

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Bibliotecas Bucaramanga

Universidad Santo Tomás

Procesos de Contratación Estatal: participación de oferentes extranjeros en el marco del principio del Trato Nacional (visión normativa, jurisprudencial y práctica)

Carolina Rondón Chacón

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Abogado

Director

Eymar Said Torres Cañizales

Especialista en Derecho Administrativo

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

2015

Dedicatoria

A mi madre por ser mi fortaleza y mi mejor regalo todos los días.

20/07/2015.

Agradecimientos

A Dios por hacer todo posible, darme sabiduría y rodearme de aquellas personas que han
forjado mi ser.

A mis padres y mi hermano por mostrarme el camino con paciencia e incondicionalidad.

A mi tío Saúl y René por facilitármelo todo con amor y creer siempre en mí.

A mi familia por iluminarme el camino con una sonrisa.

A mis amigas y amigos el compartir que la vida me ha regalado.

Y al director de la tesis por guiarme durante esta travesía académica.

Tabla de contenido

1.	Procesos de Contratación Estatal: participación de Oferentes Extranjeros en el marco del principio del Trato Nacional (visión normativa, jurisprudencial y práctica)	15
1.1	Descripción del problema.....	15
1.1.1	Formulación de pregunta de investigación	19
1.2	Justificación.....	19
1.3	Objetivos.....	22
1.3.1	Objetivo general.....	22
1.3.2	Objetivos específicos.	22
2.	Marco Referencial.....	23
2.1	Marco histórico-legal.....	23
2.1.1	Dualidad de jurisdicciones.	24
2.1.2	La distinción del contratopúblico - administrativo.	25
2.1.3	Influencia de la Constitución del 91 al nuevo Estatuto Contractual-Ley 80 del 93. ...	27
2.1.4	Liberación económica Global	28
2.1.5	La apertura de la Contratación Estatal al comercio internacional.	29
2.2	Estado del Arte	30

2.3	Marco conceptual o referencial	32
2.3.1	Contratación Estatal.	32
2.3.2	Contrato Estatal o Público.....	33
2.3.3	Acuerdos Comerciales.....	33
2.3.4	Trato Nacional.	33
2.3.5	Trato Nacional por Reciprocidad.	34
2.3.6	Inversión Extranjera.....	34
2.3.7	Persona Extranjera o No Residente.....	34
2.3.8	Oferente Extranjero.....	34
2.3.9	Pliego de Condiciones.....	35
3.	Metodología	36
4.	Marco normativo jurisprudencial establecido para la participación de los Oferentes Extranjeros en los procesos de Contratación convocados por el Estado Colombiano	37
4.1	El papel del oferente extranjero en la inversión extranjera	38
4.2	Acuerdos y tratados acogidos por Colombia para la apertura del mercado económico en materia de Contratación Estatal.....	45
4.2.1	Acuerdo Plurilateral Sobre Contratación Pública (ACP) – Acuerdos Comerciales Regionales (ACR)	48

4.2.2 Acuerdos vigentes en Colombia	56
4.2.2.1 República de Chile.....	56
4.2.2.2 Estados Unidos Mexicanos.	58
4.2.2.3 República de El Salvador, República de Guatemala y República de Honduras.....	59
4.2.2.4 Asociación Europea de Libre Comercio (Confederación Suiza, Reino De Noruega, Principado De Liechtenstein y República De Islandia).....	60
4.2.2.5 Canadá.....	61
4.2.2.6 Estados Unidos de América..	62
4.2.2.7 Unión Europea..	64
4.2.2.8 Decisión 439 De 1998 de la Secretaría de la Comunidad Andina De Naciones –CAN.. ..	65
4.2.3 Aplicación de estos acuerdos.....	65
4.2.3.1 Entidades Estatales Obligadas..	65
4.2.2.2 Valores a partir de los cuales los acuerdos son aplicados.....	72
4.2.2.3 Excepciones a la aplicación de los acuerdos comerciales.	75
4.3 Normativa y jurisprudencia Colombiana establecida para la participación de oferentes extranjeros en los procesos de Contratación Pública.	85
4.3.1 Trato Nacional y Trato Nacional Por Reciprocidad.	86
4.3.2 Beneficios para la participación de ofertas nacionales..	89
4.3.3 Criterios de evaluación y desempate utilizados.....	93

4.3.4 Aspectos o requerimientos especiales a las ofertas de los extranjeros.	95
4.3.5 Desagregación tecnológica.	96
4.4 Formas de participación de los Oferentes Extranjeros.	100
4.4.1 Consorcios y Uniones Temporales.	100
4.4.2 Asociaciones Públicos-Privadas. (APP) – Ley 1508 del 2012..	103
4.4.3 Disposiciones comunes de los proyectos de Asociación Público – Privada.).	105
4.4.4 APP de iniciativa pública.....	107
4.4.5 APP de iniciativa privada.....	108
4.4.6 Condiciones Contractuales de las APP	111
 5. Estudio de la de participación de Oferentes Extranjeros en el Área Metropolitana de Bucaramanga.....	113
5.1 Estudio de procesos ejecutados y relacionados por municipios.	115
5.2 Estudio de procesos relacionados por las entidades que los adelantaron.	116
5.3 Relación de los Acuerdos que se reconocen en los documentos pre-procesales:.....	119
5.4 Relación de los procesos por rangos decuantías de los Procesos de Contratación. ..	124
5.5 Estudio de las fechas de Apertura y cierre de procesos.....	127
5.6 Relación de las formas de participación de los oferentes:.....	130
5.7 Relación número de oferentes por Entidades.	132
5.8 Estudio Nacionalidad de los Oferentes.....	133

6.	Disposiciones de los Pliegos de Condiciones que incentivan o restringen la Participación de Oferentes Extranjeros en los Procesos de Contratación Pública.	
		139
7.	Conclusiones	148
8.	Hipótesis.....	151
	Bibliografía	152
	Apéndices	159

Lista de tablas

Tabla 1.	Acuerdos En América Latina.....	52
Tabla 2.	Entidades Obligadas a la Aplicar los Acuerdos a Nivel Municipal.....	65
Tabla 3.	Entidades Obligadas a la Aplicar los Acuerdos a Nivel Departamental:	66
Tabla 4.	Entidades Obligadas a la Aplicar los Acuerdos a Nivel Nacional.....	67
Tabla 5.	Entidades Especiales Obligadas a la Aplicar los Acuerdos a Nivel Municipal...	69
Tabla 6.	Valores a partir de los cuales los acuerdos son aplicados.....	72
Tabla 7.	Listado de Excepciones aplicables a los acuerdos.....	75
Tabla 8.	Excepciones de los Acuerdos a nivel Municipal y Departamental:.....	83
Tabla 9.	Excepciones a los Acuerdos a nivel Nacional:	84
Tabla 10.	Procesos Evaluados Por Municipio	115
Tabla 11.	Procesos por Entidades	116
Tabla 12.	Acuerdos que reconocen en el Aviso.....	120
Tabla 13.	Acuerdos que reconocen en el Pliego	121
Tabla 14.	Cuántías de los Procesos por Rangos.....	125

Lista de figuras

Figura 1. Procesos Evaluados por municipio.....	116
Figura 2. Procesos por entidad.....	118
Figura 3. Acuerdos que Reconocen en el Aviso.....	121
Figura 4. Acuerdos que reconocen en el Pliego.....	123
Figura 5. Cuantías de los Procesos por Rangos	126
Figura 6. Rango de días para la presentación de oferta	129
Figura 7. Forma de participación de Oferentes por Municipios	131
Figura 8. Forma de participación de los oferentes en los procesos estudiados.....	131

Lista de apéndices

Apendice A. Cuadro Licitaciones Bucaramanga **¡Error! Marcador no definido.**

Apéndice B. Cuadro de Licitaciones de Floridablanca..... **¡Error! Marcador no definido.**

Apéndice C. Cuadro de Licitaciones de Girón **¡Error! Marcador no definido.**

Apéndice D. Cuadro de Licitaciones de Piedecuesta..... **¡Error! Marcador no definido.**

Apéndice E. Derechos de Petición – Respuestas Recibidas **¡Error! Marcador no definido.**

Apéndice F. Derechos de Petición sin Respuesta **¡Error! Marcador no definido.**

Introducción

El Estado utiliza la Contratación Estatal como una herramienta de promoción de la economía interna de su país y al mismo tiempo trabaja por la consecución de sus fines. Sin embargo, es una realidad hablar hoy en día de un mundo globalizado, en el cual el desarrollo económico no tiene delimitaciones territoriales, lo cual obliga a los Estados a cooperar entre sí para promover esta interacción internacional de la economía.

Así es como las legislaciones internas de los países buscan adecuarse para permitir que oferentes de nacionalidades extranjeras puedan ser partícipes de los procesos de selección de contratista para la adquisición de bienes y servicios por parte de la administración. Para esto, los Estados adquieren compromisos mediante Acuerdos Internacionales en donde se pactan las diversas medidas con el fin de conseguir que los procesos de contratación sean objetivos, transparentes, y no existan discriminaciones a contratistas por razón alguna.

Los compromisos adquiridos por los estados se encuentran fundamentados esencialmente por el principio del Trato nacional, el cual busca que las entidades les otorguen el mismo trato a todos los oferentes sin distinción sobre su nacionalidad confiriendo todos los beneficios de los cuales sean acreedores los bienes y servicios nacionales a los ofrecidos por extranjeros.

