos o convenios de cooperación internacional se regulara en todos los casos por el estatuto de contratación estatal?

METODOLOGÍA

La presente investigación tiene una finalidad estrictamente jurídica. Se utiliza la metodología dogmática en razón del análisis normativo de la Constitución Política de Colombia, Ley 80 de 1993 y su exposición de motivos, las Leyes Ley 816 de 2003, 1150 de 2007, 019 de 2012, el Decreto 1510 de 2013 derogado por el Decreto 1082 de 2015, y finalmente análisis del contenido de la ley 1950 de 2019, fuentes jurisprudenciales, doctrinales, institucionales y periodísticas.

CAPÍTULO 1. DINÁMICA DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL CON PARTICULARES

En el presente capítulo pretendemos abordar la regulación jurídica en Colombia que permite la participación de agentes extranjeros en los procesos de contratación pública, para ello iniciaremos el trabajo referenciando la importancia de la Globalización en nuestro país, que condujo a incorporar en el año de 1993 una verdadera zona de apertura para oferentes foráneos, determinando cuáles son sus verdaderos derechos y obligaciones, los obstáculos que se presentan en los procesos de contratación y en general comprender las reglas que disciplinan su participación en Colombia.

1.1. ANTECEDENTES

La globalización o mundialización como le llama un sector de la doctrina se puede definir como un fenómeno a nivel global en virtud del cual se ha generado una intercomunicación e interdependencia entre todos los países del planeta, generando lazos y con ello transformaciones a nivel comercial, económico, social, cultural, político y en general, en todos los niveles y aspectos que afectan a una sociedad.

De acuerdo con los diferentes estudios realizados sobre los orígenes de este fenómeno a nivel mundial, se puede decir que inició con el surgimiento del capitalismo en Europa a finales de la Edad Media, con ocasión al cambio de pensamiento científico y cultural dado en razón al Renacimiento y teniendo como mayor punto de desarrollo la fase posterior a la finalización de la segunda guerra mundial, atendiendo al gran desarrollo de instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial, el impulso del libre comercio entre países,

la tendencia a la homogenización de modelos de desarrollo y con ello la presencia de empresas transnacionales, así como las importantes revoluciones tecnológicas que han permitido reducir costos de transporte, comunicación, etc.

1.1.1. GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Como se ha expuesto, la globalización ha transformado todos los aspectos relevantes de una sociedad, y cada uno de ellos tiene formas particulares de expresarse en el diario vivir, no obstante, la transformación que ha resultado más evidente y que a su vez reviste una gran importancia, es la relacionada con la economía, a la cual se le denomina la globalización económica.

“Concretamente la globalización económica es la integración de las economías nacionales con la economía internacional a través de distintos mecanismos, entre los cuales sobresalen los siguientes: el comercio de bienes y servicios; los movimientos de dinero entre países en busca de rentabilidad financiera o para la creación de empresas en el sector productivo; los flujos internacionales de trabajadores y de personas en general; y por último, los flujos de tecnología. (...)” (Banco de la República, 2006)

Una vez emprendido el fenómeno de la globalización en las potencias Europeas, ante el desarrollo y facilidades crecientes en el sistema de transporte y comunicaciones, los países encontraron limitadas sus posibilidades de comercio a nivel local, sintiéndose en la necesidad de interactuar comercialmente con otros países a quienes pudieran exportar sus bienes y/o servicios, o de quienes pudieran importar aquellos que requirieran.

Atendiendo a estas crecientes interrelaciones señaladas y ante la presencia de nuevos actores comerciales a nivel internacional como las transnacionales, las herramientas

jurídicas existentes resultaron insuficientes para todas las relaciones comerciales y económicas que se estaban generando y las consecuentes situaciones que se iban presentando como litigios, reglas internacionales, etc.; es así, como surge la necesidad de crear organismos a nivel internacional que dicten reglas jurídicas claras de comercio internacional y formas de dirimir los conflictos que se pudieran presentar.

En consecuencia, además de la globalización económica, el comercio internacional se presenta como uno de los factores para el desarrollo de la globalización jurídica –entre otros factores-, como veremos a continuación.

1.1.2. GLOBALIZACIÓN JURÍDICA

Como bien lo señala el Dr. Juan Ignacio Pérez Curci en su texto La Globalización y sus Consecuencias en el Nuevo Orden Jurídico Internacional *“Es indudable que los estados pierden progresivamente el control de la economía nacional, es decir, el ejercicio pleno de su poder soberano sobre el manejo de la economía nacional: basta pensar en las organizaciones económicas y financieras internacionales, en las sociedades multinacionales y en los sistemas financieros en general, (...). Si, por ende, la globalización se presenta esencialmente como un proceso económico, que abarca, por así decirlo, el proceso político, parecería compartida la opinión doctrinal por la cual la “globalización política” se entiende como una tendencia cada vez más difundida a entender los problemas como de entidad globales, y por ende, buscar para los mismos soluciones globales, las cuales podrían tender al desarrollo de organizaciones internacionales e instituciones globales que busquen la solución adecuada a estos problemas.”*

Visto lo anterior, se tiene que ante la interacción de los distintos actores internacionales se han ido generando mayores conflictos o discusiones que se originan en relaciones internacionales, por lo que las normas internas de cada país entran en conflicto entre sí o resultan contradictorias frente a cada asunto a analizar y al verse integrados intereses de distintos países, deciden crear organismos con la capacidad de tomar decisiones e imponerlas frente a cada uno los estados parte.

En cuanto al origen de estos organismos internacionales y tomando en cuenta lo señalado anteriormente, ante la finalización de la segunda guerra mundial, la destrucción dejada por esta y la experiencia previa de la primera guerra mundial, los Estados encontraron necesario crear una organización que salvaguardara la coexistencia y sirviera para la cooperación pacífica entre todos los Estados, creando así a la Organización de las Naciones Unidas –ONU-, la cual se ha convertido en el organismo principal del sistema de seguridad colectiva y ha creado a su vez Programas, Fondos y otros organismos especializados en diferentes áreas, como son la Organización Internacional de Trabajo (OIT), Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización Mundial de la Salud (OMS), Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial y la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL. En español CNUDMI).

Valido citar igualmente la OCDE que existe desde 1961, en remplazo de la anterior Organización para la Cooperación Económica Europea (OCEE) creada en 1948.

Es así, como a lo largo de los años se ha logrado un desarrollo a gran escala de los organismos internacionales, enriqueciendo y dando mayores alcances al derecho

internacional, y lógicamente se han creado otros grandes e importantes organismos internacionales especializados en específicos temas o delimitadas a ciertas regiones, etc. Dentro de estos organismos podemos señalar, entre otros, 1. La organización de los Estados Americanos (OEA), 2. La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), 3. Unión Africana (UA), Comunidad Andina (CAN) etc.

Como se puede observar, los Estados encontraron la necesidad de crear organismos internacionales por las necesidades o crisis humanitarias, como fue la primera y segunda guerra mundial. Sin embargo, el intercambio internacional de mercancías así como la globalización económica que se desarrolló de la mano, también generó el desarrollo de la globalización jurídica y con ello de la creación de normas que pudieran regular las relaciones comerciales internacionales, escapando a la regulación interna de cada país, y específicamente para regular el comercio internacional, se creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (UNCITRAL, en español CNUDMI).

1.1.3. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO MERCANTIL INTERNACIONAL - UNCITRAL

Como un aspecto importante dentro de las razones por las cuales se crea una organización como la UNCITRAL, podemos mencionar lo señalado por el doctor José Luis Benavides en su libro *El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (2004) al indicar que:

“Al final del siglo XX los aspectos económicos adquirieron un rol preponderante en las decisiones políticas. La dinámica de la globalización propende por un gran cambio de la gestión pública, y con ello por el desarrollo de un lenguaje jurídico común,

más seguro para la inversión y más claro para todos los actores involucrados. Este cambio ideológico (a) es muy sensible en materia contractual dadas las carencias de la administración que incitan a estimular la participación del sector privado (b), lo que se traduce no solamente en una mayor presencia del capital privado en la gestión pública sino también en una profunda transformación de la manera de concebir esa participación (c).”

Además de lo anterior, se encuentra una justificación clara para la definición dada por la UNCITRAL en su portal Web, al mencionar que la CNUDMI es:

“El Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. El comercio acelera el crecimiento, mejora el nivel de vida, crea nuevas oportunidades. Con el objetivo de incrementar estas oportunidades en todo el mundo, la CNUDMI formula normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales. Sus actividades son principalmente las siguientes:

1. La elaboración de convenios, Leyes modelo y normas aceptables a escala mundial

2. La preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico.

3. La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno.

4. La prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación

5. La organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.”

Como se puede observar, la labor de UNCITRAL es de la mayor importancia, teniendo en cuenta que por ejemplo, a través de la elaboración de Leyes modelo y normas aceptables a escala mundial ha logrado que los países integren a sus ordenamientos jurídicos internos regulaciones que se encuentran en concordancia con las reglas del derecho internacional, eliminando de manera progresiva las barreras existentes en la aplicación de ciertas herramientas internacionales que permiten dar agilidad a procesos arbitrales u ofrecer garantías en procesos de selección de contratistas, solo para dar algunos ejemplos.

Y precisamente en el marco de la contratación pública la UNCITRAL ha brindado importantes aportes y herramientas a los procesos de selección de contratistas, con la finalidad primordial de dar un uso óptimo a los recursos públicos, dar mayor transparencia y eficacia a los procesos de contratación y evitar abusos en los procesos de selección. En virtud de lo anterior, en el año 1994 se expidió la primer Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública, de bienes, obras y servicios, la cual fue actualizada el 01 de julio de 2011 con la expedición de la nueva Ley Modelo sobre la Contratación Pública.

Ahora bien, como es sabido, las Leyes Modelo expedidas por la UNCITRAL no son de obligatoria incorporación al ordenamiento jurídico nacional, pues es decisión de cada Estado integrarlas. Sin embargo, la mayoría de los países deciden adoptar

dichos lineamientos e incorporar las costumbres internacionales, estando en armonía con las tendencias en materia de contratación pública internacional.

Teniendo en cuenta lo precedente y atendiendo a la importancia de la Ley Modelo de Contratación Pública, es preciso analizar si Colombia ha adoptado los lineamientos dados por este modelo y en que Leyes se han materializado.

Actualmente el régimen de contratación estatal se encuentra compuesto por la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” y la 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”*.

Continuando con el análisis de las normas mencionadas anteriormente, las cuales conforman el régimen de contratación estatal, se puede decir que la Ley 80 de 1993 no estuvo influenciada por la Ley Modelo de Contratación Pública del año 1994, toda vez que la fecha de expedición de la segunda es posterior a la primera; no obstante, no ocurre lo mismo con la Ley 1150 de 2007, la cual sí reviste muchas de las características o innovaciones de la Ley Modelo del año 1994, según se puede concluir luego de analizar la exposición de motivos de la norma señalada, como se pasa a exponer:

Ley Modelo de Contratación Pública – 1994 (CNUDMI)	Exposición de Motivos - Ley 1150 de 2007
<i>“Preámbulo: (...) a fin de promover los siguientes objetivos:</i> <i>a) Alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública;</i> <i>(...)</i>	<i>(...) con el objeto de introducir medidas para la eficiencia y transparencia en la gestión contractual.</i> <i>(...)</i> <i>En ese panorama y no obstante el tamaño e impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos, se aprecia la ausencia de instrumentos legales que permitan la optimización y el uso eficiente de los recursos públicos involucrados en la contratación.</i> <i>(...)</i> <i>A criterio del Gobierno Nacional, sólo si el proceso contractual es más eficiente, podrá el mismo ser más transparente.</i>
<i>Preámbulo: (...) a fin de promover los siguientes objetivos:</i>	<i>(...) El proyecto se esmera en cerrar puertas falsas usadas a veces para afectar la sana competencia e igualdad</i>

(...) d) Asegurar el trato justo e igualitario de todos los proveedores y contratistas;	de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales. (...) es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso (“pasa, no pasa”) y en consecuencia la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos.
Preámbulo: (...) a fin de promover los siguientes objetivos: (...) f) Dar transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública.”	A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto. (...) Por su parte, el artículo 8° del proyecto de Ley que eleva a rango legal la previsión del artículo 1° del Decreto

	<i>2170 de 2002 que obliga la publicación de los proyectos de pliegos y términos de referencia con el fin de evitar el direccionamiento de los procesos de selección (...)</i>
--	---

Por otro lado, como fue señalado con anterioridad, la UNCITRAL expidió el 01 de julio de 2011 la nueva Ley Modelo sobre Contratación Pública que de según el contenido de su pagina web: “(...) *Contiene procedimientos y principios cuya finalidad es lograr el uso óptimo de los recursos y evitar los abusos en el proceso de adjudicación. El texto promueve la objetividad, la equidad y la participación, así como la competencia y la integridad, para cumplir esos objetivos. La transparencia es también un principio clave, pues permite confirmar el cumplimiento efectivo de los procedimientos y principios.*”. Es decir, que guarda la misma esencia de la Ley Modelo del año 1994, y busca dar aún mayor transparencia a los procesos de selección.

Ahora bien, es preciso mencionar que en toda la exposición de motivos que dio origen a la Ley 1150 de 2007 no se hizo referencia a la Ley Modelo de la UNCITRAL. Sin embargo, como se puede observar del breve análisis hecho, es claro que las finalidades que fueron buscadas por la UNCITRAL con las Leyes Modelo fueron las mismas que buscó la Ley 1150 de 2007 y que sigue guardando armonía con las reformas que se le han realizado desde la fecha de su expedición, pues sencillamente las herramientas que ofrece este organismo

internacional –UNCITRAL- son siempre tenidos en cuenta por parte de los Estados, que están siempre en busca de mejorar sus procedimientos y dar mayor transparencia a su contratación.

Un claro ejemplo de ello, es la incorporación en Rusia de las políticas para mejorar la competencia en los procesos de contratación pública, en razón a la promoción de la modernización del marco regulador de su contratación, como fue analizado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en el año 2012. En dicha oportunidad, las Naciones Unidas a través de la Junta de Comercio y Desarrollo presentó un informe y análisis sobre la influencia y beneficios que ha traído la implementación de políticas de la competencia y las adquisiciones del sector público, y señaló igualmente que:

“Los resultados de las reformas del régimen de contratación pública en Rusia constituyen un buen ejemplo de cómo la modernización del marco regulador puede mejorar la competencia, reducir la corrupción y generar ahorros presupuestarios.

En 2005, la Federación de Rusia aprobó la Ley N° 94-FZ, una Ley moderna de contratación pública, relativa a la contratación de bienes, obras y servicios para las necesidades del Estado y los municipios, que fue modificada en 2009 y 2010. Esa Ley se complementa con la Ley federal N° 135-FZ, sobre la protección de la competencia, en cuyo artículo 11 se prohíbe la manipulación de licitaciones, por ser una práctica intrínsecamente anticompetitiva. Además, desde 2009, año en que se modificó el artículo 178 del Código Penal de la Federación de Rusia, las conductas colusorias en este ámbito se castigan con penas de cárcel de hasta tres años.

La Ley N° 94-FZ estableció un régimen uniforme para todos los órganos estatales y municipales de contratación de la Federación de Rusia y universalizó los

procedimientos de licitación y subasta en la contratación pública. Tras las modificaciones de 2009 y 2010, en 2011 se creó en Internet un portal único de contratación pública para todo el país y se introdujo la obligación de utilizar las herramientas electrónicas de contratación.

Gracias a la reforma del régimen de contratación pública en Rusia, en los cinco años comprendidos entre 2006 y 2010 se realizaron ahorros estimados en más de 26.500 millones de euros. Además, se ha observado un marcado aumento del número de participantes en cada licitación. Según la información disponible, en 2008, participaban en promedio 26 proveedores en cada subasta abierta de contratación pública, mientras que antes de instaurarse ese sistema el número medio de proveedores participantes era 9. Se considera que las nuevas medidas del Gobierno, gracias a las cuales muchas operaciones de contratación pública estatal o municipal que antes se adjudicaban directamente ahora están sujetas a concursos abiertos, han aumentado la probabilidad de que las empresas participen en licitaciones transparentes y justas.”

De igual manera, de acuerdo con el análisis presentado por las Naciones Unidas, es de gran importancia la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la contratación pública de 2011, pues ésta actúa como una orientación para aquellos países que como Rusia, se encontraban y encuentran reformando su legislación, atendiendo a que esta Ley Modelo “*aboga claramente por procedimientos de contratación pública basados en el principio de la competencia. De hecho, en el preámbulo de la Ley modelo de la CNUDMI se indica que uno de los principales objetivos de la contratación pública es "Promover la competencia entre proveedores o contratistas en orden al suministro del objeto del contrato adjudicable"*

1.1.4. MODELO INTERNACIONAL DE LA LEY 1150 DE 2007

Otro aspecto a destacar de la internacionalización o globalización del derecho en materia de contratación pública en el caso Colombiano la encontramos desde luego en los ejemplos internacionales o lo relativo a modalidades de selección de contratistas que incorporó la Ley 1150 de 2007, tales como:

“En el derecho comparado, a las subastas inversas se les ha tratado de dos maneras: como método autónomo de contratación, o como fase al interior de otros procesos de selección. Esta diferencia supone que en el primer caso la adjudicación del contrato ocurre como consecuencia directa del triunfo del proponente en la puja, al paso que en el segundo simplemente se trata de habilitar un mecanismo de “presentación dinámica de la oferta”, la que habrá de ser evaluada de conformidad con los factores previstos en los pliegos de condiciones. Nótese como, si se emplea la oferta como mecanismo de “conformación dinámica de la oferta”, la única variable a utilizar no es necesariamente la del precio, sino que será posible usar otras variables cuantificables.

El uso de las subastas inversas constituye una tendencia mundial en la regulación y práctica de la contratación pública, que ha venido a desarrollarse notablemente alrededor de la evolución de los mecanismos de comercio electrónico que tienen como base la Internet. A ese respecto se afirma en el WP. 35 Add. 1 de la Uncitral que (...)

Tal vez la regulación más completa existente sobre la materia a nivel supranacional sea la contenida en la Directiva 18 de 2004 expedida por la Unión Europea en la que se dan parámetros obligatorios para el uso de la misma a sus países miembros. Australia, Austria, Singapur, Tailandia, el Reino Unido y los Estados de América, han establecido la

figura y la usan vigorosamente. En el caso de Latino América, debe destacarse a Brasil, que bajo la modalidad del llamado “prepago” ha hecho uso intensivo de la herramienta como proceso autónomo de selección, con resultados asombrosos.

Con la notable excepción de Brasil que permite el uso de subastas “presenciales”, en el derecho comparado las legislaciones más avanzadas se inclinan a permitir el uso de subastas inversas únicamente cuando se hace uso de mecanismos electrónicos para su realización. Tal es el origen de la expresión ERAs (electronic reverse auctions) que indefectiblemente establece esa relación. Sobre esa tendencia regulatoria se ha explicado que el uso de las herramientas electrónicas no solo permite una mejor administración de las “reglas de juego” al evitar el error humano, sino por sobretodo, evitaría o a lo menos haría mucho más difíciles la colusión entre los proponentes para burlar los propósitos de ahorro y transparencia en el mecanismo.