En el presente trabajo de investigación se estudiará la participación de oferentes extranjeros en los procesos de contratación desde el plano normativo, jurisprudencial, dogmático y práctico, para poder determinar de qué forma aplica el Estado Colombiano el principio del Trato Nacional en sus disposiciones.

En primera medida se establece los Acuerdos que Colombia ha ratificado en el tema con otros países y la forma de aplicación de estos acuerdos, las medidas que ha establecido la legislación Colombiana para otorgarle el Trato Nacional a los extranjeros, la forma de participación de los oferentes y en general las disposiciones legislativas que versen alrededor de la participación de los oferentes extranjeros en los procesos de selección de contratistas en Colombia.

Seguidamente se estudian los procesos de contratación que se adelantaron en el Área Metropolitana de Bucaramanga, a través de un análisis cuantitativo discriminando los procesos por los municipios que conforman el área, (Bucaramanga, Floridablanca, Piedecuesta y Girón), por la cantidad de oferentes que se presentaron a cada proceso, la forma de participación de cada uno de estos oferentes, los Acuerdos que se aplicaban en cada proceso, los Acuerdos que aplicaron las entidades en cada proceso, las cuantías y los días que establecían como plazo para la presentación de la oferta.

Finalmente, por medio de un análisis cualitativo, se hace un estudio de las disposiciones de los Pliegos de Condiciones de los procesos que se seleccionaron para poder determinar las formas frecuentes en las que las entidades discriminan a los oferentes para direccionar la contratación a la selección de un oferente en específico, lo cual conllevaría a desincentivar la confianza del inversionista extranjero en los procedimientos contractuales efectuados en el país.

1. Procesos de Contratación Estatal: participación de Oferentes Extranjeros en el marco del principio del Trato Nacional (visión normativa, jurisprudencial y práctica)

1.1 Descripción del problema

El entorno económico desde hace algunos años está concentrado en la búsqueda de globalizar las relaciones interestatales, trayendo consigo la liberación del intercambio de bienes y servicios a nivel transnacional y generando una dinámica de integración de países en cuanto a sus relaciones comerciales. La era digital permite la aceleración de los flujos globales involucrando la participación de Pymes e individuos en este mercado dinámico, sin estar limitado por fronteras nacionales.

En Colombia el intercambio de bienes y servicios ha crecido un 12 y 14 por ciento desde el 2002 (El tiempo, 2014), lo cual ha permitido la participación incluyente de personas –jurídicas o naturales- extranjeras en la economía interna del país. Esta intervención se da tanto en sectores privados, como en el sector público cuando participan a modo de oferentes en los diversos procesos de selección para contratar con el Estado.

El intercambio de bienes y servicios, que funciona por medio de la contratación estatal, ha adquirido vital importancia, ya que a través de esta se mueve el gran aparato jurídico y sistemático que el Estado ha creado, no solo para su propio funcionamiento, también en búsqueda del cumplimiento de los fines estatales al servicio del interés general.

Para la consecución de estos fines, la administración pública cumple su función básica ejecutando internamente sus propios recursos humanos, técnicos y financieros, o externamente por medio de particulares oferentes quienes también pueden ser individuos o empresas que carezcan de nacionalidad Colombiana, como se anotó anteriormente.

Esta participación de oferentes extranjeros en el interior del país, está protegida por acuerdos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano, siendo consecuente con el panorama globalizado de intercambio comercial de bienes y servicios entre las Naciones.

Colombia firmó el GATT¹ el 3 de octubre de 1981 y desde entonces se comprometió con todas las políticas que facilitan el comercio entre los países haciendo accesible el intercambio de bienes y servicios, además en 1995 se hizo miembro de la Organización Mundial del Comercio, acogándose a este sistema multilateral del comercio que funciona por medio de acuerdos inspirados en principios fundamentales.

Uno de ellos, es el principio del Trato Nacional sobre el cual la OMC² determina que “cada miembro concede a los Nacionales de los demás el mismo trato que otorga a sus Nacionales”. Y aunque en el párrafo 8 del artículo III y párrafo 2 del artículo XVII del GATT se excluye explícitamente la aplicación a la contratación pública, la inclusión del principio del Trato Nacional y de La Reciprocidad en la normativa nacional, marcó la iniciativa de la aplicación de estos principios incluso en la Contratación Estatal y motivó la necesidad de acoger Acuerdos

¹Acuerdo general de aranceles y comercio, conocido por su sigla inglesa GATT (General Agreement on Trade and Tariffs)

²Organización Mundial del Comercio (OMC)

Comerciales Regionales que incluyen la protección del Trato Nacional a los oferentes extranjeros interesados en participar en procesos de contratación pública.

El Trato Nacional fue llevado a un nivel Constitucional en Colombia, cuando en la Carta Magna de 1991 en su artículo 100 se estableció que: “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos...”. Además, dentro del desarrollo del Estatuto Único de Contratación Estatal el legislador hace una extensión de este artículo de la Constitución Política Colombiana al conceder “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...” (Ley 80 1993 , art. 20)

Siendo consecuente con los ambientes internacionales dirigidos al crecimiento del intercambio de mercados, Colombia ha negociado su participación económica con varios países por medio de Acuerdos Comerciales Regionales (ACR), la mayoría de ellos con países Latinoamericanos como Chile, México, El Salvador, Guatemala, entre otros, con el fin de asegurar tres aspectos fundamentales durante un proceso de Contratación Estatal: el Trato Nacional, la no discriminación y la transparencia.

La apertura de este mercado a los oferentes extranjeros favorece aspectos tales como la competencia y una mayor eficiencia en la asignación de recursos, pues un régimen de contratación pública abierto a oferentes de bienes y servicios de todo el mundo, transparente y no discriminatorio, contribuye a optimizar el uso de recursos públicos (Rozemberg & Gayá, 2012)

Además, desde la perspectiva de la empresa privada, se da la apertura y la oportunidad de presentarse como oferente extranjero en Estados diferentes al que pertenece.

Sin embargo, la problemática surge al cuestionarse si en la realidad se aplican todos los Acuerdos y normas referentes a la participación de oferentes extranjeros en los procesos de selección para la adjudicación de un contrato con el Estado y si se permite el desarrollo de principios como el de Trato Nacional y la Reciprocidad.

Ya que, a pesar de que una parte de la demanda de los sectores públicos requiere la adquisición de bienes y servicios importados lo que representa alrededor del 15% del intercambio mundial (Rozenwurcel & Bezchinsky, 2011), la participación de oferentes extranjeros es un tema sumamente controvertido pues en el desarrollo de ésta se presentan situaciones como la ineficiencia del sector público, las políticas sectoriales, la gobernanza y la corrupción. (Rozemberg & Gayá, 2012)

En adición, se debe tener en cuenta que muchos Estados usan la contratación estatal como una herramienta para impulsar la economía interna de la región, apoyando la participación de empresas nacionales (MyPymes), generando empleo interno, y promoviendo la producción Nacional. Es decir, el apoyo a la industria Nacional es un factor que, de ser tan vital e importante en economías en crecimiento como la nuestra, pueden presentarse como un impedimento a las políticas que impulsan la participación extranjera en estos procesos de contratación.

Está claro entonces, que la participación de oferentes extranjeros en la Contratación Estatal es un hecho, pues el Estado Colombiano ha ratificado Acuerdos que permiten el intercambio de bienes y servicios y los ha desarrollado normativamente aterrizándolos al tema de la Contratación Estatal. Pero se presentan eventualidades en las cuales los Estados con el fin de enfrentar crisis económicas otorgan beneficios y preferencias a los regionales.

Estas dos situaciones que se contraponen- Promover la participación de oferentes extranjeros en los procesos de contratación y apoyo al mercado nacional o regional para superar crisis económicas- generan confusiones dentro de los procesos de contratación y podrían concebir problemáticas en el desarrollo de principios como el Trato Nacional y la Reciprocidad en la contratación estatal.

1.1.1 Formulación de pregunta de investigación. ¿De qué manera aplica la administración pública el principio del Trato Nacional, como el rector de la participación de oferentes extranjeros en la Contratación Estatal, para así determinar si se cumple, o no, con la disposición Constitucional de dar el mismo trato a los bienes y servicios extranjeros que a los civiles nacionales?

1.2 Justificación

La contratación pública es la forma por la cual el Estado obtiene bienes o servicios desde todos los niveles de su organización, ya sea a Municipal, Departamental o Nacional. Ésta cumple una función clave en el desarrollo económico del país, pues es uno de los medios por el cual el Estado mitiga las necesidades que se presentan durante su funcionamiento, es decir, busca la participación del sector privado como instrumento para cumplir metas, ejecutar el presupuesto y establecer las pautas para la utilización de los recursos en pro de la mejora de la calidad de vida de la comunidad.