Los “convenios marco” son usados de manera extendida en el mundo, en países como Australia (panel arrangements), los Estados Unidos (el 30% de toda la contratación federal a través de task-and-delivery contracts y Multiple Award Schedules administrados por el General Service Administration, GSA) y Chile, en donde más de 80.000 ítems se encuentran cobijados por los mismos, con un gran impacto en la agilidad del sistema de proveeduría pública. A su turno, la directiva 18 de la Unión Europea aconseja a sus países miembros la adopción de framework agreements, permitiendo que las legislaciones nacionales decidan sobre la misma.

En Latinoamérica, además del uso muy exitoso de los mismos en Chile, se encuentran previstos en Brasil, México y, recientemente, en Perú” (Suarez Beltrán, Gonzalo, 2007)

Como se vislumbra de lo anterior, Colombia no sólo ajustó el ordenamiento jurídico en materia de contratos públicos para mejorar criterios en materia procedimental, sino que tuvo en cuenta casos exitosos en diferentes latitudes internacionales en un tema de vital importancia como lo es el medio de selección del contratista, hoy contenido en el artículo 2 de la Ley.

1.2. APERTURA INTERNACIONAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL DESDE LA LEY 80 DE 1993

El ordenamiento jurídico Colombiano fue progresivamente ajustando sus bases para una apertura económica a partir de los años 90. De ahí, que uno de los primeros hechos legislativos relevantes en materia contractual es sin duda la expedición del estatuto de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993, que más que un cuerpo normativo procesal se erigió como un conjunto de principios rectores en materia contractual y dentro de este amplio abanico incorporó de manera expresa el principio de reciprocidad y con ello un ambiente más liberal frente a la participación de bienes y servicios extranjeros en procesos contractuales a lo que estaba regulado en el Decreto 222 de 1983.

Las disposiciones que introdujo esta Ley, en mi criterio produjeron el nacimiento de la internacionalización del contrato estatal. A continuación, observaremos lo expuesto por la Ley 80 de 1993 en sus artículos 20 y 21:

“Artículo 20º.- De la Reciprocidad. En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

Parágrafo 1º.- El Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios, que celebren para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

Parágrafo 2º.- Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiese celebrado acuerdo, tratado, o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo.

Artículo 21º.- Del Tratamiento y Preferencia de las Ofertas Nacionales. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen

nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

Parágrafo 1º.- El Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por bienes y servicios de origen Nacional y de origen Extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento

oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.

Parágrafo 2º.- El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional.”

La incorporación de estos preceptos al derecho colombiano generó para los extranjeros la apertura al espacio comercial en los procesos contractuales públicos sin que existiera una protección expresa y concreta a favor de la industria nacional, pues a ésta se le ubicó en un plano de libre competencia interna y externa. En vista de lo anterior, 10 años más tarde la expedición de la Ley 816 de 2003, con la que se buscó proteger explícitamente la industria nacional, como veremos más adelante.

Justamente el criterio neoliberal y de apertura fue la orientación expuesta por el legislador previo a expedir el estatuto de contratación pública como se aprecia en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, veamos:

“9. Preferencia de las ofertas nacionales

La meticulosa y amplia protección a la industria y al trabajo nacionales contemplada a partir del artículo 268 del Decreto 222 de 1983³, se encuentra plenamente justificada dentro del marco proteccionista que orientó la actividad económica por varios lustros. Sin embargo, la apertura de la economía necesariamente tiene que afectar el esquema

³ Artículo 268 del Decreto 222 de 1983. La preferencia que se debe dar al trabajo nacional - derogado por el artículo 81 de la ley 80 de 1993. En las contrataciones que realicen las entidades a que se refiere este estatuto, deberá preferirse la producción industrial y la oferta de servicios nacionales conforme a las normas contenidas en los artículos siguientes.

tradicional de forma tal que se alcance verdadera uniformidad y eficacia en la política económica.

Para lograrlo, si bien debe protegerse a los oferentes y bienes y servicios de origen nacional, su contenido tendrá que adecuarse a las exigencias de una política de apertura. En este sentido, el proyecto en su artículo 21 consagra un sano criterio de libre competencia entre los oferentes nacionales y extranjeros, favoreciendo siempre la opción que mejor convenga al interés público, pero profiriendo la oferta de bienes y servicios de origen nacional cuando las condiciones para contratar resulten iguales. Es decir que se apoya a la industria, a la ingeniería y a la consultoría nacionales dentro de un marco de libre competitividad.

Ahora bien, no sólo la protección y la preferencia de las ofertas nacionales se obtiene cuando se presente igualdad en las condiciones para contratar, sino que también se alcanza, como lo preceptúa el primer inciso del citado artículo, a través de la proscripción en cuanto atañe a la exigencia de todos aquellos requisitos y condiciones que no se impongan a los oferentes de origen extranjero.

Así mismo, la filosofía que informa tal norma se cumple al establecer en forma imperativa el deber de analizar la conveniencia de efectuar la desagregación tecnológica y de realizar pluralidad de procedimientos de selección reglada cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión.

Por último, el artículo 22 precisa que será el Gobierno Nacional el que determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional”.

Bajo estas premisas de libre competencia la Ley 80 nos ubicó inicialmente en los siguientes escenarios contractuales:

Garantía a los extranjeros para otorgarles trato nacional en razón del principio de reciprocidad, bien sea por la existencia de un acto jurídico bilateral o multilateral vinculante o la revisión normativa de la existencia de trato nacional en sus países de origen para bienes y servicios de oferentes colombianos, y,

Habilitación de participación a extranjeros con las mismas garantías, aún cuando no estuvieran cobijados bajo el principio de reciprocidad, con la leve desventaja frente a nacionales de no ser favorecidos en un proceso contractual cuando existiera un empate en sus ofertas, caso en el cual se resolvería a favor del oferente nacional.

Como se aprecia realmente la aplicación del principio de reciprocidad en la dinámica contractual no tenía mayor diferencia pues en la práctica todos los extranjeros podían participar en igualdad de condiciones, es decir, el principio de reciprocidad contenido en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 era mucho mas amplio para aquellos oferentes de bienes y servicios extranjeros. Sólo hasta la aparición de la Ley 816 de 2013 se creó un mecanismo de protección al oferente de bienes y servicios nacionales y comenzó su limitación.

A continuación, iniciaremos el examen de la normatividad referida explicando en primera medida el principio de reciprocidad, su alcance y su desarrollo procesal en Colombia.

1.2.1. PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Entiéndase por reciprocidad en las voces del artículo 20 de la Ley 80 de 1993 la garantía recíproca en virtud de la cual en los procesos de contratación estatal en nuestro país se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento, las mismas condiciones, requisitos procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad, así pues, este principio

es complementado en el inciso segundo del mismo artículo como el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público, y que en consecuencia nuestra nación responde en los mismos términos a los oferentes de esos países haciendo efectivos sus derechos, dándoles un trato igualitario y haciendo efectiva la trazabilidad en materia contractual e igualmente para complementar el parágrafo segundo nos informa que cuando no se hubiese celebrado acuerdo, tratado, o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades, y designa desde entonces al Gobierno Nacional⁴ para establecer los mecanismos que permitan asegurar el cumplimiento de dicha reciprocidad normativa.

De lo dicho, podemos concretar que existen dos requisitos o rutas jurídicas para lograr que oferentes de bienes y servicios de origen extranjero sean acreedores a ser tratados en Colombia como nacionales sin discriminación alguna, ellos son: de una parte, una ruta expresa y soberana a partir de la existencia de un acuerdo, tratado o convenio internacional suscrito con otro estado que se incorpora al ordenamiento jurídico Colombiano mediante Ley de la República, por otra parte, a través de la certificación de que en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gozan de iguales oportunidades contractuales que sus nacionales, lo cual sólo puede obedecer a un riguroso estudio normativo en el país de Origen,

⁴ Esta misma obligación se mantiene vigente conforme a lo reglado en el Decreto 1082 de 2015.

hecho que puede resultar una verdadera hazaña jurídica en el entendido que el operador o interprete será el mismo estado Colombiano y como se trata de interpretar, el error no es invencible, lo que puede generar limitaciones de derechos o habilitación de los mismos sin que exista el soporte normativo, sólo basta una revisión de la literatura jurídica Colombiana en materia de contratación pública para conocer su complejidad⁵ pese a los recientes esfuerzos institucionales, verbigracia la creación de la Agencia Nacional de Contratación pública y la aparición del estatuto reglamentario Decreto 1510 de 2013 derogado por el Decreto 1082 de 2015, por citar algunos avances.

Entonces, tenemos que una vez se causa alguna de las dos vías que acabamos de repasar, nace el deber para el estado colombiano de garantizar el derecho al trato nacional a los proponentes de bienes y servicios extranjeros, lo que significa la materialización del principio de igualdad a participar, competir y ser beneficiario de un contrato estatal como si fuere un oferente colombiano.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-887/02 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández nos aclara e informa el abanico de derechos y

⁵ “En desarrollo del trabajo “CONTRATACION SEGURA” se tiene que las piezas del rompecabezas referido y el escenario de la inseguridad jurídica está sustentado en los siguientes ítems: Son cerca de 3.590 reglas originadas en las siguientes fuentes materiales: Las 2 leyes, 80 de 1993 y 1150 de 2007 con 114 artículos. Todos los reglamentarios que el 066 y el 2474 de 2008 dejaron vigentes, más de 45 decretos que superan 400 artículos. Las 48 jurisprudencias de constitucionalidad que profirió la Corte con ocasión de la Ley 80 de 1993, a las que se suman las 8 sentencias que se han proferido²³ para resolver las demandas contra disposiciones de la Ley 1150 de 2007. Así mismo, un amplio número de sentencias de nulidad del Consejo de Estado desde 1993 y las recientes suspensiones provisionales que inciden en veinte artículos. Son 81 decretos reglamentarios vigentes y 57 normas legales. Así, existe un total de 138 fuentes normativas vigentes que provienen de leyes y decretos, a su vez el catálogo de las fuentes históricas derogadas es de 109. En el universo de fuentes legales y reglamentarias cada inciso, numeral y parágrafo vigente, contienen como mínimo un supuesto normativo, -hecho y consecuencia jurídica-, que yo denomino regla. En el acumulado de normas aplicables, cerca de 1350 artículos, se alcanza un número que supera las 3.590 reglas ya mencionadas. Por eso, ante este hecho tan difícil y complejo, me atrevo a llamar la contratación colombiana como, rompecabezas”. (Gomez - Lee, 2010)

garantías que cobijan la participación de oferentes extranjeros en procesos contractuales en los siguientes términos:

“En relación con el principio de igualdad entre los proponentes el Consejo de Estado ha sentado la siguiente doctrina que prohija la Corte dada su importancia para la solución del caso que se analiza:

“El derecho de igualdad entre los oferentes

“Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración está obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 Ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores.

Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: “1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. “2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración.

Dromi, citando a Fiorini y Mata, precisa que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son: ‘1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar

conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior. Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”

“En relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff precisó: ‘La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de ‘igualdad’. Tal exigencia constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo ínsito a ella. Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de ‘igualdad’, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador y oferente y la Administración Pública que desvirtúan el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de ‘conurrencia’ y ‘publicidad’, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público. La referida ‘igualdad’ exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”

Pese a lo descrito por la Corte en materia de igualdad en los procesos de contratación, el mismo ordenamiento jurídico Colombiano ha generado unos sistemas proteccionistas positivos y negativos que nos llevan a preguntar si el principio de reciprocidad es

absoluto para los extranjeros que ofertan bienes y servicios en nuestro país o cuando no existe este principio que restricciones o favorecimientos reciben los oferentes nacionales.

En ese orden de ideas, podemos entender⁶ por sistema de protección positivo aquel que expresamente el Estado colombiano crea para favorecer un oferente de bienes y servicios nacional en claro detrimento del oferente extranjero, como el previsto en la Ley 816 de 2003, al otorgar puntajes en los procesos de contratación a nacionales por su sola condición. Por otro lado, el sistema de protección negativo se entiende como el conjunto de lagunas normativas, obstáculos y en general toda traba que crea el Estado en su sistema normativo y dinámica contractual que dificulta la contratación de extranjeros en nuestro país, por ejemplo: la confección de pliegos de condiciones mal estructurados en detrimento de un oferente extranjero, la imposibilidad de suspender un proceso por estar en curso una certificación de trato nacional cuando no existe tratado, normas generales que sólo pueden ser cumplidas por nacionales, exigencia de documentos en calidades especiales, etc.

1.2.2. LÍMITES AL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Consolidado en favor de un extranjero el derecho a trato nacional, podríamos concluir en principio que no existe una discriminación o ventaja normativa alguna para tal oferente. No obstante, revisadas algunas disposiciones jurídicas y conductas en el mercado contractual observamos la presencia de sistemas proteccionistas positivos y negativos, los cuales son precisos referenciar en la presente investigación, porque de una u otra forma terminan limitando ese derecho a participar en la contratación estatal colombiana.

⁶ *Opiniones y reflexiones personales para clasificar los grupos de medidas proteccionistas.*

En el primero de los casos, resulta muy importante destacar que de manera concreta en la negociación de los tratados de libre comercio, nuestra nación de forma expresa se reserva una serie de actos jurídicos, sujetos activos y umbrales para los nacionales en materia de compras públicas.

Ello quiere decir, que no todas las contrataciones de las Entidades Públicas están sujetas a las obligaciones de carácter internacional derivadas de los Acuerdos Comerciales, por ello, para concluir que un proceso contractual está amparado bajo las obligaciones internacionales es necesario que se revisen tres situaciones:

1. Que la entidad pública que realice la contratación se encuentre en los listados de entidades cubiertas por los tratados.
2. Que se superen los montos mínimos establecidos para que las normas de contratación pública del capítulo sean aplicables.
3. Que la contratación no se encuentre cubierta bajo alguna exclusión de aplicabilidad o excepción.

Si bien en la práctica las causales 1 y 2 son excluyentes, no son económicamente determinantes teniendo en cuenta que la mayoría de las entidades están obligadas, y por otra parte, que las cuantías exceptuadas son modestas para el interés de oferente extranjero. Empero, no ocurre lo mismo con la causal 3 que define los objetos contractuales que pueden ser excluidos de los acuerdos comerciales y por ende, del principio de reciprocidad y derecho a trato nacional. Tales son:

1. Los acuerdos o asistencia, incluidos los acuerdos de cooperación, las donaciones, los préstamos, las subvenciones, las aportaciones de capital, las garantías, los avales y los incentivos fiscales.
2. El suministro estatal de mercancías o servicios a personas o a Entidades Estatales del nivel territorial.
3. Las compras que tengan el propósito directo de proveer asistencia extranjera.
4. La contratación realizada de conformidad a un procedimiento o condición particular de una organización internacional, o financiada mediante donaciones, préstamos u otras formas de asistencia internacionales, cuando tenga que hacerse de una forma no contemplada en el Acuerdo Comercial.
5. Los contratos de empleo público y medidas relacionadas.
6. La contratación de servicios de agencias fiscales, servicios de depósito, servicios de liquidación y gestión para instituciones financieras, servicios vinculados a la deuda pública.
7. La contratación pública de servicios bancarios o financieros referidos al endeudamiento público; o a la administración de pasivos.
8. Los servicios financieros.
9. Las compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que sólo ocurran por un plazo muy breve, tales como enajenaciones extraordinarias.

10. La contratación adjudicada de conformidad con un acuerdo internacional, destinada a la implementación conjunta o explotación de un proyecto por los países firmantes.

11. La contratación adjudicada de conformidad con un acuerdo internacional relacionado con el estacionamiento de tropas.

12. La adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles (tierras, edificios, etc.) o los derechos sobre estos.

13. La contratación realizada con el propósito específico de prestar asistencia internacional, incluida la ayuda para el desarrollo.

14. Las convocatorias limitadas a Mipyme.

15. Las contrataciones relacionadas con los programas de reinserción a la vida civil originados en procesos de paz, ayuda a los desplazados por la violencia, apoyo a los pobladores de zonas en conflicto, y en general, los programas derivados de la solución del conflicto armado.

16. Las contrataciones que realicen las misiones del servicio exterior de Colombia, exclusivamente para su funcionamiento y gestión.

17. Los contratos interadministrativos.

18. Las contrataciones relacionadas con la defensa y seguridad nacional.

19. La adquisición de bienes requeridos en la ejecución de servicios de investigación y desarrollo

20. Las contrataciones para la dotación y sustento de las fuerzas armadas y las contrataciones relacionadas con programas de asistencia social, apoyo a la agricultura o procesos de paz.

21. Las concesiones.

22. Las concesiones de obra pública.

23. Las contrataciones del sector defensa y del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– que necesiten reserva para su adquisición.

24. Los bienes de carácter estratégico, listados a continuación, adquiridos por el Ministerio de Defensa o sus Entidades Estatales adscritas. (La numeración se refiere al Federal Supply Classification FSC). - 10 Armamento - 11 Material nuclear de guerra - 12 Equipo de control de fuego - 13 Municiones y explosivos - 14 Misiles dirigidos - 15 Aeronaves y componentes de estructuras para aeronaves - 16 Componentes y accesorios para aeronaves - 17 Equipo para despegue, aterrizaje y manejo en tierra de aeronaves - 18 Vehículos espaciales - 19 Embarcaciones, pequeñas estructuras, pangas y muelles flotantes - 20 Embarcaciones y equipo marítimo.

25. Los servicios relacionados con los bienes de carácter estratégico adquiridos por el Ministerio de Defensa o sus Entidades Estatales adscritas relacionadas en la lista de Entidades Estatales obligadas.

26. Los servicios adquiridos en soporte de fuerzas militares localizadas fuera de Colombia.

27. Las compras efectuadas con miras a la reventa comercial por tiendas gubernamentales.

28. Las contrataciones de alimentos, insumos agropecuarios y animales vivos, relacionadas con los programas de apoyo a la agricultura y asistencia alimentaria.

29. Las contrataciones de bienes contenidas en la Sección 2 (Alimentos, Bebidas y Tabaco; Textil y Confección y Productos de Cuero) del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0) de las Naciones Unidas, dirigidas a programas de asistencia social.

30. Las contrataciones realizadas por una Entidad Estatal cubierta del orden territorial en nombre de una Entidad Estatal no cubierta del orden nacional.

31. La contratación efectuada por empresas industriales o comerciales del Estado o por sociedades de economía mixta, del nivel territorial.

32. Los servicios de investigación y desarrollo - División 81. Servicios de Investigación y Desarrollo. - Grupo 835. Servicios Científicos y Otros Servicios Técnicos. - Clase 8596. Servicios de procesamiento de datos requeridos en la ejecución de actividades científicas y tecnológicas. - Clase 8597. Organización de eventos requeridos en la ejecución de actividades científicas y tecnológicas.

33. Los servicios de ingeniería y arquitectura - Clase 8321. Servicios de arquitectura - Clase 8334. Servicios de diseño de ingeniería - Clase 8335. Servicios de ingeniería durante la fase de construcción y de instalación

34. Los servicios públicos. - División: 69. Servicios de distribución de electricidad; servicios de distribución de gas y agua por tubería. - División: 94. Servicios de

alcantarillado y eliminación de desperdicios, servicios de saneamiento y otros servicios de protección del medio ambiente. - Telecomunicaciones básicas (no incluye los servicios de telecomunicaciones de valor agregado).

35. Los servicios sociales. - División 91. Administración pública y otros servicios para la comunidad en general; servicios de seguridad social de afiliación obligatoria. - División 92. Servicios de enseñanza - Grupo 931. Servicios de salud humana

36. Los servicios de impresión.

37. La elaboración de programas de televisión. - Subclase 96121. Servicios de producción de películas cinematográficas, cintas de vídeo y programas de televisión.

38. Los servicios de construcción.

39. La compra de servicios de transporte necesarios para la ejecución de un contrato.

40. Las contrataciones de bienes contenidas en la Sección 2 (Alimentos, Bebidas y Tabaco; Textil y Confección y Productos de Cuero) del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0) de las Naciones Unidas, para el Comando General de las Fuerzas Militares, Ejército Nacional, Armada Nacional, Fuerza Aérea Nacional, y Policía Nacional.

41. Las contrataciones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de alimentos, insumos agropecuarios y animales vivos, relacionadas con los programas de apoyo a la agricultura y asistencia alimentaria.

42. Productos de Cuero) del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0) de las Naciones Unidas, dirigidas a programas de asistencia social realizadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–.

43. La contratación de materiales y tecnología nuclear realizada por el Instituto Colombiano de Geología y Minería –INGEOMINAS–.

44. En las contrataciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (AEROCIVIL), solo se aplicará el trato nacional a bienes, servicios y proveedores, con excepción de las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo, las cuales no están cubiertas por el Acuerdo Comercial.

45. Las contrataciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil –AEROCIVIL–.

46. Las contrataciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil para la preparación y realización de elecciones.

47. Las contrataciones de Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

48. Las contrataciones realizadas bajo un régimen de contratación privado.

49. Las contrataciones de empresas gubernamentales.

50. Las contrataciones de Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuyo objeto esté relacionado con sus actividades.

51. Las contrataciones de Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuyo presupuesto sea menor o igual que \$457'683.000.

52. Las contrataciones de empresas gubernamentales distintas a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

53. Las contrataciones realizadas bajo un régimen de contratación privado por Entidades Estatales distintas de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Como quiera, que estas reglas de excepción frente a objetos contractuales no le son aplicables a todos los tratados sino que dependerá de la negociación particular con cada Estado, a la fecha en Colombia, por citar un ejemplo a nivel de entidades del orden Nacional, los tratados con más restricciones son con Canadá, Estados Unidos, Chile, Suiza, Noruega, Liechtenstein y la Unión Europea, y las naciones más favorecidas o con menos excepciones son Guatemala, Honduras, México y el Salvador.

Visto esto, podría pensarse que el número de restricciones dependen del grado de madurez económica de nuestros asociados, lo cual en últimas también implica una práctica proteccionista (sistema de protección objetivo) a favor del oferente de bienes y servicios nacional pues le reserva y favorece el proceso de contratación.

Sumado a lo anterior, están excluidos de manera general los contratos celebrados bajo la modalidad de mínima cuantía y aquellos suscritos en virtud de la modalidad

de contratación directa, esta última frecuentemente cuestionada por el elevado impacto⁷ que juega en la dinámica contractual del País.

Además de estas medidas de protección positiva que están contenidas expresamente en los cuerpos de los tratados, resulta importante citar dos situaciones que pueden llegar a limitar el principio de reciprocidad.

La primera que nos genera inquietud es la existencia en materia contractual pública de una regla social de desempate como es la prevista en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, que establece que los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán, entre otras garantías, la preferencia en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si aquellos tienen en sus nóminas un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la Ley, debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año y durante un lapso igual al de la contratación referida. Lo antepuesto es cuestionable, en la medida que la regla de desempate sólo podrá ser adjudicada en favor del nacional, ya que únicamente este podrá cumplir con ese requisito, en ese mismo sentido, resultan de difícil aplicación las demás reglas de desempate previstas en el Decreto 1082 de 2015.

⁷ “Con base en el reporte del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) correspondiente al periodo 2012, la Procuraduría General de la Nación pudo establecer que de los 52 billones de pesos que fueron contratados por entidades del orden nacional y territorial, un 44% (más de \$23 billones) correspondió a la modalidad de contratación directa, lo que prácticamente duplica los \$12,8 billones que se contrataron por licitación. Las entidades del orden nacional (centralizadas y descentralizadas) reportaron 72.539 contratos celebrados por contratación directa, por un valor superior a los \$13.1 billones de pesos, mientras que por licitación se reportaron 1.214 contratos por valor de \$7.9 billones.” (Procuraduría General de la Nación, 2013)

De otro lado, existen algunas lagunas que dificultan la participación de extranjeros aún cobijados a trato nacional, verbigracia la aplicación de la antigua normatividad que regula las sociedades y personas naturales extranjeras en los procesos contractuales públicos⁸, y por supuesto la desafortunada y enquistada corrupción, que a la fecha permite a las entidades en uso de la autonomía administrativa la modelación de pliegos orientados con fines subjetivos, generando de ese modo, requisitos de difícil cumplimiento para extranjeros.

Si partimos de la premisa de trato nacional, donde al oferente extranjero se le habilitan los mismos derechos y oportunidades que a los nacionales en un marco de libre competencia, establecer normas que sólo pueden ser cumplidas por nacionales resulta en mi opinión discriminatoria.

1.2.3. LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN DE EXTRANJEROS CUANDO NO EXISTE RECIPROCIDAD

Por otra parte, cuando no existe principio de reciprocidad observamos con claridad la existencia de limitantes o matices de restricción en la materia, tales como las contenidas en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, en lo relativo a reglas de desempate entre ofertas nacionales y extranjeras, y entre estas últimas cuando queden en igualdad de condiciones. Y finalmente, la contenida en la Ley 816 de 2003 por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública, la que fue creada justamente para ese propósito proteccionista.

En el primero de los casos (Artículo 21 Ley 80 de 1993), se encuentran establecidas dos reglas de desempate, la primera de ellas simplemente dispone un favorecimiento

⁸ Más adelante en la investigación abordaremos esta temática con mayor precisión.

al oferente de bienes y servicios nacional cuando su oferta en comparación con la oferta extranjera ha quedado numéricamente igualada, ello en virtud del principio de selección objetiva definida en el proceso de selección, en cuyo caso la adjudicataria será la oferta nacional. La segunda de ellas, consagra que ante la presencia de dos ofertas extranjeras que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquella que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

En el segundo caso, tras la expedición de la Ley 816 de 2003 se estableció un sistema de protección cuantitativo a favor de la industria colombiana, en razón a la elevada participación extranjera en el país, tal como se puede observar en la exposición de motivos de dicha norma:

“Son objetivos del proyecto de Ley los siguientes:

Restaurar el equilibrio en la participación de proveedores nacionales y extranjeros en las licitaciones públicas. El régimen establecido por la Ley 80 de 1993, contiene algunas normas cuyo efecto en la práctica ha sido el de facilitar la participación de bienes y servicios de origen extranjero, colocando en condiciones de desventaja a los proveedores nacionales, efecto que es necesario corregir.

Establecer un factor de escogencia que apoye a la industria nacional, de manera que se conceda un puntaje adicional de entre 5 y 10% del total señalado en los pliegos de condiciones, a las ofertas, sean nacionales o extranjeras, que incorporen componente colombiano en bienes y servicios, así como condiciones para la transferencia tecnológica. El artículo no es discriminatorio por cuanto establece el mismo tratamiento para los proveedores

nacionales o extranjeros, a quienes se les presenta la oportunidad de integrar a sus ofertas, componente nacional.

Introducir mayor claridad para la aplicación del principio de reciprocidad en la medida en que determina que el mismo solamente es aplicable a los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras del sector público o a aquellos en los cuales se otorgue tratamientos nacional a los bienes y servicios colombianos, lo cual se acreditará mediante un informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente Colombiana, que se deberá acompañar a la documentación correspondiente en cada caso

Aclarar el ámbito de cobertura de la aplicación del principio de preferencia a la producción nacional que bajo la vigencia de la Ley 80 ha generado múltiples interpretaciones. Ciertamente el proyecto de Ley establece coló obligatorios los instrumentos de preferencia a la producción nacional para las empresas estatales y en general para las entidades del sector público a nivel central y territorial.”

Esta Ley consagra en su artículo primero que las entidades de la administración pública, que de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que les sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la Ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional. Igualmente, añade que deberá entenderse por entidades de la administración pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación, solamente exceptúa a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios indicando que éstas se rigen por las normas de Derecho

Privado, de conformidad con lo consagrado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001; hecho que resulta curioso porque no sólo estas empresas tienen régimen de derecho privado para efectos contractuales, sino que también se rigen por esas normas las empresas sociales del estado, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta y todas sin exclusión deben acatar los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 de la carta política. Por lo tanto, resulta curioso que esa sea la causa cardinal del legislador para excluir a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, la Ley dispone en su artículo 2 de un criterio cuantitativo para favorecer y estimular a los proponentes de bienes y servicios nacionales, al ordenar a todas las entidades que asignen sin distingo de objeto contractual dentro de los criterios de calificación de las propuestas lo siguiente:

Un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales. Pese a eso, en la práctica en Colombia no se acostumbra dejar el puntaje otorgado en más del 10% del total del proceso para no terminar afectando el sistema de selección objetiva de la contratación a realizar, y lograr obtener una propuesta técnica y económicamente favorable.

Cuando se trate de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

Lo anterior, significa que en Colombia se creó en el año 2003 un criterio de selección objetiva cuantitativo, por el sólo hecho de la condición de ser nacional en un proceso contractual, en un claro detrimento de una política de libre competencia como la prevista en la Ley 80 de 1993 y en la Constitución Política. Podría pensarse que la industria colombiana no estaba preparada para la apertura económica y que solamente encontró un respaldo proteccionista por parte del Estado para favorecerse objetivamente en materia contractual, y no orientar sus esfuerzos para mejorar su condición técnica y competitiva, es decir, el fondo de la cuestión es que la competitividad de la industria Colombiana no fue intervenida jurídicamente en pro de su mejora.

Entonces, este respaldo y favorecimiento legal a los nacionales, en una lectura armónica con los artículos 9, 13 y 100 de la carta política, en mi opinión presenta vicios de inconstitucionalidad por las siguientes razones:

Ordena la carta política que las relaciones exteriores del Estado Colombiano se fundamenten en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, y de igual manera, indica que dichas relaciones se orientarán hacia la integración latinoamericana y del Caribe, lo cual significa que frente a este último grupo no podría existir discriminación alguna aún si no existe trato nacional con los países que integran este bloque continental.

Como indicaba en letras anteriores y como ya lo expresó la misma Corte Constitucional en virtud del derecho de igualdad todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Nótese como nuestra constitución cobija a los extranjeros con este derecho y agrega la carta que el Estado deberá promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados, es decir, esa característica de realidad y efectividad en la igualdad en materia contractual se rompe ante la ventaja de un oferente nacional por ese sólo hecho, sin que medie una justificación en aras de proteger grupos discriminados o marginados, para no ir más lejos la escueta exposición de motivos de la Ley 816 de 2003 ni siquiera allega cifras, estadísticas o prueba alguna de los impactos negativos en los grupos discriminados o marginados, y peor aún no menciona el efecto macroeconómico que tiene la presunta elevada participación de oferentes extranjeros en materia de contratación estatal.

Expresamente la carta prevé que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos, no obstante, indica que en algunas oportunidades la Ley podrá por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, y, complementa la carta que los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la Ley. En consecuencia, al tratarse de las restricciones que imponga la Ley, esta debe enmarcarse en lo previsto en la Constitución y no simplemente en criterios subjetivos de protección a la industria nacional o medios de presión y negociación internacional.

En ese mismo orden, frente a la aparición de la Ley 816 de 2003 el tratadista Gonzalo Suárez Beltrán (2014) tiene una opinión complementaria pero distinta a la nuestra y la expone en los siguientes términos:

“La legislación contractual colombiana, en principio, no había discriminado contra los extranjeros hasta la aparición de la Ley 816 de 2003. En efecto, en la Ley 80 de 1993 se previó en el artículo 21, simplemente, una regla de “desempate”, al establecerse que en igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Solo sería hasta la Ley 816 de 2003 que se estableció un sistema de protección, que pasa a describirse, el cual, sin embargo, no se aplica cuandoquiera que Colombia haya suscrito acuerdos de “trato nacional”.

Ha de advertirse, sin embargo que el proyecto no confiere mayor peso a este factor de selección, frente a los otros criterios objetivos que ha establecido la Ley, como por ejemplo, la experiencia, la organización, los equipos, plazo, precio, etc., lo que significa que este puntaje no significa una discriminación a la ultranza, en contra de los proponentes extranjeros.

(...) Ahora bien, del texto de los antecedentes legislativos de esta norma legal se citan las siguientes finalidades, las cuales explican el alcance y el contenido interpretativo que debe dárseles:

“1. Restaurar el equilibrio en la participación de proveedores nacionales y extranjeros en las licitaciones públicas. El régimen establecido por la Ley 80 de 1993, contiene algunas normas cuyo efecto en la práctica ha sido el de facilitar la participación de bienes y servicios de origen extranjero, colocando en condiciones de desventaja a los proveedores nacionales, efecto que es necesario corregir.

(...)

3. Introducir mayor claridad para la aplicación del principio de reciprocidad en la medida en que determina que el mismo solamente es aplicable a los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras del sector público o a aquellos en los cuales se otorgue tratamiento nacional a los bienes y servicios colombianos”.

Nótese como este último objetivo, leído en conjunto con el primero, apunta a la que en últimas resulta siendo la característica imperante del sistema de preferencias nacionales, cual es la de hacerlo “moneda de cambio” en las negociaciones de “trato nacional” propias de los acuerdos de libre comercio. Como se anotaba, la Ley 80 de 1993 era amigable en el acceso para proveedores colombianos en otros sistemas contractuales públicos, ya que no se podía ofrecer nada atractivo a cambio. En esa lógica, la Ley 816 de 2003 tiende a desaparecer, en la medida que se expanda la celebración de acuerdos bilaterales o la incorporación de Colombia a acuerdos multilaterales como el de la OMC.

Como ya se explicaba, este es el fin último de esta normatividad de estímulos: dar un arma de negociación para que, a cambio de no aplicarla, se les dé trato nacional a los bienes y servicios colombianos en el exterior.” (Negrillas fuera del texto)

Adicionalmente, aclaró que esta normatividad proteccionista para las ofertas nacionales sólo aplica las ventajas para los oferentes de bienes y servicios extranjeros que no están cobijados en virtud del principio de reciprocidad, pues recordemos que si adquieren ese derecho, por alguna de las dos formas tratadas con anterioridad, a sus ofertas se le otorga trato nacional en nuestro país.

1.2.4. LIMITACIÓN EN EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD Y CUANDO EL EXTRANJERO NO CUENTA CON ESE BENEFICIO

Pero pese a lo expuesto en materia de límites tanto para extranjeros cobijados con principio de reciprocidad así como los que no lo están, en Colombia existe otro conjunto de normas proteccionistas a favor de las MIPYME que al parecer rechazan la posibilidad de participación de oferentes extranjeros.

Así pues, el conjunto normativo proteccionista que contiene medidas para promover el acceso de las MIPYME a las compras públicas, tal como se puede apreciar está contenido en las Leyes 590 de 2000, 905 de 2004, 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

Por su lado, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9 de la Ley 905 de 2004 estipuló una serie de enunciados para la inmersión económica de las MIPYME en los procesos contractuales, así como la promoción e incremento de la participación de micro, pequeñas y medianas empresas como proveedoras de los bienes y servicios de entidades públicas, y la preferencia en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales, entre otras, todo con la finalidad de promover la concurrencia de las micro, pequeñas y medianas empresas a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado.

Sin embargo, por sí misma esta normativa no alcanzaba ningún grado de madurez o resultado medible, es por eso, que sólo hasta la aparición de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 3806 de 2009 se creó un sistema de acceso exclusivo para que las Mipymes participaran activamente de la contratación pública, como se aprecia en lo reglado en su artículo 12, que dispuso en su momento que en los procesos de selección cuyo valor se encontrara por debajo de

750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional en su momento pudiera establecer cuantías diferentes para entidades en razón al tamaño de su presupuesto, se le permitiera a todas las entidades adoptar en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, siempre que se garantizara la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación, y que previo a la apertura del proceso respectivo se hubiese recibido la manifestación de interés de un número plural de Mipymes.

Las anteriores normas fueron a su vez modificadas y derogadas por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011, el cual consagró amplias facultades para que el Gobierno Nacional definiera las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, y en los procesos de selección las entidades estatales adoptaran en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a estas previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo y que se hubiese manifestado el interés del número plural de Mipymes.

De hecho, esta facultad del ejecutivo se materializó en primer lugar a través del Decreto 734 de 2012, posteriormente en el Decreto 1510 de 2013 y ahora en el Decreto 1082 de 2015 en sus artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.4., regulando el primero de ellos la facultad de limitar a Mipyme de la siguiente manera:

1. Si la cuantía del proceso se encuentra por debajo de US\$ 125.000
2. La existencia de por lo menos tres solicitudes de limitar la convocatoria única y exclusivamente a Mipyme nacionales en el término comprendido entre la convocatoria pública y el día hábil anterior a la fecha prevista para la apertura del proceso de selección; y,

3. Las Mipymes que presentan las respectivas solicitudes deben acreditar como mínimo un año de existencia por medio de un certificado expedido por la cámara de comercio o la autoridad respectiva; y, una certificación expedida por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el contador, que indique su tamaño empresarial (micro, pequeña o mediana empresa).

Por eso, en la mayoría de los acuerdos celebrados por el Estado colombiano se han incorporado medidas relacionadas con la protección a las MIPYME nacionales, en consonancia a lo previsto en las exclusiones de aplicabilidad de dichos Acuerdos Comerciales Internacionales, de ahí que los extranjeros cobijados por el derecho a trato nacional no pueden presentarse a tales convocatorias, en consecuencia, menos podrán hacerlo los extranjeros que no tienen derecho a trato nacional. Además, nótese como la norma reglamentaria especifica que la Mipyme debe ser nacional.