Se estima que el mercado generado por la Contratación Pública puede llegar a un cuarto del PIB en algunos países y tres cuartos del comercio internacional total, en términos

relativos (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2011). Además, Compre Colombiano³ estudió que para la vigencia 2012 se publicaron en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP– con cargo al presupuesto público, contratos por 49 mil billones de pesos y a 15 de noviembre de 2013, dicho Sistema Electrónico reporta contratos que superan los 68 mil billones de pesos, cifras que sin duda alguna, demuestran la importancia del Estado como actor económico (Compre Colombiano). Esta importancia se refleja también a nivel mundial pues el mercado de compras públicas demanda anualmente un 10% del PIB mundial, o el equivalente al 80% del comercio global (Ulloa, 2006)

En efecto, los recursos públicos con los cuales se maneja la Contratación Estatal es un motor importante en el desarrollo económico del país, que no solo cobra importancia para toda la ciudadanía en general, por manejar recursos de carácter general, si no también capta la atención de empresarios nacionales y extranjeros.

El interés del Estado Colombiano en que se realice inversión extranjera al país es, también, un factor que permite la participación de oferentes extranjeros en los procesos de Contratación Estatal, debido a que diversos estudios han mostrado la relación directa que existe entre el crecimiento económico y la inversión extranjera directa.

A esto se debe la necesidad de regular la participación de oferentes extranjeros en procesos de Contratación Estatal. Sin embargo, a pesar de ser conscientes de la situación “algunos países

³Programa de Promoción del Mercado Interno liderado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en alianza con PROPAIS.

desarrollan políticas que de una u otra forma significan barreras para la participación de oferentes extranjeros”(Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2011)

Trabajando a la par, y en pro de la consolidación de un sistema económico acorde a la globalización de mercados y la ampliación de oportunidades de comercio exterior en los países, el gobierno Colombiano ha suscrito compromisos para trabajar en la eliminación de cualquier tipo de discriminación a oferentes en ocasión de su nacionalidad, asegurar la transparencia del proceso de contratación y garantizar los derechos de impugnación por parte de los oferentes.

El estudio normativo y jurisprudencial nos da una panorámica del “ser” y “deber ser” de las relaciones de los oferentes extranjeros con las entidades públicas en los procesos de Contratación Estatal. Pues los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano mediante Acuerdos Internacionales deben estar relacionados con la normativa interna implementada para la Contratación Estatal.

Fruto de la presente investigación, podría determinarse en primera medida, si el legislador Colombiano es coherente con los compromisos adquiridos por el Gobierno; correspondientes a la apertura de la Contratación Pública al mercado internacional, con la normativa existente que rige los procedimientos de adquisición de bienes y servicios de la administración pública.

Se hace necesario, además, el análisis de la aplicación de estas normas y acuerdos en los Pliegos de Condiciones, y así poder asegurar si el actuar de las entidades públicas que inician procesos para la contratación de bienes o servicios es acorde, o no, a la normativa, la jurisprudencia y los compromisos que adquiere el Gobierno Colombiano para la participación de oferentes en estos procesos.

1.3 Objetivos

1.3.1 objetivo general. Analizar el desarrollo del principio del Trato Nacional en la Contratación Estatal desde una perspectiva normativa, jurídica y fáctica para así determinar si se cumple, o no, con la disposición Constitucional de dar el mismo trato a los bienes y servicios extranjeros que a los civiles nacionales (caso Área Metropolitana de Bucaramanga).

1.3.2 objetivos específicos.

Identificar el marco normativo jurisprudencial establecido para la participación de los Oferentes Extranjeros dentro de los procesos de contratación convocados por el Estado Colombiano.

Revisar la forma de participación de oferentes extranjeros en los procesos de selección para la contratación estatal, Caso Área Metropolitana de Bucaramanga.

Analizar los pliegos de condiciones de Licitaciones Públicas convocados en el Área Metropolitana de Bucaramanga (durante el 2014) en aras de determinar los incentivos y/o restricciones posibles para la participación de sociedades extranjeras en dichos procesos de selección.

2. Marco Referencial

2.1 Marco histórico-legal

El mandato de la Constitución Política Colombiana de 1991 era contundente: la creación de un estatuto único de la Contratación Estatal, el cual reuniera en un mismo bloque normativo las directrices fundamentales y el procedimiento a seguir una entidad administrativa para contratar bienes y servicios.

Dos años después, entró en vigencia la ley 80, la cual se convirtió en una herramienta fundamental para la identificación de los contratos estatales y desarrolló el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana al introducir en el procedimiento contractual los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

Quizá a la actualidad este Estatuto Único Contractual ya no cumple con la función unificadora de la normativa estatal. Luego de 22 años, las modificaciones, adiciones y derogaciones que ha recibido la ley 80 del 93 han dejado poco de su estructura normativa original. Las múltiples excepciones existentes a la ley 80 del 93, al tratarse de regímenes especiales, también demuestran que, quizá este Estatuto se quedó corto y el legislador vio la necesidad de, poco a poco, introducir nuevas normas sobre la Contratación Estatal. Así lo afirma también GOMEZ LEE en su libro El Derecho de la Contratación Pública en Colombia:

“...lo que existe hoy es muy distinto a un estatuto exclusivo y a una categoría unificadora”, y en cuanto a las normas especiales afirma que “hoy en día se cuentan en esta materia veinte ámbitos especiales adicionales, ciento cuarenta y tres fuentes que se deben consultar al momento de aplicar las leyes, además de que tales fuentes albergan casi cuatro

millares de reglas aplicables. Ese paradigma – el del estatutoúnico- se fractura además con diversas leyes que crearon cerca de treinta y seis regímenes especiales en los últimos veinte años”.(Gomez Lee, 2014)

Esto para denotar que la normativa de la Contratación Estatal en Colombia esta aun en evolución y que los logros obtenidos en la actualidad son basados en lentos avances que se hicieron respecto a las necesidades presentadas en el desarrollo de la Contratación Pública. A continuación veremos avances significativos de la contratación que se han logrado poco a poco gracias a la importancia que ha tomado este tema en el desarrollo económico del país:

2.1.1 Dualidad de jurisdicciones. Anteriormente el conocimiento de las controversias generadas de los contratos administrativos recaía sobre la jurisdicción ordinaria, pues no existía legislación alguna que radicara la competencia en la jurisdicción contencioso administrativa. Además, porque aunque se hablaban de contratos administrativos, y se empieza a hacer una leve distinción entre el contrato privado, éste mantenía principios y elementos del derecho privado.

En 1960 mediante el decreto 550 de este mismo año, se estableció el Estatuto de los Contratos Administrativos, el cual mantuvo la teoría de que los contrataos estatales se regían por el libro cuarto del Código Civil Colombiano, pero sus controversias debían ser conocidas por la justicia contenciosa administrativa, pues media el interés público.

Gracias a esto, se empieza a dar un avance significativo en la materia de contratos celebrados por la administración pública, pues el direccionamiento que le dio la jurisdicción contenciosa administrativa, logra que se originen los primeros destellos que indicarían la necesidad de establecer una diferenciación normativa del contrato del Estado y los particulares.

A pesar de esto, aún no existía una base legal que diferenciara totalmente los contratos públicos de los celebrados entre particulares, es entonces, la jurisprudencia la que marcan un precedente tendiente a establecer los criterios de distinción del contrato administrativo.

2.1.2 La distinción del contrato público - administrativo. El Concejo de Estado incorporo ciertos criterios en la jurisprudencia durante las décadas de los años 60s y 70s, los cuales se consideran fundamentales para definir el contrato administrativo. Específicamente esta Alta Corte estableció criterios en sentencia del 11 de Octubre de 1974, los cuales serían rectores en la distinción y el manejo de un contrato estatal:

1. Criterios subjetivo: se debe tener en cuenta si uno de los sujetos contratantes es un órgano o entidad estatal.
2. Criterio de servicio público: el contrato es administrativo si su finalidad o su objeto están dirigidos a la prestación o funcionamiento de un servicio público.
3. Criterio legal del derecho público: un contrato será administrativo si la ley le establece la naturaleza de administrativo, señala su régimen jurídico y lo somete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
4. Clausulas exorbitantes: un contrato será administrativo si contiene clausulas exorbitantes que favorecen a la administración por su condición de favorecer el interés público y porque está en función de la prestación de un servicio público.

5. Criterio del procedimiento de selección del contratista: el procedimiento que debe efectuarse para la selección del particular contratista es también una distinción entre el contrato estatal y el privado.

La importancia de este avance radica en que el contrato estatal empieza a tener un trato especial diferenciador de los demás contratos celebrados entre particulares, y permite que la discusión sobre la solución de controversias de contratos estatales verse alrededor del bien común y no de intereses particulares. Al recaer la facultad jurisdiccional sobre lo contencioso administrativo y darle un trato diferenciador, permite que se empiece a consolidar, desde ese entonces, al contrato estatal como lo conocemos hoy en día, un medio para lograr los fines del Estado.