A propósito de una reflexión sobre los procesos de globalización y el derecho doméstico en contratación estatal en lo relativo MIPYMES Nohora Elena Pardo Posada (s.f.) concluye:

“La globalización como proceso, directa o indirectamente, condiciona la actividad humana en sus diferentes expresiones. La sociedad está inmersa en ella; en algunos casos de manera consciente y en otros, sin asomo siquiera de sus alcances e implicaciones, pues grandes franjas de la población apenas reaccionan con sorpresa y no menos perplejidad ante sus efectos, sin la comprensión debida de las causas y el control de los acontecimientos que los afectan. (PASTRAN PASTRAS: Del Gobierno en Línea a la Contratación electrónica: P.209)

En el panorama de la contratación estatal la noción de globalización y de derecho

administrativo global se encuentra aún en una etapa incipiente del procedimiento, formas y condiciones de la relación contractual. Sin embargo el orden jurídico contempla la participación de extranjeros en condición de contratistas del Estado bajo las premisas de los artículos 19 y 20 del estatuto contractual, así mismo para esta clase de relaciones la Ley y la jurisprudencia de manera reiterada ha reconocido los principios de igualdad, libertad de concurrencia y trato, pero en nada tiene que ver la aplicación de esta normatividad con fenómenos de globalización del derecho. Las normas que regulan el tema de la contratación si bien establecen la intervención de extranjeros, se enmarcan no bajo normas globales sino en normas impresas por tratados o Leyes propias del derecho interno que autorizan la aplicación de normas internacionales para efectos de contratación con organismos internacionales. El trato preferente que otorga el decreto 3806 de 2009 a favor de las mipymes si bien contribuye a generar espacios de participación en la economía a esta clase de empresas, disminuye una vez más la posibilidad de aplicación de un derecho global, teniendo en cuenta que para ello tendría que adaptarse esta figura al orden global. En Colombia el concepto de globalización y derecho administrativo global se encuentra distante del orden jurídico, a pesar de que desde el año 2005 en los ámbitos académicos se viene tratando el tema del derecho administrativo global, situación que es compartida por los países latinoamericanos. En la actualidad el tema solo es una propuesta académica que aún no cuenta con la debida divulgación, mal podría aplicarse una globalización cuando las estructuras del derecho doméstico no se encuentran preparadas para trascender la labor, lo que no quiere decir que nos sea posible que la globalización se inmersa en la relación contractual del Estado, pero para ello se requiere de un trabajo arduo que flexibilice y unifique el derecho doméstico de los Estados y otorgue espacios de reflexión, cesión y flexibilización de los estándares jurídicos de la comunidad global”.

Visto el anterior marco normativo, podemos concluir que frente a la facultad y deber que tienen las entidades de restringir sus procesos de contratación a la participación de mipymes previo el cumplimiento de los requisitos definidos en el reglamento, sí existe una clara medida proteccionista a favor de las mipymes y en contra de la participación de extranjeros en la contratación pública en el país.

1.2.5. CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Recordemos, que el principio de reciprocidad a través del cual germina el derecho a trato nacional para los extranjeros se otorga en dos vías, la primera a través de la celebración de actos soberanos bilaterales o multilaterales, y la segunda por medio de la revisión normativa en el país de origen del proponente extranjero en la medida que los colombianos se le otorgue ese derecho.

1.2.5.1. PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD DERIVADO DE ACTOS SOBERANOS BILATERALES O MULTILATERALES

Los Acuerdos Comerciales son tratados internacionales celebrados por el Estado colombiano con otros Estados soberanos que involucran un proceso de regulación económica y jurídica para incrementar la productividad de cada nación por medio de la circulación de bienes, servicios e inversiones entre los países parte en virtud del principio Pacta sunt servanda, el cual establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe como refiere el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969.

A la fecha en Colombia existen los siguientes acuerdos comerciales existentes y las Leyes de la República que los insertaron en el ordenamiento jurídico:

Canadá - Ley 1363 de 2009

Chile - Ley 1189 de 2008

Estados Unidos - Ley 1143 de 2007

El Salvador Guatemala Honduras - Ley 1241 de 2008

Liechtenstein Ley 1372 de 2010

Noruega Suiza México Ley 172 de 1994

Unión Europea Ley 1669 de 2013

Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la Comunidad Andina de Naciones.

Con relación a los tratados de libre comercio, se regulan los siguientes temas comerciales:

Acceso a mercados para que los bienes y servicios de cada nación puedan ser enajenados con favorecimiento arancelario y reducción de procesos administrativos que hacen engorroso el comercio.

Fomento de Inversión que busca la creación de ambientes de seguridad para incentivar la inversión en las diferentes ramas de la industria en cada nación, con las restricciones que generalmente se pactan como la prevista en el artículo 6 del Decreto 2080 de

2000 en Actividades de defensa y seguridad nacional, y procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radiactivas no producidas en el país.

La creación de subsidios, “antidumping” y derechos compensatorios para fortalecer los mecanismos institucionales con que cuentan los países y así evitar el surgimiento de medidas desleales en el comercio de bienes.

Política de competencia para evitar prácticas anticompetitivas dentro del ámbito internacional, y contar con mecanismos entre países que permitan investigar y sancionar las prácticas anticompetitivas que permitan anulación o menoscabo de los beneficios derivados del comercio libre y salvaguardar libre, sana y transparentemente un entorno competitivo.

Derechos de propiedad intelectual para lograr niveles razonables de protección, a todo aquel que produzca una marca, un trabajo intelectual, un producto, ya sea de bienes o servicios y tecnología protegida, entre otros y que obtengan los beneficios propios por efectos de su producción o creación, tanto a nivel nacional como internacional.

Solución de diferencias en materia de justicia a fin de dar solución a las controversias entre los países.

Compras del sector público para negociar el acceso de proveedores, bienes y servicios colombianos a los procesos de adquisición de las entidades públicas de los otros países, en condiciones que permitan una participación efectiva y viceversa, a partir de consagración de derechos y criterios de participación.

Desafortunadamente, no podemos describir cada uno de los temas generales que ocupan la agenda de las negociaciones y los tratados internacionales, es por ello que

solamente haremos referencia a los capítulos en materia de compras públicas, indicando que aunque cada tratado tiene sus particularidades y extensiones económicas y jurídicas, existen unas temáticas generales, tales como:

Un listado de derechos y compromisos (Aspectos procesales y sustanciales);

Las entidades estatales obligadas por el Acuerdo Comercial

Los valores a partir de los cuales el acuerdo comercial es aplicable al proceso de Contratación; y finalmente,

Las excepciones a la aplicación del Acuerdo Comercial según lo que la Entidad Estatal quiera contratar.

Así las cosas, en la práctica cuando en Colombia se inicia un proceso de contratación las entidades estatales deben determinar en la etapa de planeación si los acuerdos comerciales vigentes son aplicables al proceso⁹ (Entidad obligada, umbral o valor, y que no esté exceptuada) y en tal caso deberán cumplir con las obligaciones derivadas de los mismos.

En consecuencia, la Entidad deberá dar a los bienes y servicios de los Estados con quienes Colombia ha suscrito un Acuerdo Comercial, el mismo trato que da a los bienes y servicios colombianos “trato nacional”, el puntaje adicional de que trata la Ley 816 de 2003 y las preferencias en caso de empates de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 e igualmente respetar los plazos mínimos para presentar las ofertas extranjeras, lo que se hace con la finalidad de otorgar un espacio más amplio y prudente para la preparación y

⁹ Cabe anotar que las entidades estatales no deben hacer este análisis para los procesos de contratación adelantados por las modalidades de selección de contratación directa y de mínima cuantía.

confección de sus propuestas. Además, estos plazos generalmente son más amplios que los normalmente ejecutados cuando el objeto contractual no está cobijado por un acuerdo internacional y se estipulan en días calendario, que se cuentan desde el aviso de convocatoria hasta el cierre del proceso o momento final para entrega de ofertas.

Por otra parte, el artículo 2.2.1.2.4.1.1. del Decreto 1082 de 2015 nos informa el deber y compromiso de las entidades de dar cumplimiento al plazo en el cronograma del proceso de contratación cuando este está sometido a uno o varios Acuerdos Comerciales, en cuyo caso, se deberá otorgar el plazo más amplio previsto en uno de los dos acuerdos.

1.2.5.2.PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD DERIVADO DE LA REVISIÓN Y COMPARACIÓN DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DEL OFERENTE EXTRANJERO

Como indicábamos al inicio de esta investigación, el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 también prevé la aplicación del principio de reciprocidad cuando el Gobierno nacional ha certificado que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado, la cual a las voces del artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, es realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de un certificado que acredita tal situación en relación con un Estado en particular, para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

En ese mismo sentido, agrega que los certificados para acreditar dicha condición deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia

Compra Eficiente, que la vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de bienes y Servicios nacionales gozan de trato nacional y revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado.

Al mes de agosto de 2015 en Colombia existían los siguientes certificados publicados por la agencia nacional de contratación estatal Colombia compra que certifican la existencia de trato nacional así como aquellos que informan la no existencia del mismo, los cuales son:

Que otorgan trato nacional solo a servicios: Costa Rica, Ecuador y Perú con la excepción de transporte aéreo.

Con inexistencia de trato nacional: Argentina, Uruguay, Ecuador y Perú (Para bienes), Israel, Turquía, Paraguay y República Dominicana.

De la revisión de la norma citada, resulta útil para la presente investigación resaltar inquietudes con relación a la carga de la prueba por parte del oferente extranjero para acreditar y exigir su derecho a trato nacional y la controversia que puede suscitarse en el evento que la certificación no esté conforme a derecho.

Recordemos que el Artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015 consagra que las Entidades Estatales deben conceder trato nacional a los bienes y servicios provenientes

de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; ello significa que el derecho al oferente participante en un proceso contractual dependerá de que exista dicha certificación o de lo contrario no será objeto de tal beneficio, lo cual en la práctica genera una seria limitante si tenemos en cuenta el tiempo que tarda el estado Colombiano en comprobar la normatividad y emitir la certificación, que vistos los certificados emitidos está por el orden de los seis (6) meses promedio.

Por otro lado, ante la existencia del certificado puede que éste haya sido indebidamente interpretado y en consecuencia negado el derecho a trato nacional, lo cual en mi criterio podrá ser demandado por los extranjeros afectados a través del medio de control de nulidad, pues desde luego tal acto produce efectos jurídicos que en el presente caso limitan el ejercicio de una libertad constitucionalmente protegida como la libre concurrencia a participar en procesos de contratación.

En suma, fue tal la importancia que le imprimió la Ley 80 de 1993 a la apertura de los procesos de contratación y la participación de extranjeros en los mismos, que además de lo dispuesto en letras anteriores, frente a la certificación de existencia o no de trato nacional, la Ley elevó como causal de nulidad absoluta en el numeral 4 del Artículo 44, aquellos contratos que se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la Ley.

1.2.6. REQUISITOS PARA PARTICIPAR EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR PARTE DE EXTRANJEROS

Tal como hemos señalado, los oferentes de bienes y servicios extranjeros pueden participar en los procesos de contratación pública en nuestro país independientemente de que estén cobijados o no por el principio de reciprocidad, no obstante, deben acreditar una serie de condiciones o requisitos que se engloban dentro del término de capacidad para contratar como lo prevé el ordenamiento jurídico:

Artículo 6 de la Ley 80 de 1993 *“De la Capacidad para Contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.*

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.”

Artículo 3 de la Ley 816 de 2003. *“El oferente extranjero deberá cumplir con los mismos requisitos, procedimientos, permisos y licencias previstos para el oferente colombiano y acreditar su plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su país.”*

Así las cosas, los deberes por parte de los oferentes extranjeros para acreditar su capacidad en los procesos de contratación dependerán si son personas jurídicas o personas naturales y si están o no domiciliadas en el país.

1.2.6.1.PERSONA JURÍDICA

Cuando una sociedad extranjera vaya a realizar actividades permanentes en Colombia, entendidas estas según el artículo 474 del Código de Comercio como:

“1) Abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría;

2) Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios;

3) Participar en cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado;

4) Dedicarse a la industria extractiva en cualquiera de sus ramas o servicios;

5) Obtener del Estado colombiano una concesión o que ésta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma y,

6) El funcionamiento de sus asambleas de asociados, juntas directivas, gerencia o administración en el territorio nacional.” (Negrilla fuera del texto)

Dicha sociedad debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 471 del Código de Comercio, esto es:

“1. Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes.

2. Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país.”

Y adicionalmente, según lo dispuesto en el artículo 473 del Código de Comercio, si la sociedad tiene como objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, el representante y los suplentes de la misma deberán ser ciudadanos colombianos.

1.2.6.2.PERSONA NATURAL

En lo atinente a los requisitos para que una persona natural extranjera no residente contrate en Colombia, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado que ésta debe nombrar a un apoderado, quien cumplirá con los requisitos anteriormente enunciados, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de una empresa unipersonal. Sin embargo, si la persona extranjera reside en Colombia, tendrá la facultad de realizar negocios ya sean permanentes o no, sin necesidad de cumplir con el requisito mencionado.¹⁰

¹⁰ Véase concepto de la Superintendencia de Sociedades: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptosjuridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/3501.pdf>

CAPÍTULO 2 - CONTRATACIÓN PÚBLICA CON ORGANISMOS INTERNACIONALES

2.1. ANTECEDENTES

A partir del nacimiento de la organización internacional de las Naciones Unidas en 1945 tras la Segunda Guerra Mundial, la cual fue conformada por la voluntad de 51 países en la carta de naciones, los Estados se comprometieron entre otras a mantener la paz mundial y la seguridad internacional, fomentar entre ellas relaciones de amistad y promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los derechos humanos, a través de un sistema conformado por organismos especializados, fondos y programas que procuran el bienestar de la humanidad.

La ONU trabaja en una amplia gama de temas fundamentales, desde el desarrollo sostenible, medio ambiente y la protección de los refugiados, socorro en casos de desastre, la lucha contra el terrorismo, el desarme y la no proliferación de armas, hasta la promoción de la democracia, los derechos humanos, la igualdad entre los géneros, la protección de la mujer, la gobernanza, el desarrollo económico y social y la salud internacional, la remoción de minas terrestres, la expansión de la producción de alimentos, entre otros, con el fin de alcanzar sus objetivos y coordinar los esfuerzos para un mundo más seguro para las generaciones presentes y futuras.

Justamente la gran mayoría de órganos que componen el sistema de las Naciones Unidas son los que a través de contratos y convenios materializan sus apoyos institucionales en las naciones que son miembros.

2.1.1. TRATADOS Y ORGANISMOS INTERNACIONALES

Los convenios y contratos con organismos internacionales de que trata el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 tienen su fuente en la celebración de tratados que vinculan al Estado Colombiano, como vimos en las motivaciones de los órganos externos.

Por su parte, la Corte Constitucional es enfática en reconocer que conforme a lo previsto en el artículo 9o. superior, las relaciones exteriores del Estado se basan según la Corte Constitucional en " el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia" y que esta máxima fundamental significa ni más ni menos que nuestro país se acoge en un todo a los principios del derecho internacional que han sido aceptados, no sólo dentro de los parámetros de los tratados públicos ya sean éstos bilaterales o multilaterales, o de los acuerdos suscritos dentro del marco de los organismos internacionales a los cuales el Estado se ha adherido -en particular, a la Organización de la Naciones Unidas, ONU-, sino además, aquellos que se derivan de los usos y costumbres internacionalmente consagrados, agregando que fue voluntad expresa del Constituyente que Colombia se abriera a las nuevas tendencias del derecho internacional, donde los Estados no pueden seguir actuando de manera aislada y autárquica, sino que tienen que ejecutar sus actividades dentro de un criterio de cooperación, integración y acuerdos mutuos respecto de prácticamente todos los asuntos de su devenir.

2.2. CONTRATACIÓN CON FONDOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.

La contratación con organismos internacionales posee una dinámica contractual en Colombia diferente a la que hemos estudiado anteriormente en el capítulo primero, en esta, ya no obran intereses económicos particulares o ánimo de lucro en sus integrantes, no se habla de principio de reciprocidad, no se observa competencia objetiva por el otorgamiento de un contrato y no figuran sistemas proteccionistas a favor de la industria

Colombiana, puesto que los objetos y finalidades que tienen las contrataciones con esta clase de organismos internacionales tienen motivaciones de orden supranacional e institucional¹¹.

De ahí, que estos contratos o convenios encuentren su fundamento en el artículo 9 de la carta política, en el cual las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, con especial énfasis en que la política exterior del país se oriente hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

2.2.1. RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONTRATOS CON ORGANISMOS INTERNACIONALES

La fuente de regulación de estos contratos o convenios internacionales, se halla en el estatuto de contratación estatal -Ley 80 de 1993- y la Ley 1150 de 2007. Por su lado, la Ley 80 de 1993 consagra la normatividad aplicable para los contratos que celebren las entidades sometidas al estatuto, observemos:

Como regla general los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes,

¹¹ Por ejemplo, según la información que reposa en la página web del Banco Mundial, éste tiene dos ambiciosos objetivos: (i) Terminar con la pobreza extrema en el curso de una sola generación y (ii) Promover la prosperidad compartida.

Para acabar con la pobreza extrema, la meta del Banco es disminuir el porcentaje de las personas que viven con menos de US\$1,25 al día a al 3% antes de fines de 2030.

Para fomentar la prosperidad compartida, la meta es promover el crecimiento de los ingresos de la población de todos los países que se sitúa en el 40% inferior de la distribución del ingreso.

Otro ejemplo representativo para Colombia es la misión del BID el cual apoya los esfuerzos de América Latina y el Caribe para reducir la pobreza y la desigualdad, de manera sostenible y respetuosa con el clima. Según su página web, son fuente de financiamiento para el desarrollo de América Latina y el Caribe, además ofrece préstamos, donaciones, asistencia técnica y realiza investigaciones y a través del fondo de operaciones especiales (FOE) provee financiamiento blando a los países miembros más vulnerables.

salvo en las materias particularmente reguladas en dicha Ley, que básicamente se refieren a la formación de los contratos, a la ejecución y liquidación de los mismos, así como a una serie de principios y reglas especiales que no aplican al derecho común, como por ejemplo las cláusulas excepcionales.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la Ley extranjera.

Pese a estar a la fecha derogado es importante citar el inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en la Sentencia C-249 de 2004, resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 por las siguientes censuras:

1. Que las normas demandadas violaban el último inciso del artículo 150 superior, toda vez que las facultades allí insertas sólo se pueden desarrollar dentro de los límites y condiciones previstos en la Carta.

2. Que correlativamente las reglas censuradas violaban lo dispuesto en el artículo 4 constitucional, en tanto éste dispone que todas las personas residentes en Colombia, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, están sometidas a la Constitución y a la Ley Colombianas, salvo los casos expresamente exceptuados por el ordenamiento superior.

3. Que resultaba quebrantado el artículo 13 superior por cuanto el Legislador le defirió a las entidades estatales, sin fórmula constitucional alguna la potestad discrecional de someterse a la legislación y a los reglamentos extranjeros en materia de contratación.

4. Que también se vulnera el artículo 100 de la Carta, el cual contempla el llamado principio de igualdad de derechos civiles y garantías entre nacionales y extranjeros y que los textos impugnados establecen una discriminación que atenta contra la situación jurídica de los nacionales colombianos, sin justificación objetiva y razonable.

5. Las disposiciones censuradas infringen el derecho al trabajo que estipula el artículo 25 superior, toda vez que se propicia un espectro de posibilidades de contratación a favor de los contratistas extranjeros, reduciendo notoria e injustamente las opciones laborales de los nacionales colombianos, desatendiendo a la vez el inciso segundo del artículo 2 de la Carta Política.

La Corte tuvo para definir las siguientes razones expuestas en su sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004:

“2.3.2. El segundo inciso del artículo 13 de la Ley 80 expresa:

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (lex loci contractus), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano, lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le

corresponde, pues, siendo Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (lex loci solutionis), la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato. Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera sólo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior.

2.3.3. El tercer inciso del artículo 13 de la Ley 80 dispone:

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la Ley extranjera.