No obstante, la legislación no era consecuente con el precedente que estaba marcando el Consejo de Estado, por esto la ley 28 de 1974 dotó de facultades al gobierno Nacional para la regulación de la contratación pública. Así fue, como se creó el Decreto –ley 150 de 1976, lo que hoy conoceríamos como el primer estatuto del derecho contractual,

Con las mismas facultades el gobierno nacional creó el Decreto- Ley 222 de 1983 (segundo estatuto contractual), el cual fue bastante criticado por la precaria celeridad y el excesivo control establecido para determinados contratos, lo que generó una parálisis administrativa, afectando la prestación de los servicios públicos y desentendiendo las necesidades básicas de la comunidad. (Rico Puerta, 2007)

Controles tales como la revisión de dichos contratos por parte del Consejo de Estado y Tribunales Administrativos, aprobaciones de Ministros o jefes de Departamentos y la obtención

de concepto favorable del Consejo de Ministros, que por ser obligatorio llegó a impedir, no solo el perfeccionamiento, si no su ejecución, especialmente de los contratos de obra pública.⁴

Añadido a esto, desde la creación de la Constitución Política del 91, el modelo político, social y económico se tornó alrededor de un Estado Social de Derecho, lo cual influyó en la Contratación Estatal de manera directa y se consolidó la urgente necesidad de una adecuación del régimen contractual a los nuevos modelos allegados con la innovadora Constitución Política Social.

2.1.3 Influencia de la Constitución del 91 al nuevo Estatuto Contractual-Ley 80 del 93. El reconocimiento de postulados y principios nuevos incorporados por la Constitución Política de 1991 y de los cuales se deriva directamente un nuevo concepto de administración y de gobierno, y la orden expresa del constituyente primario en el Artículo 150 C.P. permiten la creación de un nuevo Estatuto Contractual.

La ley 80 de 1993 – Tercer Estatuto Contractual para la Administración Pública- , fue impulsada por la necesidad de modernizar y agilizar las regulaciones, darle participación activa a la comunidad, y en general proporcionarle un tinte garantista al proceso contractual, lo cual se vio en su “vinculación deliberada con los principios y valores constitucionales” (Rico Puerta, 2007, pág. 20)

⁴ Señala Dávila VINUEZA (ob. Cit, p. 12) que la promulgación del decreto ley 222 de 1983 partió de la presunción de mala fe en las actuaciones de los particulares y en las de la Administración, razón por la cual se procuró garantizar el control total de las actividades de unos y otros, “reglamentándolas en todos y cada uno de sus aspectos, para lo cual ordenaba surtir innumerables tramites, requisitos, instancias de revisión y aprobación”. Lo cual no fue suficiente para cerrarle el paso a la corrupción.

Ciertos fueron en su momento las modificaciones de este Estatuto Contractual, tales como: el mayor grado de autonomía que se le dio a la administración para que lograra cumplir con los fines de Estado, la protección dada a los derechos del contratista, los mecanismos que permitían ser responsable a la persona pública y al contratista, la eliminación del exceso de exigencias y requisitos que trababan la ejecución contractual, y que, además, fue un estatuto que permitía adaptarse a las mecánicas administrativas, que son cambiantes en esencia y por sí mismas (Matallana Camacho, 2013)

Es esta adaptación de los regímenes legales contractuales la que se debe dar con el paso del tiempo en la administración pública, ya que la legislación debe concordar con los cambios sociales, políticos y económicos que se dan dentro del manejo interno de un Estado y, hoy en día, también con el movimiento de las políticas económicas de otros Estados, pues en realidad nos vemos, de alguna u otra forma, afectados por la globalización económica.

2.1.4 Liberación económica Global. La Globalización es todo un proceso complejo del cual no podríamos indicar exactamente un inicio, y mucho menos, predecir un final. Sin embargo, muchos estudiosos de este fenómeno coinciden en que empieza con la Revolución Industrial de 1771 y la invención de la máquina a vapor y la construcción de canales “como nunca antes visto en la historia de la humanidad por lo novedoso de su construcción, los materiales utilizados y mejor empleo de la energía” (Mazzei Alfonso, 2011)

La globalización ha afectado sin lugar a dudas tres aspectos fundamentales: el social, el cultural y el económico. El intercambio económico en la actualidad está dirigido a una integración de la economía mundial la cual permite facilitar la comercialización de bienes, productos y servicios entre los diferentes Estados, sin darle importancia alguna a las fronteras.

Es una realidad que la liberación económica se aplica en la mayoría de los países del mundo, es por esto que debe ser controlado por los gobiernos de forma interna; regulando la inversión extranjera en sus países, y de forma global; realizando pactos internacionales que faciliten este intercambio.

El Fondo Monetario Internacional anota en un informe que “desde la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1947, el sistema de intercambio mundial se ha beneficiado de ocho rondas de liberalización multilateral, además de la liberalización unilateral y regional. De hecho, la última (llamada "Ronda Uruguay" y concluida en 1994) condujo a la fundación de la Organización Mundial del Comercio”(FMI, 2001)

La OMC está encargada de que el comercio fluya con la mayor libertad posible, sin que se produzcan efectos secundarios no deseables, y para lograrlo existen principios que regulan estas relaciones de intercambio. El principio del Trato Nacional del cual se habla en los tres principales Acuerdos de la OMC (artículo 3 del GATT, artículo 17 del AGCS y artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC), lo define esta Organización como el principio según el cual cada Miembro concede a los nacionales de los demás el mismo trato que otorga a sus nacionales.

2.1.5 La apertura de la Contratación Estatal al comercio internacional. Por su parte, el Gobierno Colombiano acogió el modelo económico en el cual el Estado debe promover la libre competencia desde el nivel constitucional. En el artículo 100 de la Constitución Política vigente, prevé la protección a la inversión extranjera al anotar que los extranjeros disfrutarán de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Pero es a partir de la consolidación de la OMC- 1994- que comienza a activarse los debates sobre las compras públicas en los foros comerciales y aunque ningún país latinoamericano se ha adherido al Acuerdo Plurilateral de Compras Públicas de la OMC, varios han firmado acuerdos regionales y bilaterales que incluyen compromisos de acceso comercial (‘trato nacional’ y ‘no discriminación’), regulaciones específicas en transparencia y procedimientos que limitan la capacidad discriminatoria de los gobiernos (Ulloa, 2006)

El primer acuerdo suscrito por un país latinoamericano que incluyó la contratación pública fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre México, Canadá y Estados Unidos, que se firmó a fines de 1992 y entró en vigor en 1994.

En la actualidad Colombia tiene Acuerdos Comerciales vigentes que incluyen capítulos sobre la Contratación Pública y establece el Trato Nacional para la adquisición pública de bienes y servicios con: La Comunidad Andina -Perú, Ecuador y Bolivia-, Chile, Países AELC- Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia-, Estados Unidos, Salvador, Guatemala y la Unión Europea.

2.2 Estado del Arte

ROJAS LAURA. Acceso a mercados en los acuerdos de compras del sector público. Banco Interamericano de Desarrollo.: En este documento se analiza la forma en que los acuerdos sobre compras gubernamentales incorporan los principios de no-discriminación – Trato Nacional (TN) y Nación Más Favorecida (NMF) –para alcanzar la liberalización del comercio. El objetivo general es explicar de una manera sencilla y práctica la naturaleza y el alcance de las negociaciones de acceso a mercados, así como algunos de sus aspectos metodológicos.

ULLOA ALFIE A. (2006). El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico. Cconsultor de la División de Comercio Internacional e Integración de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL. Santiago De Chile. Este estudio pretende ser una introducción y aportar al debate desde una perspectiva de comercio internacional latinoamericano. Se discuten criterios a considerar para evaluar el impacto de los capítulos de Contratación Pública incluidos en los Acuerdos de Libre Comercio de América Latina con Estados Unidos, la Unión Europea y Japón.

ARAYA A. JUAN. (2006). Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados. consultor de la División de Comercio Internacional e Integración de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL. Santiago de Chile. el presente documento analiza las principales disciplinas contenidas en el Acuerdo Plurilateral de Compras de la OMC (ACP), el impacto de sus disposiciones y como ellas han influido en los países de la región, para, a partir de ese análisis, considerar como han impactado en el diseño de las políticas de compras de gobierno las negociaciones de Acuerdos Comerciales Regionales celebradas por los países de Latinoamérica con países desarrollados miembros del ACP, específicamente, los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón, a fin de extraer las principales conclusiones que se derivan de estos procesos de negociación.

ROZEMBERG R. y GAYÁ R. (2012) La dimensión internacional de la contratación pública. Universidad Nacional de San Martín, en apoyo a la Red Internacional de Compras Gubernamentales. Este documento hace un análisis que permite comprender en mayor medida la dimensión internacional de las compras públicas desde la regulación de esta materia desde las disposiciones y negociaciones en los diferentes ámbitos existentes en el seno de la OMC, con énfasis en los Acuerdos Sobre Contratación Pública (ACP) y los Acuerdos Comerciales

Regionales (ACR) y señala el panorama de la contratación pública desde la dimensión internacional para concluir con los beneficios y desventajas de acoger ACP o ACR.

2.3 Marco conceptual o referencial

Durante el proceso investigativo, nos iremos encontrando con términos que se han ido desarrollando normativa, jurisprudencial o dogmáticamente y que se posicionan en el centro de atención para hablar de la participación de oferentes extranjeros en los procesos de contratación estatal.

2.3.1 Contratación Estatal. Las entidades estatales, tanto a nivel nacional como local, adquieren permanentemente servicios y bienes para el cumplimiento de sus funciones o para el desarrollo de su organización interna, ya que no están en la capacidad de procurárselas por sí mismas, o al menos de forma no eficiente.

Es así como el Estado acude al sector privado, por medio de intervinientes que proveen los bienes y servicios, con objeto de satisfacer necesidades particulares y el logro de los fines impuestos por la Constitución Política, mediante la celebración de un negocio denominado Contrato Estatal.