Apoyándose nuevamente en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (lex loci solutionis) el tercer inciso deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la Ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado. Sin embargo, conviene hacer las siguientes precisiones:

Con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la

Constitución y la Ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades. Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional. Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que “Los contratos que se celebren en Colombia”, deben someterse al régimen contractual nacional.

*Asimismo, **la ejecución** en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la Ley extranjera en su ejecución. Inteligencia jurídica ésta que a su vez no atenta contra el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros, y por supuesto, frente al derecho al trabajo.*

Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante Ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en país extraño- de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa. Por el contrario, ella queda al arbitrio de las partes, correspondiéndole por tanto a los representantes de Colombia celebrar los respectivos contratos estatales con cabal respeto y acatamiento hacia los imperativos de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, según se ha visto. Para lo cual deberán atenderse las circunstancias y posibilidades de cada objeto contractual en orden a la realización de las tareas públicas en condiciones de viabilidad financiera, tecnológica y operativa.

En concordancia con lo expresado la Corte acoge los planteamientos de la Vista Fiscal, quien al referirse al inciso en comento concluye que tampoco se quebrantan los artículos 13, 25 y 100 de la Carta, en la medida en que no se privilegia a los extranjeros, pues según se ha visto, la eventual remisión a las normas extranjeras –para la ejecución en el extranjero- sólo puede tener lugar después de perfeccionado el contrato en Colombia bajo la Ley nacional; lo cual engloba el proceso de selección, que al amparo de la legislación colombiana, frente a la igualdad para contratar, prefiere la oferta de bienes y servicios de origen nacional, según voces del inciso cuarto del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, aspectos que en modo alguno son desconocidos por las disposiciones demandadas.

Como consecuencia de todo lo expuesto la Sala entiende que el inciso en cuestión ofrece dos interpretaciones, a saber: (i) que la celebración de un contrato y su ejecución parcial en Colombia se someten al derecho extranjero; (ii) que la celebración en Colombia y la ejecución o parte de ella en el territorio nacional, se sujetan a la Ley nacional.

La primera interpretación es inconstitucional por cuanto en el territorio de un Estado los actos jurídicos celebrados o ejecutados se someten a la Constitución y las Leyes de ese Estado. La soberanía de un Estado se traduce en que los actos jurídicos celebrados o ejecutados en su territorio se sujetan a su orden jurídico. No existe soberanía de un Estado si su Constitución y Leyes no rigen en su propio territorio. Si el orden jurídico de un Estado no rige en su propio territorio, lo que quiere decir es que rige el de otro Estado extranjero, y eso hace que el Estado no sea soberano; por esta razón la primera interpretación es contraria a la Constitución.

2.3.4. El cuarto inciso del artículo 13 de la Ley 80 dispone:

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Como bien se puede inferir, desde el punto de vista de los recursos vinculados a la contratación estatal, este inciso se refiere con exclusividad a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales. Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo, este inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito. Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, “(...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”. Tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación. Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado.

Ahora bien, como acertadamente lo expresa la Vista Fiscal, el inciso cuarto del artículo impugnado entraña un precepto especial de contratación, que por virtud de la misma Ley 80 de 1993 permite la inaplicación del Estatuto de Contratación Pública en la hipótesis de los contratos relativos a fondos percibidos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. Lo cual encuentra justificación en el hecho de que Colombia hace parte de esos organismos internacionales, como por ejemplo el FMI o el BID, y al hacer parte de ellos puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación en cumplimiento de convenios, tratados y resoluciones de entidades supranacionales en los que el país ha participado activamente, como la ONU y la OEA, con sus filiales.

Por otra parte, -continúa la vista fiscal- nótese que en el caso de las donaciones la norma impugnada se ajusta al artículo 62 superior, cuando dispone que el destino de las donaciones para fines de interés social no puede ser variado a menos que el objeto de las mismas desaparezca. Por tanto no es razonable desconocer la voluntad de los donantes, la cual se puede plasmar en la decisión de que la entidad receptora acoja sus reglamentos, mediante los cuales pueda intervenir en la formación, adjudicación y ejecución de los contratos financiados con sus recursos.

Por consiguiente, de acuerdo con la interpretación asumida por esta Corporación el inciso cuarto del artículo acusado resulta constitucional”.

Asimismo, la Corte declaró la exequibilidad de todos los incisos demandados y en los incisos 3 y 4 dispuso los siguientes condicionamientos: en el tercero, que tanto la celebración como la parte de la ejecución que se haga en Colombia se someten a la Ley

colombiana, y en el cuarto, que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales.

Sin embargo, el inciso 4 de la Ley 80 de 1993 suscitó un gran debate y una profunda preocupación por parte de la doctrina, los entes de control y demás actores sociales, desde el año de entrada en vigencia de la Ley.

2.2.2. USOS INDEBIDOS DE LA CELEBRACIÓN DE ESTA CLASE DE CONTRATOS Y AJUSTES NORMATIVOS.

Una vez proferido el fallo de la Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación emitió la Directiva No. 10 del 21 de mayo de 2004, sobre criterios de aplicación de la sentencia C-249 de 2004 en relación con el inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades estatales podrán someterse a los reglamentos de los organismos internacionales en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento en lo atinente con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto General de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando dichos recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Además, instó a las entidades a que los convenios y contratos celebrados por las entidades públicas a partir del 17 de marzo del 2004, en aplicación del inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que contradijeran la interpretación señalada en la sentencia C-249 de 2004, debían terminarse unilateralmente de conformidad con los artículos 44, numeral 2 y 45 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta los efectos jurídicos derivados de dicho pronunciamiento, y que los convenios y contratos

celebrados con anterioridad al 17 de marzo de 2004, así como los contratos celebrados en desarrollo de los mismos, se seguirán ejecutando hasta su terminación, sin que sea posible su renovación o prórroga.

Finalmente, indicó que todo convenio o contrato con entidades y organismos internacionales a ejecutarse en el territorio colombiano donde existan aportes de dineros públicos, sin importar el porcentaje del mismo, ha de sujetarse a los principios y normas de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, las entidades públicas no podrán en este evento, someterse a los reglamentos de contratación de tales entidades, en todo lo relacionado con los procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, pago y ajustes.

Posteriormente, a la Sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, el Gobierno Nacional dictó dos decretos reglamentarios del inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los cuales se transcriben parcialmente a continuación:

El primero de ellos es el Decreto 1896 del 10 de junio de 2004, por el cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, y derogó el artículo 15 del decreto 2170 de 2002, que señalaba:

*"ART. 1o.- Normatividad aplicable. De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 **solamente los convenios o contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, o con recursos provenientes de donación o cooperación internacional de estos organismos, de personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia, o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado***

con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

"El mismo tratamiento se dará a los contratos o convenios financiados con recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones." (Negrilla fuera del texto)

En segundo orden, mediante el Decreto 2166 del 7 de julio de 2004, se modificó el Decreto 1896 de 2004, y en su lugar previó:

"ART. 1o. El artículo 1o. del Decreto 1896 de 2004 quedará así:

"Los contratos o convenios financiados con recursos provenientes de empréstito y donación celebrados con organismos multilaterales de crédito, personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

"El mismo tratamiento se dará a los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones".

"ART. 2o. Los contratos o convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales soportados en instrumentos de cooperación internacional de los cuales haga parte la Nación, para el cumplimiento de objetivos de cooperación y asistencia técnica, podrán someterse a los reglamentos de tales organismos en todo lo relacionado con procedimientos de formación, adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

"Lo anterior sin perjuicio de los contratos con personas extranjeras de derecho público que se celebrarán y ejecutarán según se acuerde entre las partes.

"Parágrafo. No se entenderán como contratos o convenios de cooperación y asistencia técnica internacional aquellos cuyo objeto sea la administración de recursos".

(Negrilla fuera del texto)

Tras la expedición de los anteriores decretos, se produjo una modificación por parte de la Procuraduría General de la Nación a través de la directiva No. 15 del 17 de agosto de 2004 en la cual se ajustó el contenido del artículo 4 de la Directiva No. 10 en los siguientes términos:

Primero. Modificar el artículo 4° de la Directiva número 10 del 21 de mayo de 2004, el cual quedará así:

"Los contratos o convenios cuyo objeto sea la administración de recursos celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales con anterioridad al 17 de marzo de 2004, así como los contratos que en desarrollo de estos se suscriban, continuarán rigiéndose hasta su terminación, por los reglamentos de tales entidades, en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Los contratos o convenios para la administración de recursos celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales con anterioridad al 17 de marzo de 2004, continuarán ejecutándose en los términos inicialmente pactados hasta el cumplimiento de su objeto y no podrán ser adicionados en recursos".

Así, como indicábamos la preocupación sobre el manejo que el país a través de sus entidades estaba dando de la aplicación del Inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la academia y los medios de comunicación especializados también expresaron sus observaciones.

En el primero de los casos, vemos que en un artículo especializado del Doctor Ernesto Matallana Camacho, publicado por la Universidad Externado de Colombia se expuso la aplicación indebida de esta clase de convenios o contratos celebrados con organismos internacionales en desarrollo del inciso 4 de la Ley 80 de 1993, veamos:

“Luego de analizar cuáles son las finalidades del último inciso del artículo 13 sobre los contratos financiados con fondos de convenios que se suscriben con organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales y la autorización legal para someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación, y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes, es necesario plantear cómo a partir de la entrada en vigencia de la Ley, algunas entidades del orden nacional, departamental o municipal iniciaron, amparados en esta norma, la aplicación de una interpretación con fines distintos a los queridos por el legislador.

Se trata por supuesto de la suscripción de una serie de convenios de cooperación con estos organismos identificados en el artículo 13 (llámese Organización de Estados Iberoamericanos, OEI, Secretaría Ejecutiva Andrés Bello, SECAB, etc.), en donde la entidad estatal para ejecutar sus proyectos de inversión decidía a través del convenio de cooperación trasladar unos recursos públicos para que estas entidades efectuaran los procesos de selección

de los contratistas y la celebración de los contratos correspondientes a cambio de una comisión de administración de estos recursos públicos.

Es de aclarar que como estos organismos no tienen la categoría de entidades estatales enunciadas en la Ley 80, este régimen no les aplica es el previsto por las normas civiles y por ello su régimen de contratación, con lo cual podían seleccionar a sus contratistas bajo estas normas sin tener que someterse a los rigores de los procesos de selección a que estaban obligadas las entidades estatales como es la licitación pública.

Como vemos, no se trata de recursos de los organismos de cooperación internacional dispuestos a financiar, en forma compartida con las entidades nacionales, proyectos para el mejoramiento de las condiciones económicas o de pobreza del país; se trataba de recursos públicos que en su totalidad iban a parar a manos de estos organismos, quienes para su ejecución cobraban por los costos de administración de estos recursos, con lo cual no se cumplía con la finalidad del artículo 13 de la Ley 80, pero de paso se estaba vulnerando la norma que regulaba los requisitos para la celebración de contratos de fiducia pública o de encargo fiduciario, que es en lo que considero se convirtieron estos organismos de cooperación internacional”.

Ante al anterior planteamiento se advierten dos situaciones negativas o prácticas indebidas, una de ellas, el uso de esta clase de contratos para burlar los procesos de selección de contratistas con recursos públicos y de otra parte la creación de una figura irregular de contratación con organismos internacionales para que ellos administraran en una bolsa comun recursos públicos y extranjeros inaplicando el uso del encargo o fiducia pública.

Al respecto, vale destacar de los contratos de fiducia o encargo fiduciario lo siguiente:

1. Que los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.

2. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados y que en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

3. La Ley 1150 de 2007 ordenó que la selección de las sociedades fiduciarias a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en la Ley.

4. Permitió la Ley 1150 de 2007 que los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

5. Que los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en la Ley

80 de 1993, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

6. Se indica que sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

7. Que la fiducia que se autoriza para el sector público en la Ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

8. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta Ley.

9. So pena de nulidad, no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

Lo precedente, quiere decir que las entidades públicas a través de contratos o convenios con organismos internacionales, dejaban el manejo de los recursos oficiales a los reglamentos de dichas organizaciones, lo cual desde luego ameritaba que el régimen para

adquirir bienes, servicios y obras públicas no fuera el de la Ley 80 de 1993 y tampoco eran sujetos de control, lo cual generaba elevados sucesos de corrupción.

De hecho, en el examen de constitucional sobre los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 resuelto en la sentencia de la Corte constitucional C-249/04, que ya comentamos, se aprecia como en la intervención de la Auditoría General de la República se realizan varios reparos sobre la contratación con organismos internacionales

“(…)Asimismo pide se declare exequible el inciso cuarto ibídem, en el entendido de que la posibilidad de aplicar las normas de contratación adoptadas por personas de derecho público internacional sólo procede en los casos en que el Estado colombiano requiera adquirir empréstitos o necesite de asistencia, ayuda o cooperación de organismos internacionales, dentro de los precisos términos acordados con ellos en los tratados o convenios suscritos y adoptados por Colombia mediante Leyes de la República. Igualmente solicita aclarar en la parte resolutive que la figura contenida en el inciso cuarto no se aplica en los eventos en los que los organismos internacionales y demás personas de derecho público internacional actúen como fiduciarias dentro del país.

Sus argumentos se resumen así:

- En relación con el inciso cuarto debe tenerse en cuenta que para que un organismo multilateral de crédito o cualquiera otra persona extranjera de derecho público pueda actuar dentro del país, se requiere que exista un tratado o convenio vigente contentivo de las reglas a las que se someten las personas de derecho público comprometidas. Por ello, para que Colombia pueda celebrar contratos de empréstito debe existir convenio vigente con el organismo de crédito, aprobado mediante Ley.

- La expresión "podrán someterse a los reglamentos de tales entidades" tiene respaldo constitucional, dado que en el plano internacional una de las exigencias más frecuentes de las personas de derecho público internacional que conceden empréstitos o realizan donaciones en dinero o en especie consiste en que se apliquen sus procedimientos y normas en la ejecución de esos recursos, siendo comprensible que quien efectúa el desembolso esté interesado en que se otorgue cuando menos esa garantía que representa el compromiso de ejecutar las sumas reconocidas observando principios de transparencia, economía y eficacia. Por razones de conveniencia nacional se justifica la medida, siempre que no se contradiga el ordenamiento superior.

- La Auditoría General de la República ha tenido la oportunidad de revisar el texto de varios reglamentos de contratación adoptados por los organismos internacionales de cooperación, asistencia y ayuda, y se ha constatado que los procedimientos adoptados por estas personas guardan grandes similitudes con el régimen de contratación colombiano. Destacándose al respecto el principio de reciprocidad y la realización de muchos contratos por parte de nacionales colombianos, descartándose a la vez la presunta afectación de oportunidades laborales.

- Es de advertir también que en relación con la aplicación del inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 se han detectado irregularidades que justifican la declaratoria de exequibilidad condicionada de su contenido normativo. Tales irregularidades han tenido como centro de acción el contrato de fiducia, el cual ha sido utilizado por la Administración como instrumento para eludir las normas a las cuales debe sujetarse. Advirtiéndose que esas irregularidades se siguen presentando, pero ya no con ocasión de contratos suscritos con sociedades fiduciarias, sino con algunos organismos internacionales de cooperación y

asistencia. En este sentido algunas organizaciones internacionales han venido realizando actividades no comprendidas en el objeto de su creación, facilitando a algunos funcionarios públicos el desconocimiento de la normatividad aplicable en esta materia que, según se sabe, exige que quien actúe como sociedad fiduciaria cuente con autorización de la Superintendencia Bancaria.

- En eventos analizados por la Auditoría General de la Nación se ha establecido que algunas entidades han suscrito convenios con organismos internacionales para contratar personal que acaba de ser retirado de la planta, con el aparente objeto de que puedan recibir una remuneración superior a la señalada para el cargo que se desempeña en planta, u obviando la acreditación de requisitos de estudio y de experiencia que se exigen en el sector público.

En algunas contralorías estos convenios han sido utilizados para facilitar la contratación de personal que se halla inhabilitado para suscribir contratos con la entidad.

- Asimismo se han utilizado con el fin de ejecutar partidas presupuestales no comprometidas durante la vigencia, de suerte que con la suscripción de los contratos los recursos son entregados y presupuestalmente se reportan como ejecutados a pesar de que en aplicación del convenio, el organismo internacional suscribe contratos con cargo a esos recursos durante dos o tres años, sin que esto se pueda ver reflejado en el presupuesto. Tal proceder afecta la materialización del control fiscal, dado que las contralorías no pueden acceder a los documentos que contienen la historia de los respectivos contratos en tanto hacen parte del archivo documental de los organismos, los cuales se encuentran amparados por el beneficio de inmunidad reconocida en las normas aprobatorias de los estatutos. Al respecto

debe observarse que debido a que Colombia se adhirió al Tratado de Viena II sobre el derecho de los tratados o convenios suscritos entre Estados y Organismos Internacionales, esta práctica podría ser considerada como parte de las facultades implícitas de estas personas de derecho público, tal como se desprende del artículo 31 del Tratado de Viena.

- La indebida aplicación del inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 80, de una parte elude el régimen de contratación, el sistema presupuestal y las normas sobre control fiscal, y de otra, viola los artículos 4, 209, 267 y 352 de la Carta.

- Lo anterior lleva a que el Estado incurra en costos excesivos en materia de funcionamiento, pues además de los gastos de nómina del personal llamado a cumplir las funciones de contratación de las entidades, también está reconociendo el valor de las comisiones cobradas por los organismos internacionales. Nótese que estos organismos cobran a título de administración, o bien la totalidad de los rendimientos que genere la suma entregada durante el plazo de ejecución del convenio o, hasta el 2.5% del monto de las sumas que le son entregadas.

- Finalmente, no obstante el decreto 2170 de 2002, con el cual se pretende corregir la anterior práctica, es lo cierto que la norma permite la posibilidad de que los organismos internacionales administren recursos nacionales que no están vinculados a operaciones de empréstito externo, ni asistencia, ayuda o cooperación. Pues, se autoriza implícitamente a las autoridades colombianas para aplicar el último inciso del artículo 13 conforme a la interpretación que es cuestionada en esta oportunidad”

Para terminar, como nota de apoyo periodístico a los planteamientos anteriores sobre la vulnerabilidad que se presentaba en la aplicación del inciso 4 del artículo 13 de la Ley

80 de 1993 cito el artículo de prensa especializado de la revista semana publicado en el año 2003, en el cual de forma resumida se realiza un análisis de la situación:

“La vena rota

Bajo el prestigioso nombre de organismos internacionales se han invertido y contratado sin control del Estado recursos públicos que pueden superar los 1.000 millones de dólares.

Si el propio Maquiavelo se hubiera propuesto encontrar una forma de disponer de los dineros públicos a su antojo, con la absoluta certeza de que no sería vigilado, no hubiera encontrado un mecanismo más perfecto que el de los "convenios de asistencia técnica con entidades de cooperación internacional".

Bajo esta modalidad funcionarios estatales de todo el país se han venido saltando la Ley 80, que rige la contratación pública, casi desde el mismo momento en que ésta fue promulgada en 1993; hecha la Ley, hecha la trampa. Bueno, no es exactamente una trampa; es una manera legal de aplicar la Ley para violarla.

¿Por qué? Este mecanismo permite contratar a dedo, ya que la entidad estatal le da los dineros al organismo de cooperación pero le dice cómo y a quién debe contratar, sin que medie licitación. De esta forma no se puede garantizar que sea escogido el mejor, ni el más idóneo, ni el más económico. A eso hay que sumarle que cuando los dineros públicos pasan al organismo internacional éste los puede invertir según sus propias normas. Como son entidades protegidas por tratados internacionales, ratificados por la Ley colombiana, gozan de fuero diplomático y no están sujetas a vigilancia de la Contraloría ni de la Procuraduría. Manejan los impuestos pagados por los colombianos pero no responden ante éstos.

Nadie sabe muy bien cuál es el monto de los dineros del erario público que se canalizan por esta vía y sin mucho control. En el Ministerio de Hacienda calculan que desde 1998 tan sólo dos organismos de cooperación internacional que han suscrito este tipo de convenios con entidades estatales, la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI) y la Secretaría del Convenio Andrés Bello (Secab), han administrado 1,1 billón de pesos del presupuesto nacional, hoy equivalentes a unos 300 millones de dólares. Teniendo en cuenta que las dos son entidades de cooperación en educación, cultura, ciencia y tecnología, es revelador comparar esta cifra con la del presupuesto total del Ministerio de Cultura colombiano.

Contando los convenios firmados por nueve entidades nacionales y el departamento del Casanare entre 1999 y 2002 -según lo reportaron ellos mismos a SEMANA- se entregaron recursos sólo a estas dos entidades de cooperación por cerca de 318.000 millones de pesos, unos 110 millones de dólares de hoy. No obstante, se estima que más de 200 entidades - municipios, gobernaciones, ministerios, institutos y empresas estatales- han firmado este tipo de convenios.

En un cálculo preliminar la Contraloría considera que, sumando todos los convenios de cooperación, se pueden haber manejado recursos por 1.300 millones de dólares.

Cómo nació el lío

Aunque lo pareciera, no fue Maquiavelo sino la realidad kafkiana del presupuesto nacional la que dio origen a este entuerto. En teoría, el presupuesto que se aprueba cada año por Ley se debe gastar ese mismo año.

Cada entidad del Estado tiene que 'comprometer' esos dineros ese año; es decir, contratarlos porque si no pierde el derecho a gastárselos.

Pero resulta que como el gobierno ha venido en rojo año tras año, y le falta dinero para cubrir lo que presupuesta, la teoría no se cumple en la práctica. A mitad de año el gobierno suele darse cuenta de que no le alcanza lo presupuestado para atender necesidades impostergables y solicita adiciones al presupuesto. Estas, con frecuencia, se aprueban al final del año. Así que al funcionario que le llega la asignación el 20 de diciembre tiene que contratar (comprometer) esos dineros en 11 días, y eso es una misión imposible si utiliza los mecanismos regulares de la Ley 80, abriendo concursos o licitaciones y siguiendo al pie todas sus arandelas. Para 'salvar' su plata firma convenios amplios y vagos con los organismos de cooperación internacional y así tiene tiempo para contratar y lo hará más ágilmente. Muchos cientos de funcionarios acuden a esta fórmula por pura necesidad y sin ninguna intención de hacer fraude. Pero los avivatos la descubrieron rápidamente y comenzaron a abusar.

La Ley 80 les permite usar esta figura porque dejó una zona gris. En su artículo 13 dice que "los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades". Sobre esa base legal existen los miles de convenios de administración con organismos de cooperación internacional.

Sin embargo, según expertos consultados por SEMANA, el espíritu de esta norma era que dineros de cooperación internacional fuesen administrados por los mismos organismos internacionales que los donan, dado su prestigio como administradores de recursos,

su experiencia en el campo de su especialidad y que van a dar una cooperación técnica que beneficia al país. Así mismo incluye la posibilidad de que dineros de créditos externos de la banca multilateral sean administrados por dichos organismos cuando así lo exijan estas entidades crediticias.

Esto es lo que en parte sucede y nadie cuestiona. Según la Agencia de Cooperación Colombiana Internacional (Acci), una entidad estatal que canaliza las donaciones y créditos especiales de la banca multilateral, hay numerosos proyectos hoy que son administrados por el Pnud, la Secab o la OEI financiados con donaciones de la Unión Europea y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros. En estos casos la contratación se hace según las estrictas normas de los donantes, entidades muy vigiladas.

Lo que no estaba en el espíritu de la Ley es que, por razones de la quiebra crónica del Estado colombiano, los funcionarios utilizaran los convenios de cooperación internacional para hacer contratación directa con el presupuesto nacional. En muchas ocasiones incluso no existe realmente ninguna 'cooperación'.

No de otra manera se puede explicar que la Secab y la OEI, expertas en educación, cultura y ciencia, hayan administrado proyectos para recuperar, mantener y ampliar la infraestructura energética en convenio con el Instituto de Planificación y Solución Energética (Ipse); ni que la OEI, haya firmado convenios con la gobernación de Arauca que implicaban la reparación de maquinaria, construcción de vías y ampliación de redes eléctricas; o convenios con Fondelibertad que incluían comprar equipos de inteligencia como interceptadores de celulares, videogorras y videocorbatas. No se entiende muy bien qué clase de apoyo técnico

puede dar un experto en educación etnolingüística o un científico conocedor de la biodiversidad en el montaje de redes eléctricas o la compra de videogorras.

Como lo señaló el contralor general, Antonio Hernández Gamarra: "Parece una ofensa contra don Andrés Bello, gran educador y hombre del letras, que su nombre se vea asociado con la construcción de caminos vecinales y la compra de gasolina".

Los organismos de cooperación niegan que esto sea así. Ana Milena Escobar, secretaria ejecutiva del Convenio Andrés Bello, en entrevista con SEMANA sostuvo que siempre se firma un contrato de cooperación para aportarle asesoría técnica o capacitación a la entidad con la que se suscribe un convenio. Explicó que esa cooperación se financia con 20 por ciento de los rendimientos financieros que obtiene la Secab por los convenios y que tan sólo en 2002 han revertido 3.500 millones en cooperación a Colombia. Aun en los casos en que la Secab hizo convenios con entidades ajenas a su misión, Escobar dijo que el objetivo de la entidad que dirige alcanza todos los temas de desarrollo social de los países. Aseguró, por lo tanto, que incluso en el montaje de redes eléctricas o construcción de caminos presta cooperación especializada en administración o en la educación.

Sería interesante saber si los ministros de Educación de los países miembros que conforman la junta directiva del Convenio Andrés Bello están de acuerdo con que la misión de la entidad incluye todo tipo de actividades de desarrollo.

(...)

¿Fiduciarias?

Según tres expertos diferentes consultados por la revista SEMANA lo que están haciendo los organismos de cooperación internacional que operan en Colombia (la Secab, la

OEI, el Pnud, el Instituto Interamericano de la Cooperación para la Agricultura, Iica) es equivalente a actuar como fiduciarias. Es decir la entidad estatal les da un mandato para que administren unos recursos. Las entidades públicas sí pueden hacer mandatos fiduciarios, según la Ley 80, pero estas fiduciarias están vigiladas por la Superintendencia Bancaria (algo que no sucede con los organismos de cooperación internacional) y además cuando estas fiduciarias contratan a terceros para hacer tal o cual proyecto deben escogerlos con los procedimientos regulares de la Ley 80, lo que tampoco sucede con los organismos de cooperación internacional.

Quienes defienden el mecanismo de los convenios sostienen que es la única manera de darle una mayor velocidad en la ejecución de los recursos, pues se evitan las paquidérmicas normas estatales. En una investigación de la Procuraduría en 2001 sobre convenios firmados por el municipio de Tocancipá, Cundinamarca, con la OEI, el entonces asesor jurídico de esta última, el hoy ministro de Interior y Justicia, Fernando Londoño Hoyos, justificó los convenios con organismos de cooperación internacional con el argumento de que muchas entidades territoriales no tienen el personal ni la capacidad técnica para ejecutar adecuadamente los contratos. "La Ley 80 de 1993 parece diseñada para entidades sofisticadas y dueñas de un desarrollo cultural y de una capacidad tecnológica de la que carecen la mayoría de los departamentos y de los municipios de Colombia", escribió Londoño.

Los detractores de estos convenios, en cambio, sostienen que no es claro cuáles son las demás ventajas del Estado colombiano al entregar sus recursos en administración a un tercero que no puede controlar ni vigilar. Sin embargo sí resulta bastante obvio cuál es la ventaja de los organismos de cooperación internacional en cuestión. Cobran una comisión por la administración de estos recursos, que muchas veces va más allá de lo que cobraría una

fiduciaria. Por ejemplo, en la mayoría de los casos del medio centenar de convenios suscritos por diversas entidades estatales con la OEI y la Secab que revisó SEMANA, estos organismos cobran como comisión la totalidad de los intereses de los dineros administrados. Lo que no es despreciable. La Secab en 2001 reportó 13.700 millones de pesos de rendimientos financieros, la mayoría de los cuales fueron fruto de los recursos colombianos que administró. Es una suma considerable pues es mayor que el presupuesto de inversión de 2003 del Ministerio de Cultura.

He aquí otra ventaja que hubiese encontrado el maquiavélico inventor de este mecanismo: ganar como fiduciaria o incluso más, pero no tener ninguna de sus limitaciones.

Buen negocio

Tanto la Ley 80, como los países y organizaciones donantes y la banca multilateral, buscaron que los organismos de cooperación internacional, por su buena fama, pudieran administrar recursos de cooperación. Sus tecnócratas y especialistas bien pagos tenían una trayectoria de administradores de recursos bastante más ejemplar que la de los funcionarios de cualquiera de los países de la región, plagados de escándalos de corrupción.

"Se escogen estos organismos por honestos, pues brindan garantía de no corrupción; nadie intenta siquiera sobornarlos", dice una experta en cooperación internacional.

Pero la avalancha de convenios suscritos por estos organismos de cooperación internacional para administrar recursos del presupuesto colombiano les ha ido cambiando su perfil. Tanto es así que, por ejemplo, la Secab en su portafolio ofrece en la primera página sus servicios de cooperación "utilizando entre otros mecanismos de acuerdos, convenios,

triangulaciones, alianzas estratégicas, captación recursos, contratos, venta de servicios, asesorías, administración de proyectos y administración de recursos" para entidades gubernamentales y no gubernamentales, nacionales y extranjeras.

Eso resultó ser un buen negocio para estas entidades. No es fácil conocer las finanzas de estos organismos debido a que, como son diplomáticos, no están regidos por las normas colombianas de acceso a la información. (...)

El 83 por ciento de las inversiones de la Secab en 2001, según un informe de auditoría de sus estados financieros que consiguió SEMANA, provino de recursos recibidos por entidades públicas en administración.

Con sus impuestos

La Procuraduría adelanta actualmente investigaciones en el Ipse, la Red de Solidaridad y la gobernación de Boyacá por supuestas irregularidades en los convenios de cooperación y administración de recursos con la Secab.

Además, la Procuraduría multó al Gobernador de Arauca por los convenios que suscribió con la OEI para realizar una amplia gama de contratos de obras y servicios públicos por 13.000 millones de pesos. El asunto levantó ampolla y la Vicepresidencia de la Nación comenzó investigaciones sobre cómo se contrató con los dineros de regalías a través de la OEI en ese departamento petrolero y en otros, como Casanare. SEMANA consiguió por derecho de petición los convenios que firmó este último con la OEI por 75.000 millones de pesos para diversos propósitos y encontró puntos que por lo menos llaman la atención. Uno de ellos es el de las inversiones hechas para la ciudadela universitaria de Casanare por 9.000 millones de

pesos. Esta universidad, según lo comprobó SEMANA en la región, tiene sólo 100 alumnos. Es decir, se invirtieron 90 millones de pesos por alumno en tres años.

También se han cuestionado las inversiones financieras que han hecho estos organismos internacionales con la gran cantidad de recursos estatales derivados de los convenios. Como estas entidades no tienen que girar los dineros a los contratistas de los proyectos inmediatamente, invierten estos recursos según sus propios criterios”.

En este sentido está invirtiendo recursos públicos sin cumplir con uno de los criterios clave con que la Tesorería General de la Nación guía a las entidades públicas cuando invierten sus excedentes: seguir parámetros de mínimo riesgo. (...)”

2.2.3. LA NECESIDAD DE UN CAMBIO, LEY 1150 DE 2007 Y DECRETO 1082 DE 2015.

Luego del resumen presentado como problemática frente al indebido uso que se presentó en Colombia por parte de algunas entidades estatales por la celebración de esta clase de contratos o convenios; en el seno del Congreso de la República se gestó la iniciativa de derogar el numeral 4° del artículo 13 de la Ley 80 y reemplazarlo por una norma más rígida y clara y con ello evitar que dicha facultad se siguiera prestando para la evasión del Estatuto General de Contratación por la vía de los contratos o convenios en cuyo objeto se consagra, explícita o implícitamente, la llamada “administración de recursos”.

En lo relativo a la regulación de contratos o convenios financiados por organismos internacionales o de aquellos suscritos en razón de programas de promoción para temas institucionales, el trabajo legislativo terminó con la expedición de la Ley 1150 de 2007 la

cual en su artículo 20 definió las reglas y los controles que se esperaban como lo veremos a continuación.

Con posterioridad el Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.2.4.4.1 reglamentó y aclaró lo pertinente para la celebración de esta clase de contratos.

A continuación presentaremos la estructura que consagró la Ley 1150 de 2007 con las observaciones reglamentarias, en lo relativo a esta clase de contratos teniendo en cuenta de una parte la naturaleza de los recursos, el objeto contractual y finalmente las limitaciones y restricciones para el uso de esta clase de negocios jurídicos. Veamos:

A. En razón a la fuente del presupuesto, es decir los recursos provistos para la celebración y ejecución de los contratos o convenios. El inciso primero del Artículo 20 de la Ley 1150 de 2007¹² indicó que aquellos contratos que sean financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con **fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales**, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades, o de lo contrario al no llegar al quantum de dichas sumas los contratos y convenios deberán someterse a las reglas del estatuto de contratación (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) aclarando que los recursos de contrapartida vinculados a estos contratos o convenios podrán

¹² **ARTÍCULO 20. DE LA CONTRATACIÓN CON ORGANISMOS INTERNACIONALES.** *Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.*

tener el mismo tratamiento, es decir, por unidad normativa y economía administrativa, la celebración y ejecución de esos recursos se realiza bajo el ordenamiento jurídico colombiano¹³.

¹³ Con el fin de aclarar el significado del término fondo contrapartida se presenta el siguiente contenido: “Fondo generado por la venta de productos o de divisas proporcionados por programas de ayuda bilateral, con el que se financian actividades de desarrollo especificadas conjuntamente por el gobierno donante y por el receptor, bajo el control de ambos.

Los fondos de contrapartida constituyen un instrumento clave derivado de los programas de COOPERACIÓN BILATERAL entre un gobierno donante y otro receptor, que suelen establecerse para fines macroeconómicos o de desarrollo general del país, no para objetivos específicos de grupos de personas concretos (caso de la cooperación vía proyectos).

Los fondos se constituyen con el dinero que el gobierno receptor obtiene de la monetización o venta al por mayor de los productos enviados por el donante, generalmente alimentos, pero a veces también medicamentos u otros, e incluso divisas. La venta se realiza mediante subastas en las que participan los comerciantes mayoristas del país, quienes posteriormente comercializan tales productos en el mercado nacional. Estos fondos, en moneda local, suelen depositarse en el Banco Central del país, y consisten en cuentas de doble firma, del donante y del gobierno, por lo que su utilización debe ser acordada entre ambos. Por consiguiente, se trata de un mecanismo diseñado para poner ciertos recursos en manos del gobierno receptor, pero reteniendo los donantes una capacidad de influencia sobre su uso, lo cual suscita el controvertido tema de la CONDICIONALIDAD de la ayuda.

Los fondos suelen utilizarse para financiar programas de DESARROLLO, SEGURIDAD ALIMENTARIA, educación, o lucha contra la POBREZA. También, a veces, para costear programas de empleo público intensivos en mano de obra, que se pueden expandir para abarcar a más trabajadores en caso de crisis (ver [comida o dinero por trabajo, proyectos/programas de]). Normalmente su utilización es ejecutada por el gobierno receptor, en cuyo caso los recursos aportados representan uno de estos dos beneficios: si se utiliza como un recurso adicional al gasto público, implica un aumento de la inversión en dichas áreas; mientras que si lo que hace es sustituir a una parte del gasto público sin que en conjunto éste aumente, el resultado será un ahorro para el Estado y una disminución del déficit público. En algunas ocasiones, especialmente en el África Subsahariana, los fondos se han utilizado de forma no expresa para proporcionar a los gobiernos moneda local con la que sufragar la parte que les corresponde aportar a proyectos financiados por los donantes.

Ahora bien, en otras ocasiones la gestión de los fondos se ha dejado en manos de organizaciones independientes. Así, por ejemplo, la cooperación canadiense en Perú los ha canalizado mediante una organización autónoma especializada en el sector informal, las MICROEMPRESAS y los servicios para grupos vulnerables, al tiempo que la agencia del gobierno norteamericano USAID ha utilizado los fondos para financiar fundaciones privadas dedicadas a la investigación agrícola, la formación o la gestión de recursos naturales.

Los fondos de contrapartida han desempeñado un papel relevante en la cooperación para el desarrollo ya desde el Plan Marshall, de ayuda norteamericana a Europa tras la II Guerra Mundial, siendo objeto de una amplia discusión que aún perdura. No en vano, en torno a ellos aparecen temas cruciales, como la condicionalidad de la ayuda, la orientación o no de ésta hacia los más pobres, o la capacidad de gestión de los receptores. Además, aunque por lo general representan una parte modesta del presupuesto nacional de los países receptores, en algunas ocasiones han supuesto un alto porcentaje del mismo (30% en Mozambique en 1990, 40% en Bangladesh en los años 70). El África Subsahariana es la región en la que los fondos tienen mayor peso, habiendo representado en 1987-89 más del 8% del PNB (frente al 2% en el Sur de Asia y menos del 0'5% en América Latina). A ello contribuye el hecho de que, como los mecanismos de gestión presupuestaria son débiles en la mayoría de los países africanos, los donantes están más

Como regla general la Ley consagró el factor origen del recurso para definir en que caso se debe o se puede asimilar un régimen legal para la celebración y ejecución de dichos contratos, así entonces indica que cuando el valor o presupuesto nacional es igual o superior al 50% del total, la normatividad obligatoria para la regulación del contrato o convenio será el estatuto de contratación estatal y en caso contrario si el valor aportado por el agente internacional

predispuestos a retener algún control sobre la utilización de la moneda local generada por la ayuda (Maxwell, 1992:1).

La constitución de fondos de contrapartida se ha visto respaldada por diferentes especialistas y estudios que, desde al menos principios de los 90, han defendido la conveniencia de monetizar la ayuda internacional canalizada por programas (e incluso por proyectos), sobre todo la AYUDA ALIMENTARIA, siempre que sea posible. En su opinión, la venta y posterior constitución de fondos para financiar actividades de desarrollo resulta más eficiente y adecuada que la distribución directa a los beneficiarios, debido al ahorro en transporte, almacenaje, manipulación de los productos y administración, labores que de esta forma llevan a cabo los propios comerciantes. La distribución directa debería utilizarse cuando la venta no sea factible por la falta de mercado o las barreras administrativas, o para acceder a sectores que de lo contrario no se verían beneficiados (Schulthes, 1992:39; Maxwell y Owens 1991:17).