2.3.2 Contrato Estatal o Público. El contrato en materia general se ha considerado como la principal, y más frecuente, fuente de obligaciones, el código civil colombiano en su artículo 1495 define así el contrato: “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Esto implica la voluntad, o presencia de dos partes, una de las cuales toma la calidad de deudora y la otra de acreedor.

Cuando una de estas dos partes es una entidad estatal, estamos hablando de contratos públicos. El artículo 32 de la ley 80 de 1993, define al contrato estatal como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refieren el presente estatuto”. Roa Fonseca, define al contrato estatal como “el acuerdo de voluntades generador de obligaciones patrimoniales que celebra una entidad pública en ejercicio de sus funciones.”(2014)

Estos contratos estatales deben cumplir no solo con los regímenes normativos internos, si no también, con las respectivas normas internacionales acogidas por Colombia, por medio de Acuerdos Comerciales, que los regulan.

2.3.3 Acuerdos Comerciales. Los Acuerdos Comerciales son tratados internacionales vigentes celebrados por el Estado colombiano, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para los proponentes, bienes y servicios de origen extranjero.

2.3.4 Trato Nacional. La Entidad Estatal debe 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 cuando un Acuerdo Comercial es aplicable a un Proceso de Contratación. (Manual acuerdos Comerciales, Colombia Compra Eficiente)

2.3.5 Trato Nacional por Reciprocidad. La Entidad Estatal también debe conceder el mismo trato que da a los bienes y servicios colombianos a aquellos bienes y servicios de Estados con los cuales, a pesar de no existir un Acuerdo Comercial, el Gobierno Nacional ha certificado reciprocidad. Es decir cuando el Gobierno Nacional con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado, ha certificado que en ese Estado los bienes y servicios colombianos gozan de trato nacional (Colombia Compra Eficiente)

2.3.6 Inversión Extranjera. Se considera inversión extranjera en Colombia la inversión de capital del exterior en el territorio colombiano, incluidas las zonas francas colombianas, por parte de personas no residentes en Colombia (Decreto 2080 de 2000, art. 1)

2.3.7 Persona Extranjera o No Residente .Se consideran como no residentes las personas naturales que no habitan dentro del territorio nacional, y las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que no tengan domicilio dentro del territorio nacional. Tampoco se consideran residentes los extranjeros cuya permanencia en el territorio nacional no exceda de seis meses, continuos o discontinuos, en un período de doce meses (Decreto 1735 de 1993, art. 2).

2.3.8 Oferente Extranjero. Aquella persona extranjera o no residente que, deseosa de participar en un proceso de contratación estatal en Colombia, presenta una oferta pública a la entidad estatal que convocante, cumpliendo con los requisitos solicitados en el pliego de condiciones del respectivo proceso contractual.

2.3.9 Pliego de Condiciones. Acto administrativo unilateral expedido en forma motivada en la etapa pre-contractual, por medio del cual se regula la convocatoria pública para la presentación de las propuestas, se establecen las condiciones a las cuales estas deben sujetarse, el procedimiento de selección del contratista y contenido del contrato, convirtiéndose en el marco jurídico del concurso contractual y del contrato” (Fandiño, pág. 104)

Es decir, el pliego de condiciones es el documento rector que va a dictar la reglas del juego y el tramita dentro del proceso de selección del contratista, y la regulación más importante del futuro contrato. Este debe contener ciertas características: a. Claro, Completo y preciso, b. Debe ofrecer igualdad de oportunidades, c. Objetivo, d. Transparente(Roa Fonseca, 2014, pág. 131).

3. Metodología

El presente trabajo de investigación se desarrolló a partir del enfoque cualitativo y cuantitativo. El primero en lo que atañe al análisis de normas, Acuerdos Internacionales, artículos de Investigación, leyes y documentos relacionados con la participación de oferentes extranjeros en la Contratación Estatal. Se hizo a partir de la revisión descriptiva de los anteriores, con el fin de conocer los aspectos importantes en la participación de proponentes internacionales, tales como la regulación que enmarca en Colombia la participación de oferentes no residentes y los principios que fundamentan a la administración la selección de los mismos.

Desde el enfoque cuantitativo, se procedió a estudiar la aplicación de las normas y los Acuerdos Internacionales en la realidad, estudiando los procesos de Contratación que se adelantaron en el Área Metropolitana de Bucaramanga, la cual comprende los municipios de Bucaramanga, Floridablanca, Girón y Piedecuesta, durante el año 2014 y que implicaran la realización de un Contrato de Obra Pública, ya que la infraestructura es un sector en el que están mayoritariamente interesados en participar personas o empresas extranjeras, debido a su alto costo de inversión.

Este estudio implicó analizar los procesos de contratación adelantados, no solo, por entidades Municipales, sino también de orden Departamental y Nacional, lo cual permitió analizar de manera más amplia la aplicación de los Acuerdos Internacionales en estas entidades dependiendo de su naturaleza. Además, se logra establecer información cuantitativa en cuanto a oferentes regularmente participantes en los procesos de contratación, la variable en la cuantía de estos procesos, el tiempo establecido para presentar la oferta en cada uno de los procesos, entre otros.

En cuanto a la recopilación de la población y muestra, se estudiaron 63 Licitaciones Públicas tomadas del Portal de Contratación Pública- SECOP, pues las entidades están en la obligación de publicar en este sitio web, todos los documentos que hacen parte del proceso. Sin embargo, con el fin de conocer la naturaleza jurídica de todos los oferentes, se hizo necesario solicitar, a las entidades que adelantaron estos procesos, mediante Derecho de Petición información acerca de la nacionalidad todos los oferentes en estos procesos, ya que, en lo referente a la oferta, las entidades públicas están obligadas a publicar únicamente la seleccionada.

Finalmente, se recurre de nuevo al análisis cualitativo en este caso, de los requisitos que se establecen en los Pliegos de Condiciones, con el fin de establecer en el presente trabajo la presencia de limitaciones o beneficios dirigidos específicamente a los oferentes extranjeros.

4. Marco normativo jurisprudencial establecido para la participación de los Oferentes Extranjeros en los procesos de Contratación convocados por el Estado Colombiano

La participación de los oferentes extranjeros en procesos de contratación para la adquisición de bienes y servicios de la administración está regulada internamente desde dos vertientes: la normativa nacional y los acuerdos internacionales acogidos por el Estado que regulan el tema.

Son diversos los factores que se deben estudiar para identificar el marco normativo establecido para la participación de los oferentes extranjeros dentro de los procesos de contratación, desde el apoyo que el Gobierno Colombiano brinda a la inversión extranjera hasta los Acuerdos Comerciales Regionales, todo esto enmarcado en la Constitución y la ley.

El desarrollo de este objetivo se divide en dos capítulos, el primero de ellos tratará sobre la acogida de la normativa internacional, Acuerdos, Tratados e Instituciones de las cuales hace parte Colombia para impulsar la participación extranjera en la economía interna del país en materia de Contratación Estatal con los Acuerdos y Tratados que ha acogido nuestro gobierno.

El segundo capítulo desarrollará lo relativo a la normativa y la jurisprudencia Colombiana establecida para regular la participación de estos oferentes extranjeros en procesos de Contratación Estatal en nuestro país.

4.1 El papel del oferente extranjero en la inversión extranjera

Para entender el porqué de los diversos apoyos que brinda el Gobierno a la inversión extranjera, es necesario situarnos desde un contexto globalizado de la economía, en la cual en países en vía de desarrollo como el nuestro, la inversión extranjera está aún en crecimiento y busca bases jurídicas solidas que la respalden.

No es un descubrimiento de los últimos tiempos atribuirle en gran parte al crecimiento económico de un país la entrada de capital extranjero, dado que este movimiento trae consigo efectos como el aceleramiento y transformación de la economía, es por esto que los gobiernos de países en desarrollo trabajan en la creación y la implementación de políticas encaminadas a mejorar los factores primordiales que influyen en atracción y selección de destino de la inversión extranjera.

La inversión extranjera contribuye al crecimiento del bloque económico general de un país, ya que genera empleo, diversifica los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, mejora la tecnología e incita al avance de la productividad. Además, promueve la competencia entre las empresas, lo cual significa una competencia (sana) en la reducción en los precios de algunos bienes y servicios. Incluso, para los países en vía de desarrollo son considerados una fuente de financiamiento.

Por ejemplo, en nuestro país la Inversión Extranjera pasó de representar el 1,7 al 4,5 por ciento del PIB en 20 años(El Tiempo, 2014), lo que significa que pasó de recibir 1.447 millones de dólares en 1994 a 16.772 millones de dólares en 2013, unas 12 veces más. Las cifras de la Cepal muestran que Colombia es el principal receptor de Inversión Extranjera Directa (IED) de la Comunidad Andina de Naciones, con un monto superior a 3.920 millones de dólares en el 2005, y el cuarto mayor receptor de Suramérica, detrás de Brasil, Argentina y Chile (Universidad del Rosario)

Dentro de Colombia, y a nivel regional, se debe rescatar que según la Financial Times de Abril del 2014, Santander está entre las mejores regiones de Suramérica para invertir, puesto que nuestro departamento se destacó por el potencial económico, el capital humano, la infraestructura

y las facilidades para hacer negocios, entre otros. Gracias a esto el departamento de Santander ocupó el décimo lugar entre 237 regiones suramericanas evaluadas en la categoría de Estados de gran tamaño.