El impacto y la gestión de los fondos de contrapartida puede presentar diversos riesgos y deficiencias, como la generación de perturbaciones macroeconómicas, los costes administrativos, desviaciones de su uso, etc. Por esta razón, y probablemente por una tendencia al incremento de la condicionalidad de su ayuda, desde los años 80 los donantes han incrementado las exigencias respecto a la gestión de los fondos. Han sido sobre todo los EE.UU. los que han exigido unos procedimientos de programación más estrictos y unos usos plenamente consensuados, en tanto que otros, como Canadá y Australia, han permitido que una parte de los fondos sea utilizado libremente por el gobierno receptor.

La creación y gestión de los fondos acarrear, entre otras, dos consecuencias macroeconómicas. En primer lugar, tienen un impacto deflacionario, esto es, los precios tienden a bajar al aumentarse la oferta en el mercado con la venta de los productos de la ayuda. Con posterioridad, generan un impacto inflacionario, ya que el gasto por el gobierno de los fondos de contrapartida (pago de salarios en trabajos públicos, compra de bienes y servicios) incrementa los ingresos de la población, y con ello también la demanda y el consumo de alimentos y de otros productos (Owens, 1996:17). Este efecto inflacionario puede acontecer especialmente cuando media un espacio prolongado entre la venta de la ayuda y el desembolso de los fondos, pero si ambos se realizan en un intervalo corto de tiempo o simultáneamente, el efecto deflacionario y el inflacionario se neutralizan mutuamente (Maxwell, 1992:2). De todas formas, no parece que haya habido muchos fondos lo suficientemente grandes como para causar inflación a nivel nacional, aunque el impacto macroeconómico sí puede ser más apreciable a escala local en zonas aisladas y con un mercado poco fluido. En consecuencia, en previsión de estos posibles impactos macroeconómicos, el uso de los fondos requiere un cierto análisis del estado de la economía del receptor (...)” (Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional, s.f.)

es igual o superior al 50% en virtud del principio de autonomía de la voluntad de la partes estas podran bien asumir el reglamento o nromatividad de regulación del organismo internacional o tambien asumir el régimen colombiano a elección.

Ahora bien, como quiera que en desarrollo de la ejecución del contrato se pueden presentar variaciones en el presupuesto inicial que determinará el régimen legal del acuerdo, puede haber inejecución, se puede alterar el valor inicial en razón de las tasas de cambio o pueden existir excedentes o utilidades derivados de contrato o convenio, el Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.2.4.4.1 dispuso las respectivas instrucciones así:

1. Si el aporte de la fuente nacional o internacional de un contrato o convenio de cooperación internacional es modificado con posterioridad a la firma, o los aportes no se ejecutan en los términos pactados, las Entidades Colombianas deben modificar los contratos o convenios y ajustarlos al régimen legal que corresponda primando el principio de realidad y transparencia, con ello se evita que se burle el ordenamiento jurídico, así por ejemplo una entidad celebra un contrato x participando con un porcentaje del 49% en el convenio, como ya hemos visto con ese porcentaje podría someterse al régimen legal o reglamento de la entidad internacional, pero puede suceder que en días posteriores considere adicionar su participación en recursos nacionales en un porcentaje del 50% al valor total inicial sobre un contrato cuyo régimen estaría ejecutandose bajo lineamiento internacionales aislandose del estatuto de contratación Colombiano, esta práctica quedó proscrita pues la norma impone el deber de controlar el factor presupuesto para que si existen cambios se ajuste a la normatividad respectiva.

2. Cuando la variación de la participación de los aportes de las partes es consecuencia de las fluctuaciones de la tasa de cambio de la moneda pactada en el convenio o

contrato de cooperación internacional, este seguirá sometido a las reglas establecidas en el momento de su suscripción. En este caso la norma no involucra como en el asunto anterior la voluntad de las partes que pueden verse afectadas por prácticas indebidas, en esta hipótesis simplemente prevé que son causas externas que afectan el valor pero no por ello habrá necesidad de ajustar la normatividad regulatoria del contrato o convenio.

3. Los recursos generados en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales no deben ser tenidos en cuenta para determinar los porcentajes de los aportes de las partes. Puede que en desarrollo de la ejecución del convenio o contrato se generen ganancias, utilidades excedentes de inversión, etc, que no eran sujetos de planeación al momento de aportar los recursos para la celebración del contrato, por lo tanto estos recursos deben manejarse en cuentas diferentes al presupuesto inicial y por ello no cambia o se modifica el régimen legal.

B. En razón al objeto y sujeto contractual o convencional. El inciso segundo del Artículo 20 de la Ley 1150 de 2007¹⁴ precisó para las entidades estatales una libertad para asumir el régimen legal de agentes internacionales con independencia del monto del aporte nacional en la celebración del contrato o convenio siempre que existan una de dos premisas; la primera cuando la contraparte de contrato o convenio sea una persona extranjera de derecho público u un organismo de derecho internacional, en este caso la entidad estatal colombiana

¹⁴ **ARTÍCULO 20. DE LA CONTRATACIÓN CON ORGANISMOS INTERNACIONALES.** Los contratos o convenios celebrados con **personas extranjeras de derecho público** u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los **organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros**, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

podrá asumir el reglamento normativo de ellos, y la segunda cuando el objeto sobre lo que versa el contrato o convenio corresponda a: (I) El desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; (II) Los contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; (III) Los contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; (IV) Los contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; (V) Los contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; (VI) Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros.

La anterior interpretación es respaldada y reiterada en inciso 4 del artículo 2.2.1.2.4.4.1 del Decreto 1082 de 2015 cuando establece que los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito¹⁵, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, **sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 la Ley 1150 de 2007.**

(Subyaro, negrilla y cursiva son de mi autoria)

¹⁵ Resalto y aclaro que la palabra “fondo” se refiere a organismos multilaterales de crédito y por ello con estas clase de fondos no existe la regulacion que si se realiza en inciso primero del articulo 20 de la ley 1150 de 2007.

B. Restricciones expresas y ampliación del principio de transparencia. La ley 1150 de 2007 de manera expresa consagró la prohibición de celebrar contratos o convenios para las entidades estatales para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, es decir, la Ley importa la restricción originada en la sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004.

De otra parte el ordenamiento jurídico amplió el principio de transparencia en la celebración de contratos o convenios internacionales, al incluir dos aspectos formales en materia contractual como son: la obligación de reportar en el SECOP y a los organismos de control la información de la ejecución de estos contratos y enfatizar la competencia por parte de las contralorías para ejercer el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales.

CAPITULO 3.

LA OCDE

3.1.CONCEPTO

Desde el punto de vista de la contratación pública y frente al tema de la tesis, un nuevo jugador internacional entrará formalmente en escena. Se trata de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico OCDE.

Recientemente se expidió la Ley 1950 de 2019 por medio de la cual se aprueba el acuerdo sobre los términos de la adhesión de la república de Colombia a la convención de la organización para la cooperación y el desarrollo económico, suscrito en París, el 30 de mayo de 2018 y la convención de la organización para la cooperación y el desarrollo económicos, hecha en París el 14 de diciembre de 1960. Resta la revisión por parte de la Corte Constitucional con respecto a la verificación sobre la exequibilidad del tratado y su ley aprobatoria en los términos del artículo 214 numeral 10 de la Carta Política Colombiana para que sea una realidad la participación de Colombia en esta organización internacional.

La OCDE creada el 14 de diciembre de 1960 en París Francia a través de la convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico y la cual entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, es entonces una organización intergubernamental cuyo propósito es la generación y coordinación de políticas económicas, jurídicas y sociales.

A la fecha esta compuesta por 37 estados miembros ¹⁶ incluida Colombia cuya formalización se llevó a cabo con la sanción presidencial de la ley 1950 de 2019.

La OCDE como lo indican sus textos creación, reconoce expresamente la fortaleza y la prosperidad económica como fines esenciales para salvaguardar las libertades individuales y el bienestar general de la sociedad, los cuales pueden ser impulsados eficazmente a través de la cooperación entre los Estados, con el rol y el liderazgo de naciones desarrolladas hacia las que se encuentren en desarrollo; promoviendo la expansión del comercio mundial, y de esta forma, contribuyendo a las relaciones pacíficas y armoniosas entre los pueblos.

La Convención de creación de la OCDE consta de un preámbulo y un total de 21 Artículos, los cuales se desarrollan así: Los artículos del 1 al 16 constan de objetivos, compromisos y articulación institucional, el Artículo 17 establece el mecanismo de denuncia, el 18 define la sede de la Organización, el Artículo 19 reconoce la capacidad jurídica de la Organización y privilegios e inmunidades. Finalmente los artículos 20 y 21 disponen de obligaciones del Secretario General y depositario.

De forma coloquial el mundo la conoce como un “club de los países ricos”, no solo porque las directrices o rumbos que propone en materia de políticas son fiscalmente

¹⁶ Canadá: 10 de abril de 1961 - Estados Unidos: 12 de abril de 1961 - Reino Unido: 2 de mayo de 1961 - Dinamarca: 30 de mayo de 1961 - Islandia: 5 de junio de 1961 - Noruega: 4 de julio de 1961 - Turquía: 2 de agosto de 1961 - España: 3 de agosto de 1961 - Portugal: 4 de agosto de 1961 - Francia: 7 de agosto de 1961 - Irlanda: 17 de agosto de 1961 - Bélgica: 13 de septiembre de 1961 - Alemania: 27 de septiembre de 1961 - Grecia: 27 de septiembre de 1961 - Suecia: 28 de septiembre de 1961 - Suiza: 28 de septiembre de 1961 - Austria: 29 de septiembre de 1961 - Países Bajos: 13 de noviembre de 1961 - Luxemburgo: 7 de diciembre de 1961 - Italia: 29 de marzo de 1962 - Japón: 28 de abril de 1964 - Finlandia: 28 de enero de 1969 - Australia: 7 de junio de 1971 - Nueva Zelanda: 29 de mayo de 1973 - México: 18 de mayo de 1994 - República Checa: 21 de diciembre de 1995 - Hungría: 7 de mayo de 1996 - Polonia: 22 de noviembre de 1996 - Corea del Sur: 12 de diciembre de 1996 - Eslovaquia: 14 de diciembre de 2000 - Chile: 7 de mayo de 2010 - Eslovenia: 21 de julio de 2010 - Israel: 7 de septiembre de 2010 - Estonia: 9 de diciembre de 2010 - Letonia: 1 de julio de 2016 - Lituania: 3 de mayo de 2018 - Colombia: 30 de mayo de 2018.

ambiciosas, sino porque la OCDE para el año 2007 agrupaba a países que proporcionaban al mundo el 70 % del mercado mundial y representaban el 80 % del PNB mundial.

Disntintas voces se han pronunciado en contra y a favor del ingreso de Colombia a la OCDE y no ha sido pacífico el debate por el cúmulo de deberes tantos económicos como políticos que colombia tendrá que ejecutar, sin embargo para esta investigación consideramos importante la postura oficial del Pais como punto de partida.

En la exposición de motivos del proyecto de Ley el congreso consideró:

“Con miras a fortalecer su compromiso con economías emergentes, cuyo peso internacional continúa en constante crecimiento y desarrollar nuevas formas asociación y colaboración para impulsar el bienestar de todos los ciudadanos, el 29 de mayo de 2013 el Consejo de la OCDE adoptó la decisión iniciar discusiones sobre la adhesión de la República de Colombia a la Organización. A su vez, la decisión de iniciar el proceso de adhesión a este organismo por parte del Gobierno de Colombia obedece al reconocimiento de que la OCDE es considerada como un centro de pensamiento de políticas públicas del más alto nivel. donde se establecen mejores prácticas en distintas dimensiones -tales como salud, educación, empleo, comercio, asuntos fiscales, entre otras. Al respecto, en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se estableció el ingreso a esta Organización como una estrategia fundamental para el posicionamiento Colombia a nivel mundial, por medio la cual se le permitirá al país beneficiarse de los trabajos y experiencias en formulación de política pública de las economías líderes del mundo. Así las cosas, la vinculación del Estado colombiano a la OCDE beneficiará al país en la implementación de mejores prácticas y reformas en la estructura del Estado con miras a obtener mayor eficiencia en el cumplimiento de sus objetivos, en materia de reducción de pobreza, aumento de seguridad y prosperidad económica y social a largo plazo, entre otros.

Asimismo, ser miembro de la OCDE significa para Colombia:

1. Tener un sello de garantía, pues los países que hacen parte de la OCDE son reconocidos por tener políticas serias, responsables, transparentes y justas. En este sentido, pertenecer a la OCDE es indicativo de un país que tiene serias intenciones de hacer cosas bien, de mejorar continuamente sus instituciones, de invertir bien sus recursos y de cumplir estándares exigentes. Este sello de garantía es muy valioso para los inversionistas extranjeros, los socios comerciales y la comunidad

internacional en general. 2. Imponer y exigir los más altos estándares sociales y ambientales a los inversionistas nacionales y extranjeros. La presencia de estándares comunes también busca facilitar los flujos de comercio e inversión. 3. Evaluarse continuamente y compararse con los mejores. 4. Compartir nuestras experiencias exitosas en los diferentes foros de la Organización. Con esto se logra que Colombia sea reconocida internacionalmente por temas en los cuales se ha destacado y ha superado retos importantes. Por ejemplo, la política fiscal, el manejo de los ingresos recursos naturales, la lucha contra la pobreza, las políticas de penetración de las tecnologías información y comunicaciones, el sistema de compras públicas, entre otros. 5. Incidir en la agenda global y en las decisiones que se tomen en todos aquellos espacios en los que se exige una respuesta cooperativa y coordinada por parte de un número plural de países (por ejemplo, la OCDE es muy activa en la lucha contra los paraísos fiscales, en la coordinación de políticas comerciales y financieras, o en la coordinación de políticas ambientales). 6. Tener acceso a una valiosa fuente de datos estadísticos, económicos y sociales comparables a nivel internacional, permitiendo un mejor análisis para el diseño y evaluación de nuestras políticas públicas obliga al Estado a mejorar la calidad y transparencia de sus estadísticas, lo cual es central para la evaluación de las políticas y la presentación de los resultados. 7. Acceder a un centro de pensamiento privilegiado con expertos de primer nivel, disponibles para discutir y revisar temas de política pública, y con quienes se puede contratar, si es necesario, una asesoría especializada, que parte de un conocimiento amplio sobre el país y de una amplia gama de experiencias internacionales. Esta asesoría, por lo demás, tiene la ventaja no estar atada a ninguna operación de crédito o de comercio. 8. Participación de funcionarios técnicos colombianos en distintos comités, lo que ofrece la oportunidad de aprender de las experiencias de otros países, conectarse con sus pares, al tiempo que obliga a una autoevaluación permanente de sus instituciones y sus políticas. En orden ideas, el acceso de Colombia a la OCDE muestra el compromiso del país de convertirse en un país responsable, en el que, a partir de reformas estructurales motivadas por las buenas prácticas y experiencias de los demás estados miembros, pueda lograr un crecimiento no solo económico sino también de desarrollo humano.”

Lógicamente todo este conjunto de bondades expuestas por el congreso de la república generan una serie de compromisos para el estado Colombiano pero tambien y no puede haber duda de ello, que nuestro Pais podra conocer de primera mano políticas públicas exitosas y la ejecución de naciones que hoy son vanguardia mundial en diferentes temas.

3.2. PROCESO DE ADHESIÓN DE COLOMBIA

Ha sido un proceso largo la formalización de la adhesión a la OCDE y ha implicado para Colombia una serie de retos legales y económicos.

A partir de la ley 1450 de 2011 que adoptó el plan de desarrollo y plan de inversiones 2011-2014 denominado Prosperidad para Todos, se plasmaron una serie de metas para el estado colombiano como:

“a. Tener acceso a una valiosa fuente de datos estadísticos, económicos y sociales comparables a nivel internacional, pennitiendo un mejor análisis para el diseño y evaluación de nuestras políticas públicas. obliga al Estado a rnejorar la calidad y transparencia de sus estadísticas, lo cual es central para la evaluación de las políticas y la presentación de los resultados. B. Acceder a un centro de pensarniento privilegiado con expertos de primer nivel, disponibles para discutir y revisar ternas de política pública, y con quienes se puede contratar, si es necesario, una asesoría especializada, que parte de un conocimiento amplio sobre el país yde una amplia gama de experiencias internacionales. asesoría, por lo demás, tiene la ventaja no estar atada a ninguna operación de crédito o de comercio. C. Participación de funcionarios técnicos colombianos en distintos comités, lo que ofrece la oportunidad de aprender de las experiencias de otros países, conectarse con sus pares, al tiempo que obliga a una autoevaluación pennanente de sus instituciones y sus políticas. D. En orden ideas, el acceso de Colombia a la OCDE muestra el compromiso del país de convertirse en un país responsable, en el que, a partir de refonnas estmcturales motivadas por las buenas prácticas yexperiencias de los demás estados miembros, pueda lograr un crecimiento no solo económico sino también de desarrollo humano.”

Con el compromiso del plan de desarrollo, en enero de 2011 el gobierno de Colombia acudió a las instalaciones de este organismo internacional en París y manifestó su interés de ser parte de este centro de pensamiento políticas públicas. A partir de este momento el país inicio una serie de trabajos a efecto de cumplir con una serie de recomendaciones que luego de verificadas por por parte de la OCDE permitió que el Consejo en pleno, conformado por todos los países miembros, decidiera invitar aColombia a iniciar el proceso formal de acceso en mayo de 2013.

Desde la vigencia 2014 y hasta el año 2018, el gobierno de Colombia fue obteniendo el visto bueno en los 23 comités de forma progresiva según los avances en los trabajos realizados en diferentes temas; en mayo de 2018, una vez se obtuvo la opinión formal en el último Comité de Desarrollo Económico, el Consejo de la OCDE se reunió en pleno para estudiar la situación de Colombia y decidió invitar a Colombia a hacer parte de este organismo multilateral.

Representantes del Gobierno de Colombia viajaron a París y el 30 de mayo de 2018, se firmó el "Acuerdo sobre los Términos de la Adhesión de la República de Colombia a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos".

Finalmente se radicó el proyecto de ley 002 de 2018 ante el senado de la República el cual surtidos todos sus debates concluyó en la sanción de la Ley 1950 de 2019.

3.3. RECOMENDACIONES PARA COLOMBIA EN MATERIA CONTRACTUAL PUBLICA DERIVADAS DE LA ADHESION A LA OCDE

Los temas de contratación estatal han sido de mayor interés por parte de la ODCE y es justamente ahí donde este agente internacional cobra importancia en lo relativo a esta investigación puesto que al desarrollar las recomendaciones en la materia el estado colombiano deberá ajustar su normatividad y seguramente con ello el marco proteccionista de contratación estatal que hoy existe en el País tendrá contados sus días.