A esto se debe que el gobierno Colombiano se dedique a liberalizar su política económica en busca de establecer un marco normativo favorable para la inversión extranjera, aplicando la flexibilización de los requisitos de ingreso en el mercado y el régimen de propiedad extranjera, sancionando normas de tratamiento más favorables para las empresas extranjeras y mejorando el funcionamiento de los mercados. (Mallampally y Sauvart, 1999)

Ahora bien, la Constitución Política de Colombia permite la inversión extranjera en todos los sectores de la economía, salvo algunas excepciones que veremos más adelante, incluso establece la igualdad en condiciones de los extranjeros frente a los nacionales:

“ARTICULO 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, 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.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas

populares de carácter municipal o distrital.” (Constitución Política Colombiana , 1991)

Como vemos, nuestra Carta Magna habla de una igualdad de trato para los extranjeros con respecto a los derechos civiles de los cuales gozamos los nacionales. Este es un principio fundamental para hablar no solo de inversión, sino también de cualquier tipo de relación que implique la participación económica de una persona extranjera en el país.

La igualdad del trato supone que el capital invertido en Colombia por un extranjero reciba el mismo tratamiento que la inversión de capital de los nacionales residentes. Así lo expone también Proexport al determinar que “no se admite, por lo tanto, la imposición de condiciones o tratamientos discriminatorios o más favorables a los inversionistas extranjeros” (Proexport, 2013, pág. 7)

Pero en particular, ¿Qué se conoce como inversión extranjera?, ¿Qué privilegios da el gobierno para incentivar la inversión extranjera?, y ¿Quiénes son sujeto de estos privilegios?

La legislación Colombiana reguló el tema de la inversión extranjera por medio del decreto 2080 del 2000, el cual se conoce como el “Régimen General de Inversiones de Capital del exterior en Colombia y de Colombia en el exterior”. En este decreto se establecen lineamientos para identificar qué tipo de movimiento hacia el país en capital se puede determinar como tal. El primer artículo del decreto define la inversión extranjera en Colombia al establecer que se consideran como inversiones internacionales las inversiones de capital del exterior en territorio colombiano incluidas las zonas francas colombianas, por parte de personas no residentes en Colombia.

Es decir, el movimiento financiero que haga una persona No Residente⁵ hacia el interior con fines de obtener ingresos, esta cobijado por el Régimen General de Inversiones y, en general, por toda la regulación que el gobierno Colombiano ha legislado con el fin de acrecentar la apertura de la economía, así es como actualmente en Colombia la legislación autoriza la inversión de capital extranjero en los sectores de la economía.

Sin embargo, como el artículo 150 Constitucional lo permite, se crearon ciertas excepciones en actividades de defensa y seguridad nacional y en el procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radioactivas no producidas en el país y algunas restricciones parciales en sectores como telecomunicaciones y transporte aéreo y marítimo.⁶

Este compendio normativo igualmente define cuales son, entre otras, las modalidades de inversión de capital del exterior, en su artículo 5° entre las que menciona: a) la Importación de divisas libremente convertibles para inversiones en moneda nacional; b) Importación de bienes tangibles tales como maquinaria, equipos u otros bienes físicos, aportados al capital de una empresa como importaciones no reembolsables. Igualmente, los bienes internados a zona franca y que se aportan al capital de una empresa localizada en dicha zona; c) Aportes en especie al capital de una empresa consistente en intangibles, tales como contribuciones tecnológicas, marcas y patentes en los términos que dispone el Código de Comercio; entre otras.

Lo anterior nos permite identificar dos modalidades de inversión internacional: en dinero y en especie. La primera de ellas se puede presentar realizando un aporte a la empresa para adquirir

⁵ Se entiende como No Residente para la normativa Colombiana y según el artículo 2 del Decreto 1735 del 1993, como toda persona natural que no habitan en el territorio y con referente a las personas jurídicas, aquellas que no tengan domicilio dentro del territorio Nacional.

⁶ Véase el artículo 6 Decreto 2080 del 2000.

derecho o acciones y la segunda, a través de aportes en bienes tangibles (maquinas, equipos) o intangibles (marcas, tecnologías o patentes). Pero como tal, el decreto 2080 del 2000, divide en dos tipos la inversión de capital en el exterior: la inversión extranjera directa, que reconoceremos de ahora en adelante como EID por sus siglas, y la inversión por portafolio.

En este decreto, en el artículo 3° literal a), define como EID las siguientes actividades:

1. La adquisición de participaciones, acciones, cuotas sociales, aportes representativos del capital de una empresa o bonos obligatoriamente convertibles en acciones;
2. La adquisición de derechos o participaciones en negocios fiduciarios celebrados con sociedades fiduciarias sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objeto no se constituya en lo señalado en el literal b) de este artículo;
3. La adquisición de inmuebles, directamente o mediante la celebración de negocios fiduciarios, o como resultado de un proceso de titularización inmobiliaria de un inmueble o de proyectos de construcción;
4. Los aportes que realice el inversionista mediante actos o contratos, tales como los de colaboración, concesión, servicios de administración, licencia o aquellos que impliquen transferencia de tecnología, cuando ello no represente una participación en una sociedad y las rentas que genere la inversión para su titular dependan de las utilidades de la empresa;
5. Inversiones suplementarias al capital asignado de las sucursales;
6. Inversiones en fondos de capital privado de que trata el Título Catorce del Libro Primero de la Parte Tercera del Decreto 2555 de 2010 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Y en cuanto a la inversión de Portafolio, la define en el literal b) del mismo artículo como aquella realizada en valores inscritos en el registro nacional de valores y emisores, RNVE, las participaciones en carteras colectivas, así como en valores listados en los sistemas de cotización de valores del extranjero.

Con respecto a los beneficios, Colombia se ha comprometido a otorgar ciertos beneficios a los extranjeros que invierten en nuestro país los cuales se ven representados en exenciones tributarias como deducción del 25% del gravamen a los movimientos financieros, independientemente de su relación con la actividad económica del contribuyente. O en ciertos sectores⁷ quedan exentos de renta permanentemente o por cierto lapso de tiempo.

Ahora bien, surge la duda si los Contratos de la Administración Pública adjudicados a privados se pueden considerar como inversión extranjera, o las intenciones de participación de oferentes extranjeros en estos contratos se considerarían inversión extranjera.

Para el desarrollo de la reflexión planteada anteriormente, se debe tener en cuenta que para la ejecución y adjudicación de cierto tipo de contratos, en ocasiones el Estado exige una contrapartida, que se puede evidenciar en el pago de personal especializado, maquinaria o equipos no producidos en el país e incluso transferencia de tecnología, si se adjudica al proponente extranjero.

⁷Turismo: renta exenta hasta por 30 años en proyectos hoteleros nuevos o proyectos de remodelación de hoteles.

Ecoturismo: renta exenta por 20 años empezando en el 2003. Cultivos de tardío rendimiento: exención de renta en nuevos cultivos sembrados entre 2003 y 2013, de palma de aceite, caucho, cacao, cítricos, y demás frutales de tardío rendimiento que tengan vocación exportadora. Forestal: exención permanente para inversiones en nuevas plantaciones forestales, aserríos y en plantaciones de árboles maderables. Editorial: las empresas editoriales dedicadas a la edición de libros, revistas, folletos o coleccionables seriados de carácter científico o cultural están exentas hasta el 2013.

En dado caso que se hiciere efectivas dichas exigencias para la ejecución del contrato, se puede considerar como inversión extranjera, o también si se realizan proyectos de infraestructura financiados por inversión del sector privado, y este cuenta con participación de oferentes No-residentes, se podrían considerar como inversionistas extranjeros.

Lo cual significa que, únicamente si para la ejecución del contrato se necesita una inversión de capital, representada en dinero, o bienes inmuebles, del exterior en territorio Colombiano por parte de personas No- residentes, éstos podrían ser acreedores de los beneficios que el Estado otorga con el fin de promover la apertura económica.

4.2 Acuerdos y tratados acogidos por Colombia para la apertura del mercado económico en materia de Contratación Estatal.

La tendencia mundial a la apertura comercial trae consigo la negociación de acuerdos comerciales entre países y regiones del mundo, dentro de los cuales uno de los puntos a desarrollar más críticos es el tema de la Contratación Pública, pues la fuerza de demanda y oferta de estos procesos abre oportunidades al comercio internacional.

Esta apertura de las compras públicas al comercio internacional tiene como fundamento promover la práctica no discriminatoria, ya que la competencia de los oferentes extranjeros amplía las opciones de selección de ofertas, presiona los precios a la baja y, por consiguiente, incrementa la eficiencia económica, evitando así que el dinero de los contribuyentes sea gastado de forma elevada al no limitar la selección de las ofertas que incrementan los precios.

Los principales objetivos que persiguen los Estados al acoger estos Acuerdos y Tratados son: abrir oportunidades de negocio para sus proveedores de bienes y servicios en las compras públicas,

exponer la contratación pública a una mayor competencia y un mayor escrutinio internacional, incorporar principios como los de No Discriminación, Trato Nacional y Nación más Favorecida, para alcanzar la liberalización del comercio y establecer disposiciones que obliguen a las partes del acuerdo a aplicar dichos principios en el marco legal y las prácticas que siguen las entidades públicas para sus compras(Rojas Sanchez, 2003).