Es cierto que desde el año 2013 nuestro país ha venido haciendo importantes ajustes en la legislación interna con el propósito de atender las recomendaciones de la OCDE en lo relativo al proceso de compras públicas; vemos por ejemplo, la expedición de la Ley 1882 de 2018 que estableció la obligatoriedad de los pliegos tipo para la contratación de obras públicas, sus interventorías y diseños, buscando así la uniformidad en la etapa precontractual; de otra parte ha puesto en marcha el uso de la segunda versión del sistema electrónico para la contratación pública SECOP2, y de manera permanente se realiza formación del talento humano en temas de

moralidad y calidad en compras estatales, quedando como es lógico una serie de tareas importantes e indispensables para cumplir a cabalidad con la totalidad de recomendaciones de la OCDE en materia de compras estatales.

Todo lo anterior con el fin de cumplir con el cuerpo de recomendaciones en materia de contratación estatal que profirió el comité de de gobernanza pública y desarrollo territorial del año 2015 de la OCDE.

Sin el ánimo de analizar las distintas recomendaciones de la ODCE en materia de contratos estatales, para los efectos de la presente investigación resulta importante descartar como el país se verá en la necesidad de ampliar el espectro de contratación de los agentes extranjeros y darles trato nacional en materia contractual.

Encontramos entonces que la OCDE desarrolla unas recomendaciones frente al particular, veamos:

“RECOMIENDA que los Adherentes aseguren un nivel adecuado de transparencia a lo largo de todas las fases del ciclo de la contratación pública.

A tal fin, los Adherentes deberán:

i) Fomentar un trato justo y equitativo a los potenciales proveedores aplicando el adecuado grado de transparencia en cada fase del ciclo de la contratación pública, al tiempo que dan la necesaria consideración a las legítimas necesidades de protección de los secretos comerciales, de la información exclusiva del propietario y demás cuestiones relativas a la privacidad, así como a la necesidad de evitar información que puedan utilizar partes interesadas para distorsionar la competencia en el proceso de contratación. Además, deberá exigirse a los proveedores que actúen con la debida transparencia en los procesos de subcontratación en que participen.

ii) Permitir el libre acceso, a través de un portal en Internet, a todas las partes interesadas, incluidos los potenciales proveedores nacionales y extranjeros, la sociedad civil y el público en general, a la información relativa a la contratación pública que tenga un especial vínculo con el sistema de contratación pública (por ejemplo, los marcos institucionales y las leyes y reglamentos), los procesos concretos de

contratación pública que se convoquen (por ejemplo, información sobre la previsión de contratos públicos, las convocatorias o los anuncios de adjudicaciones), así como sobre la marcha del sistema de contratación pública (por ejemplo, referencias, resultados de seguimiento, etc.). De cara a su utilidad para las partes interesadas, toda información que se publique habrá de ser pertinente.

iii) Garantizar la transparencia del flujo de fondos públicos, desde el principio del procedimiento presupuestario y a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública a fin de permitir (i) que las partes interesadas conozcan las prioridades de las autoridades y el gasto que éstas realizan, y (ii) que los responsables de la formulación de las políticas elaboren las necesarias estrategias para la contratación pública.

RECOMIENDA que los Adherentes hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen.

A tal fin, los Adherentes deberán:

i) Disponer de marcos institucionales, legales y reglamentarios que sean razonables y sólidos, pues constituyen el entorno fundamental para potenciar la participación en los negocios con el sector público y son el único punto de partida posible para garantizar unos sistemas de contratación pública sostenibles y eficientes. Estos elementos deberán:

- 1) Resultar todo lo claros y sencillos que sea posible;*
- 2) Evitar introducir condiciones que redupliquen las de otras leyes o reglamentos o las contradigan; y*
- 3) Tratar a los licitadores, incluidos los proveedores extranjeros, de un modo justo, transparente y equitativo, teniendo debidamente en cuenta los compromisos internacionales adquiridos por los Adherentes (como el Acuerdo sobre contratación pública en el marco de la Organización Mundial de Comercio, las directivas de contratación pública de la Unión Europea o los acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio).” Subrayo fuera de texto.*

Como apreciamos de la recomendaciones prescritas por la OCDE se resalta la participación sin condicionamientos para los agentes extranjeros, el derecho de ser tratados con igualdad, transparencia y objetividad en los procesos de contratación en Colombia.

Por lo cual podríamos pensar que en principio la dinámica proteccionista en Colombia ira disminuyendo en la medida que el ejercicio y cumplimiento de las recomendaciones de la OCDE se vayan materializando.

Igualmente del ejercicio de esta clase de buenas prácticas internacionales y del relacionamiento que haga el estado colombiano con las naciones de la OCDE encontraremos que la celebración de convenios y contratos con agencias internaciones de tales paises sea más frecuente y mas dinámica su ejecución, luego es claro que la permanencia en esta clase de organizaciones debe traer agentes internacionales sin ánimo de lucro que quieran hacer realidad el preambulo y misión de la organización.

CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

1. Tanto los lineamientos de la UNCITRAL como los casos de éxito en las modalidades de selección de contratistas vistas en el derecho comparado tuvieron un significativo aporte en la reforma al estatuto de contratación estatal contenido en la 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. Ello significa que el derecho que regula la contratación estatal en Colombia es una ciencia que avanza en dirección de unificar criterios internacionales e igualmente es una clara demostración de que el proceso de globalización económica y jurídica que nutre estos temas comerciales, termina enderezando los ordenamientos jurídicos internos para hacerlos compatibles con la dinámica económica mundial
2. La Ley 80 de 1993 creó un ambiente más liberal frente a la participación de bienes y servicios extranjeros en procesos contractuales a lo que estaba regulado en el Decreto 222 de 1983 e incorporó de manera expresa el principio de reciprocidad que según el artículo 20 consiste en la garantía recíproca en virtud del cual en los procesos de contratación estatal en nuestro país se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento, las mismas condiciones, requisitos procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, bajo el entendido que el exista el mismo compromiso por otro país a través de acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia o cuando no se hubiese celebrado acuerdo, tratado, o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades.

3. La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-887/02 con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández señaló los derechos y garantías que cobijan la participación de oferentes extranjeros en procesos contractuales.
4. Para efectos de la investigación se optó por calificar por sistema de protección positivo aquel que expresamente el estado colombiano ha creado con la intención de favorecer o proteger un oferente de bienes y servicios Colombiano en detrimento de las garantías de igualdad de un oferente extranjero cuando participa en un proceso contractual y citábamos como ejemplo el previsto en la Ley 816 de 2003.
5. Igualmente se entendió como sistema de protección negativo el conjunto de lagunas normativas, obstáculos y en general toda dificultad que crea el estado en su sistema normativo y dinámica contractual que dificulta la contratación de extranjeros en nuestro país.
6. Un sistema de protección positivo lo encontramos en el seno mismo de las negociaciones de los tratados de libre comercio de nuestro país ya que nuestra nación de forma expresa se reserva una serie de actos jurídicos, sujetos activos y umbrales para los nacionales en materia de compras públicas, lo cual significa que para ese conjunto de actuaciones contractuales no hay lugar a trato nacional, pues este privilegio solo existirá en aquellos procesos contractuales ubicados expresamente en el tratado.
7. Las reglas de excepción frente a objetos contractuales no le son aplicables a todos los tratados sino dependerá de la negociación particular con cada Estado, en nuestro caso particular Colombia ha dispuesto imponer el mayor número de restricciones a los tratados con naciones industrializadas y que pueden opacar la industria nacional por sus mejores condiciones técnicas de competitividad, como por ejemplo: Canadá, Estados Unidos, Chile, Suiza, Noruega, Liechtenstein y la Unión Europea, y lo contrario ocurre con aquellas naciones que no se advierten como una amenaza de la economía, quedando entonces con un menor número de restricciones como es el caso Guatemala, Honduras, México y el Salvador.

8. Un sistema de protección positivo para oferentes extranjeros lo encontramos en la exclusión de la contratación a través de la modalidad de mínima cuantía y de la contratación directa, esta última muy relevante desde el punto de vista fiscal como lo advertimos en la cita del informe de la Procuraduría General de la Nación.
9. Otro sistema de protección positivo para oferentes extranjeros se refleja en la protección de las MIPYMES Colombianas dada la posibilidad para las entidades estatales de restringir y limitar la participación en procesos de contratación siempre que se causen los requisitos definidos en el ordenamiento jurídico.
10. En razón a la gran variedad de sistemas proteccionistas y exclusiones podemos asegurar que el principio de reciprocidad o garantía para trato nacional a bienes y servicios extranjeros en Colombia es muy limitado, por ende más impacto tendrá con oferentes que no pueden aplicar a trato nacional.
11. Dentro de los criterios de apertura, igualdad, e internacionalización que tiene nuestra Carta Política, es preciso hacer un examen de la constitucionalidad de la ley 816 de 2003.
12. A la fecha en Colombia existen los siguientes acuerdos comerciales existentes y las Leyes de la republican que los introdujeron en el ordenamiento jurídico:

Canadá - Ley 1363 de 2009

Chile - Ley 1189 de 2008

Estados Unidos - Ley 1143 de 2007

El Salvador Guatemala Honduras - Ley 1241 de 2008

Liechtenstein Ley 1372 de 2010

Noruega Suiza México Ley 172 de 1994

Unión Europea Ley 1669 de 2013

Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la Comunidad Andina de Naciones.

En materia de contratación estatal, estos tratados contienen: a. Un listado de derechos y compromisos (Aspectos procesales y sustanciales); b. Las entidades estatales obligadas por el Acuerdo Comercial, c) Los valores a partir de los cuales el acuerdo comercial es aplicable al proceso de Contratación; y finalmente, d) Las excepciones a la aplicación del Acuerdo Comercial según lo que la Entidad Estatal quiera contratar.

13. A partir del nacimiento de la Organización Internacional de las Naciones Unidas en 1945 como un sistema conformado por organismos especializados, fondos y programas apoyan las naciones en una amplia gama de temas fundamentales, desde el desarrollo sostenible, medio ambiente y la protección de los refugiados, socorro en casos de desastre, la lucha contra el terrorismo, el desarme y la no proliferación, hasta la promoción de la democracia, los derechos humanos, la igualdad entre los géneros y el adelanto de la mujer, la gobernanza, el desarrollo económico y social y la salud internacional, la remoción de minas terrestres, la expansión de la producción de alimentos, entre otros, con el fin de alcanzar sus objetivos y coordinar los esfuerzos para un mundo más seguro para las generaciones presentes y futuras, entre otras, y de esto se derivan internacionalmente la necesidad de regular internamente la contratación de estos actores.

14. Teniendo en cuenta la conclusión anterior la contratación con organismos internacionales posee una dinámica contractual en Colombia diferente a la referida a personas naturales y jurídicas de derecho privado que buscan un lucro comercial en sus contratos.

15. La finalidad de estas contrataciones con estos organismos internacionales tienen motivaciones de orden supranacional e institucional y no de lucro.

16. El cuarto inciso del artículo 13 de la Ley 80 que disponía: *“Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda*

internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes” fue la regulación que más polémica generó en el ordenamiento jurídico colombiano por muchos años por el indebido uso que sobre esta clase de actos jurídicos llevaron a cabo entidades del estado, hecho que fue en principio sopesado por el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-249 de 2004, posteriormente a través de las Directivas de la Procuraduría, la expedición de unos Decretos Reglamentarios y finalmente la expedición de la Ley 1150 de 2007 y su último decreto reglamentario 1082 de 2015.

17. El artículo 2.2.1.2.4.4.1. del Decreto 1082 de 2015 tiene unos aspectos positivos generando claridad para la regulación de contratos o convenios de cooperación internacional, sin embargo genera gran inquietud cuando dispone que ante la presencia de contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se deben ejecutar de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados o sus reglamentos, según sea el caso, y que no será aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, lo que significa en últimas, que el criterio o factor presupuesto nacional para determinar el régimen contractual aplicable al contrato o convenio en casos muy excepcionales se tomará en cuenta.

18. La vinculación a la OCDE no es un tratado de libre comercio, por lo cual la reciprocidad en materia de compras públicas debe realizarse de forma separada con cada miembro y atendiendo el proceso internacional del caso.

19. Con el ingreso a la OCDE y vistas las recomendaciones que presenta en relación a agentes internacionales podemos afirmar que el sistema proteccionista que prevee el estado colombiano para sus oferentes nacionales estará en camino de desaparecer.

20. Si se aprecia el retorno o beneficio para el país frente al tratamiento como nacional que se tenga para los proveedores colombianos en otras naciones, puede ser una buena noticia toda vez que como indicamos

excluyendo Chile, México y Turquía todos los demás miembros de la ODCE son economías desarrolladas.

21. Se mejorara el ambiente inversionista en Colombia y los contratos de asociaciones públicas privadas tendrán un rol y un impacto más fuerte en la economía del país.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Banco de la República de Colombia. (2006). *La Globalización Económica*. Recuperado de:
http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/guia4_la_globalizacion.pdf
- Benavidez Russi, J.L. (2004). *El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bendeck Olivella, J. (1993). *Exposición de motivos de la ley 80 de 1993*. Recuperado de:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148#1>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2016). Sobre la CNUDMI. Recuperado de: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html
- Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. D.O. 41.094.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1994). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios con la Guía para su Incorporación Eventual al Derecho Interno*. Recuperado de:
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/ml-procurement-s.pdf>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2016). *Ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública*. Recuperado de:
http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html
- Constitución Política de Colombia. [Const.]. (1991). 2da Ed. Legis.
- Congreso de la República. (11 de febrero de 1997). Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. [Ley 361 de 1997]. D.O. 42.978.
- Congreso de la República. (29 de diciembre de 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en

los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [Ley 489 de 1998]. D.O. 43.464.

Congreso de la República. (12 de julio de 2000). Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa. [Ley 590 de 2000]. D.O. 44.078.

Congreso de la República. (8 de julio de 2003). Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública. [Ley 816 de 2003]. D.O. 45.242.

Congreso de la República. (16 de julio 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. [Ley 1150 de 2007]. D.O. 46.691.

Corte Constitucional. (22 de octubre de 2002). Sentencia C-887/02. [MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional. (16 de marzo de 2004). Sentencia C249/04. [MP Dr. Jaime Araujo Rentería]

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (6 de febrero de 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. [Decreto 222 de 1983]. D.O. 36.189.

Gomez Lee, I.D. (2010). *Contratación Visible. Manual para un Buen Control de Recursos en la Contratación Pública*. Bogotá D.C.: Auditoría General de la República en Coedición con el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. (s.f.). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Recuperado de:
<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/103>

Matallana Camacho, E. (2004). Contratación con organismos de cooperación internacional. *Revista Derecho del Estado, volumen (1)*, [p85-p98].

- Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2012). *Documento de antecedentes preparado para el 12° periodo de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Pardo Posada, N. E. (s.f.). *Los Principios de Igualdad y Reciprocidad en Ofertas Extranjeras Vs. las Mipymes en Contratación Estatal: Un Limite a la Contratación Estatal*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3997346.pdf>
- Perez Curci, J.I. (s.f.). *La Globalización y sus Consecuencias en el Nuevo Orden Jurídico Internacional*. Recuperado de:
http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/la_globalizacion_y_sus_consec.pdf
- Presidencia de la Republica de Colombia. (27 de marzo de 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. D.O. 33.339.
- Presidencia de la República de Colombia. (7 de octubre de 2009). por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública. [Decreto 3809 de 2009]. D.O. 47.495.
- Sanchez Bohorquez, R. (2013). *Sectores económicos atractivos para la inversion extranjera*. (Trabajo de investigación, Universidad Militar Nueva Granada). Recuperado de:
<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/10904/1/SECTORES%20ECONOMICOS%20ATRATIVOS%20PARA%20LA%20INVERSION%20EXTRANJERA.pdf>
- Santofimio Gamboa, J.O. (2008). *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*. *Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia*. Recuperado de
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589/2228>.
- Suarez Beltran, G. (2007). *Reforma al estatuto general de contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Editorial Legis S.A.

Suarez Beltran, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá D.C.: Editorial Legis S.A.

Presidencia de la República de Colombia. (10 de junio de 2004). Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. [Decreto 1896 de 2004]. D.O. 45.576.

Presidencia de la República de Colombia. (07 de julio de 2004). Por medio del cual se modifica el Decreto 1896 de 2004 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. [Decreto 2166 de 2004]. D.O. 45.603.

Procuraduría General de la Nación. (21 de mayo de 2004). Por medio de la cual se fija criterios de aplicación de la sentencia C-249 de 2004 en relación con la contratación con organismos internacionales. [Directiva 10 de 2004].

Revista Semana. (2003). La vena rota. *Revista Semana*. Recuperado de:
<http://www.semana.com/nacion/articulo/la-vena-rota/57425-3>.

BIBLIOGRAFÍA

Benavidez, J. L. (2004). *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. 2da ed.

Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (19 de julio de 2001). Radicación número 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). [CP Dr. Alier Hernandez Enriquez]

Corte Constitucional. (20 de abril de 1995). Sentencia C170/95. [MP Dr. Vladimiro Naranja Meza]

Presidencia de la República de Colombia. (10 de junio de 2004). Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. [Decreto 1896 de 2004]. D.O. 45.576.

Dussán Hitscherich, J. (2005). *Elementos del Contrato Estatal*. Bogotá D.C.: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2014). Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Recuperado de:
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf>

Suarez Beltran, G. (2007). *Reforma al estatuto general de contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2007*. Bogotá D.C.: Editorial Legis S.A.

Benavides Russi, J.L. y J.O. Santofimio Gamboa, Compiladores (2009). *Contratación Estatal. Estudios sobre la Reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Conrado Imitola, R.L. (2012). *Los principios en la contratación estatal*. Bogotá D.C.: Editorial Ibañez.

- Dávila Vinuesa, L.G. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2da ed. Bogotá D.C.: Editorial Legis Editores.*
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública.* Bogotá D.C.: Editorial Legis Editores.
- Fandillo Gallo, J. E. (2008). *Régimen Jurídico del Contrato Estatal.* Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- González Rodríguez, M. (1990). *La Contratación Administrativa en Colombia. Doctrina-Jurisprudencia.* Bogotá D.C.: Editorial Jurídica Wilches.
- Herrera Barbosa, Benjamín. (2004). *Contratos Públicos.* Bogotá D.C.: Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80. 2da ed. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.*
- Pino Ricci, J. (2005). *El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales.* Bogotá D.C.: Editorial Externado de Colombia.
- Young Serrano, S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación.* Bogotá D.C.: Editorial Ibañez.
- Congreso de la República. (10 de julio de 2000). Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa. [Ley 590 de 2000]. D.O. 44.078.
- Congreso de la República. (02 de agosto de 2004). Por medio de la cual se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones. [Ley 905 de 2004]. D.O. 45.628.

Congreso de la República. (16 de julio 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. [Ley 1150 de 2007]. D.O. 46.691.

Congreso de la República. (16 de julio 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. [Ley 1150 de 2007]. D.O. 46.691.

Congreso de la República. (11 de julio de 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. [Ley 142 de 1994]. D.O. 41.433.

Congreso de la República. (28 de agosto de 2001). Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. [Ley 689 de 2001]. D.O. 44.537.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2002). *Globalización y Desarrollo*.

Recuperado de: <http://archivo.cepal.org/pdfs/2002/S2002024.pdf>