Las negociaciones de estos Acuerdos son reflejo de los esfuerzos del Gobierno para cumplir principios constitucionales que impulsen la apertura económica y apoye la inversión extranjera en el país, es por esto que al ser acogidos adquieren un rango supralegal, significa esto que están en un nivel superior a las leyes nacionales dentro de la jerarquía normativa.

Es decir, los acuerdos son de obligatorio cumplimiento pues al ser negociados y suscritos por el Gobierno Nacional, se incorporan a la normativa Colombiana por medio de una ley de la República, pero mantienen la superioridad a las demás leyes que rijan en la materia. De tal manera que lo acordado en los Tratados Internacionales debe prevalecer sobre lo regulado por las leyes nacionales, en caso contrario la ley nacional debe ser modificada, o en su defecto expedir otra que sea acorde al acuerdo y derogue la anterior.

En lo relativo a la definición de estos Acuerdo, Colombia Compra en su Manual para el Manejo de Acuerdos Comerciales En Procesos De Contratación, introduce que estos “son Tratados Internacionales vigentes celebrados por el Estado Colombiano, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de Trato Nacional para los proponentes, bienes y servicios de origen extranjero.” Es función de la entidad Estatal que quiera contratar un bien o servicio, realizar un estudio de los acuerdos

comerciales que el Estado Colombiano ha acogido para determinar si se aplican principios como el del Trato Nacional.

La importancia de acoger estos Acuerdos recae sobre la necesidad de establecer límites y verificar los alcances de la apertura económica al mercado global y la protección del mercado Nacional, ya que se debe partir desde un contexto general de la Contratación Pública con dos caras, en el cual por un lado los Gobiernos utilizan el mercado de Compras Públicas de bienes y servicios para promover la producción y el empleo de la región y favorecer distintos actores Nacionales, por lo tanto se restringe de alguna u otra manera la participación de proveedores extranjeros. Pero por el contrario, a favor de la apertura del mercado a los extranjeros se crean políticas que impulsen la competencia y el trato no discriminatorio pues contribuye a optimizar el uso de los recursos públicos.

Existen consideraciones que discriminan los proveedores de bienes y servicios extranjeros para promover la industria nacional, la tecnología local y la económica regional, “según estimaciones de la OECD hay un margen de preferencia para los productores y la producción nacional entre un 13% y 50%”(Rojas Sanchez, 2003), los que se presenta como barreras para el comercio internacional de bienes y servicios. En específico existen prohibiciones para contratar con extranjeros en el tema de defensa, por considerarse sensible para la seguridad nacional.

En consecuencia, algunas entidades toman medidas que van en contra de los esfuerzos del Gobierno por establecer principios que conllevan a la igualdad en los procesos de contratación, éstas generan un trato discriminatorio a las oportunidades de participación de los No residentes en Colombia y principalmente se reflejan en:

1. Medidas de preferencia a las ofertas nacionales, beneficios en favor de la industria nacional

2. Incentivos de puntajes en porcentaje total de las propuestas técnicas y económicas al puntaje final de calificación de propuestas que servirá para efectuar la comparación de las mismas y elaborar la recomendación para la adjudicación
3. En algunas licitaciones, incluso se niega la participación a oferentes extranjeros si se limitan a las adquisiciones de bienes y suministros producidos por empresas que tengan planta industrial instalada en el país.
4. La divulgación de los procesos de contratación en medios nacionales o locales, o la obligación de inscripción en registros o bases de datos de proponentes.
5. Obligación a los oferentes extranjeros de asociarse con empresas nacionales.
6. Exigencias diferentes a proveedores extranjeros al momento del registro, la pre-calificación, la solicitud de especificaciones técnicas, entre otras.

4.2.1 Acuerdo Plurilateral Sobre Contratación Pública (ACP) – Acuerdos Comerciales Regionales (ACR). Dentro de la órbita de la OMC, tanto el GATT como el AGSC, excluyen al Trato Nacional como obligación para la contratación pública. Sin embargo, más adelante este tema se abordó en el sistema multilateral del comercio a través del Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) y los Acuerdos Comerciales Regionales (ACR).

El ACP es el primer acuerdo plurilateral⁸ dentro del cual se negociaban las condiciones que regirían a las compras públicas en una dimensión Internacional. Éste entró en vigor en enero de

⁸Al mencionarse los términos Plurilateral y Multilateral en relación a la acogida de Acuerdos, se refiere en tanto que Multilateral es el hecho de que las negociaciones están al alcance de todos los miembros de la OMC. Entanto que la participación Plurilateral limita la misma sólo a los países miembros que se adhieren.

1996, empero su revisión conllevó a un nuevo documento del ACP, el cual fue aprobado a finales de 2006. Sin embargo, según la OMC, desde que en 1996 entró en vigencia el primer documento se contribuyó a que la contratación abierta a la competencia internacional se multiplicara por diez (Rozemberg & Gayá, 2012)

El objetivo principal de este Acuerdo “es asegurar un cumplimiento justo, pronto y efectivo de las disposiciones internacionales en materia de compras y mantener el equilibrio de derechos y obligaciones al nivel más alto posible”.(Araya Allende, 2006)A esto se debe que las disposiciones más relevantes estén dirigidas a la aplicación del Trato Nacional, la No-discriminación a los proveedores de las partes en el acuerdo y la transparencia de la información.

Este acuerdo trae la posibilidad de que el proveedor recurra directamente en contra de las entidades Estatales para impugnar supuestas violaciones a lo pactado en el acuerdo durante el procedimiento de selección. El Artículo XX establece que cuando un proveedor presenta un reclamo- público y por escrito- basado en una infracción del Acuerdo en el contexto de un contrato específico, la Parte interesada intentara resolver éste mediante consultas entre el proveedor y la entidad contratante, quien tiene la obligación de examinarla de forma imparcial y oportuna.

Sin embargo, a pesar de todo el avance que le rescata la OMC en la apertura al mercado internacional en Compras Públicas, existen diversas críticas a este Acuerdo como la persistencia de medidas discriminatorias a extranjeros reflejadas en prohibiciones expresas de participar en procesos. Además, se hace menester mencionar que este acuerdo abarca a 40 miembros de la OMC, que en su mayoría son países desarrollados, en efecto ningún país latinoamericano hace parte de este acuerdo, Colombia por su parte participa en calidad de observador.

Esto se debe a que, a pesar de los beneficios en la eficiencia y transparencia de la contratación y la mejora en el acceso a los mercados internacionales para los oferentes nacionales, entrar en este acuerdo implica un alto costo de implementación y una fuerte pérdida para los proveedores nacionales que no están preparados para afrontar la competencia extranjera, por lo que estos acuerdos limitan la participación de empresas de menos tamaño. Al respecto Araya Allende añade:

“El resultado final del ACP ha sido criticado y en definitiva ha dificultado el acceso de países más pequeños y con menor desarrollo, los que enfrentan dificultades anexas al evaluar su incorporación, fruto de la complejidad y la forma en que se adquieren los compromisos bajo el Acuerdo. Una primera dificultad para estos países surge de la no aplicación de la cláusula de nación más favorecida, privándolos de una de las grandes ventajas que otorga el sistema multilateral de comercio. Bajo el ACP, las coberturas son negociadas bilateralmente, lo que representa una desventaja natural para países pequeños, quienes afrontan mayor presión relativa al negociar un balance de las concesiones.”(ArayaAllende, 2006)

Es por esto que muchos Gobiernos deciden realizar Acuerdos Comerciales Regionales (ACR), los cuales consisten en negociar sobre los mismos fundamentos del ACP, pero contienen menos obligaciones normativas, pues cada país negocia con sus propias reglas, según su propio desarrollo económico e introducen condiciones más accesibles, como el umbral de participación más bajo que incrementa las posibilidades de acceso para las empresas de las economías emergentes.

A partir de los años 90, la Contratación Pública comenzó a incluirse en diversos ACR. El primero de ellos que se suscribió por un país Latinoamericano fue el Tratado de Libre Comercio

de América del Norte (TLCAN), entre México, Canadá y Estados Unidos, el cual se firmó a finales de 1992 y entró en vigor en 1994.

A continuación, se mostraran los Acuerdos Comerciales Regionales acogidos en Latinoamérica⁹ y que negocian aspectos de las Compras Públicas:¹⁰

⁹<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/12310.pdf>

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que el cuadro fue resultado de una investigación publicada en el año 2012.

Tabla 1.

Acuerdos En América Latina

Países/Bloques ¹¹	Chile	Colombia	Costa Rica	El salvador	Guatemala	Honduras	México	Nicaragua	Panamá	Perú	R. Dominicana
			1999-								
		2006 /	2001 /	1999-			1998 /				
Chile		2009	2002	2002		1999 / 2008	2008				
	2006 /			22007 /			2007 /				
Colombia	2009			2010	2007 / 2009	2007 / 2010	2010				
	1999-								2002-		
	2001 /			2004 /				2004 /	2007 /		
Costa Rica	2002			2009	2004 / 2009	2004 / 2009		2009	2008		1998 / 2002
	1999 /	2007 /	2004-					2004 /	2002 /		
El salvador	2002	2010	2009		2004 / 2006	2004 / 2006		2006	2003		1998 / 2001

¹¹En los casos donde el acuerdo se firmó o entró en vigor en distintos momentos según los países, se indica el rango de años entre los cuales tuvo lugar la firma o entrada en vigor.

Países/Bloques ¹¹	Chile	Colombia	Costa Rica	El Salvador	Guatemala	Honduras	México	Nicaragua	Panamá	Perú	R. Dominicana
R. Dominicana			1998 / 2002	1998 / 201		1998 / 2001	1998 / 2002				
AELC						2000 / 2001					
Canadá	2003 / 2004	2009 / 2010				1992 / 1994			2008 / 2009		
Estados Unidos	2003 / 2004		2004 / 2009	2004 / 2004			1992 / 1994	2004 / 2006		2006 / 2009	
Unión Europea	2002 / 2003						1997 / 2000				2004 / 2007

Tomado de: La Dimensión Internacional de la Contratación Pública. Ricardo Rozemberg y Rominá Gaya. 2012

Como se observa en el cuadro, en América Latina se han acogido numerosos ACR que incluyen disposiciones sobre la Contratación Pública. Países como Chile y México han sido pioneros al acoger estos Acuerdos con países de la región y del resto del mundo, entre los cuales se encuentran Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea.

Diversos objetivos son los buscados al negociar estos Acuerdos por los gobiernos, tales como proporcionar Trato Nacional a los proveedores, unificar información en un solo punto para equiparar las condiciones en materia de tiempos para la participación y la búsqueda de información tanto de proveedores nacionales como extranjeros. Además se establece que la vía para la realización de las compras de bienes y servicios es la Licitación Pública, se determinan los procedimientos a seguir y los compromisos relativos a la valoración de los contratos.

Ahora bien, aunque estos ACR se han acogido con los fines mencionados anteriormente que benefician particularmente a las empresas o proveedores relativamente pequeños que no podrían competir con grandes empresas extranjeras de países ya desarrollados, la participación de las MyPimes en mercados Internacionales de Contratación Pública, sigue siendo un reto para los Gobiernos en desarrollo, ya que es limitado por:

- a) Requisitos que pueden parecer sumamente complicados para las Pymes y significan un desgaste no solo financieramente sino también en el factor tiempo.
- b) Muchas veces los umbrales mínimos establecidos son demasiados elevados y reducen las posibilidades de participación a empresas de menor tamaño relativo.
- c) Algunos Gobiernos, limitan las participaciones pues no sería eficiente ni conveniente que participara algún proveedor extranjero, cuando, según el autor, quienes deberían decidir si

involucrarse en el proceso de selección son los mismos oferentes. (Rozemberg & Gayá, 2012)

4.2.2 Acuerdos vigentes en Colombia

4.2.2.1 República de Chile. Por medio de la ley 1189 de 2008, se prueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile - Protocolo adicional al Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado Entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993”, suscrito en Santiago, Chile, el 27 de noviembre de 2006.

Este tratado se encuentra fundamentado en los principios del Trato Nacional y la No discriminación, ratificando que las partes otorgaran un trato no menos favorable que el trato más favorable que la parte otorgue a sus propias mercancías, servicios y proveedores. Además, especifica lo que las partes no podrán hacer en ocasión de discriminar a un oferente con nacionalidad de la otra parte que acogió el acuerdo, también prohíbe la consideración o inclusión de condiciones compensatorias especiales dentro de cualquier etapa del proceso de la Contratación Pública:

Tratar a un proveedor establecido localmente de manera menos favorable que a otro proveedor establecido localmente, en razón de su grado de afiliación o propiedad extranjera

Discriminar en contra de un proveedor establecido localmente sobre la base de que las mercancías o los servicios ofrecidos por dicho proveedor para una contratación pública particular, son mercancías o servicios de la otra Parte.

En lo relativo a la publicación de la información, este acuerdo establece que cada parte publicará sin demora las medidas de regulación que haya sido necesarias adoptar para cumplir con el acuerdo, y las modificaciones que ello acarree. Incluye también el acuerdo, la obligación de publicar un aviso de convocatoria de contrataciones futuras, invitando a los interesados a presentar ofertas para dicha contratación, proporcionando a los interesados toda la información necesaria que les permita preparar y presentar ofertas adecuadas.

En todo caso las partes realizarán los mayores esfuerzos para publicar sus avisos sobre contrataciones futuras en una publicación electrónica que tenga un punto único de ingreso para la totalidad del gobierno y que sea accesible por medio de internet.

Las especificaciones técnicas que la entidad adopte y exija deben estar basadas en normas internacionales si estas son aplicables, o reglamentos técnicos nacionales.

De igual manera, establece la prohibición a las entidades de imponer condiciones a los oferentes, como la celebración con anterioridad de un contrato con alguna entidad pública de la parte contratante o que el oferente tenga experiencia previa en el territorio de esta misma parte.

Al realizarse la adjudicación, la entidad deberá publicar sin demora, al menos, el nombre de la entidad, la descripción de los bienes o servicios contratados, la fecha de la adjudicación, el nombre del proveedor ganador y el valor del contrato adjudicado y, si uno de los oferentes lo requiere, deberá justificar las razones para no seleccionar su oferta y las ventajas relativas de la oferta que la entidad haya seleccionado.

En todo caso ninguna disposición se interpretará en el sentido de impedir a una parte adoptar o mantener las medidas: (a) necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos; (b)

necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal; (c) necesarias para proteger la propiedad intelectual; o (d) relacionadas con las mercancías o servicios de personas minusválidas, de instituciones de beneficencia o del trabajo penitenciario.

4.2.2.2 Estados Unidos Mexicanos. “Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, Colombia y Venezuela”, suscrito el 13 de junio de 1994, mediante la ley 172 de este mismo año, entró a regir desde 1 de enero de 1995. Conviene destacar que el día 22 de mayo de 2006, este Tratado fue denunciado por la República de Venezuela, y, por lo tanto, cesaron los efectos del mismo para el mencionado Estado el día 19 de noviembre de 2006. No obstante el Tratado continua vigente para los Estados de Colombia y México.

Respecto al Trato Nacional para Compras del Sector Publico, este acuerdo introduce en el artículo 15-04 que cada parte otorgará a los bienes de otra Parte, a los proveedores de esos bienes y a los proveedores de servicios de otra Parte, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado: a) a sus propios bienes, y proveedores; y b) a los bienes y proveedores de otra Parte.

A pesar de esto, este acuerdo otorga la capacidad de denegar beneficios concedidos en las negociaciones, si el oferente de la otra parte que va a prestar el servicio es una empresa que no realiza actividades de negocios importantes en cualquiera de las dos partes y es de propiedad o manejada por personas de un país que no es parte del presente tratado.

Incluye igualmente, la prohibición de imponer condiciones compensatorias especiales durante la selección de contratista, tales como las medidas o requisitos que fomenten el desarrollo local, requisitos de contenido local, concesión de licencias para el uso de tecnología, inversiones, comercio compensatorio o requisitos análogos, y se introduce los mecanismos de solución de controversias negociados en el mismo texto en caso de darse alguna forma de discriminación.

En cuanto a la calificación, añade que debe ser congruente con las condiciones para participar en los procedimientos de licitación solicitada, a la capacidad financiera, comercial y técnica, la cual se toma global, es decir, incluye la ejercida en territorio de la parte del proveedor, como su actividad en territorio de la parte compradora.

Las entidades deberán mantener una lista permanente de proveedores, los cuales se postularan de acuerdo a la invitación de convocatoria que hace la entidad especificando todos los datos del proceso. Ésta invitación debe ser publicada con 40 días de antelación al plazo máximo para presentación de la oferta, pero si es la segunda vez que se publica, este término se puede reducir a 25 días.

Este acuerdo incluye procedimientos de impugnación y solución de controversias con el fin de promover procedimientos de compra justa, abiertos e imparciales, dentro de los cuales incluye los mecanismos de solución de controversias negociados en el mismo acuerdo en el capítulo XIX, y además, establece que cualquier Parte consultante podrá solicitar por escrito la constitución de un tribunal arbitral siempre que un asunto no sea resuelto dentro de un plazo de treinta días, siempre y cuando se cumplan los plazos específicos para la conformación de este Tribunal que allí menciona.

4.2.2.3 República de El Salvador, República de Guatemala y República de Honduras.

Mediante ley 1241 de 2008 se acoge el “Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras”, el cual introduce en el Capítulo 11 lo relativo a la Contratación Pública. Estas disposiciones se aplicaran a las medidas relacionadas con las contrataciones de mercancías y servicios que se adquieran a través de cualquier medio contractual.

En cuanto al Trato Nacional, el capítulo establece que cada parte concederá a las mercancías y/o servicios de a otra parte, un trato no menos favorable que el que conceda a sus propias mercancías, servicios y proveedores. Agrega la prohibición de preferir a un local respecto de otro local por estar asociado con un extranjero.

Igualmente, contiene la prohibición de incluir condiciones compensatorias especiales que fomenten el desarrollo local. Pero si existieren dichas disposiciones en las legislaciones nacionales que establezcan criterios de calificación que contemplen requisitos de valor agregado nacional, los mismos requisitos le serán exigidos a las mercancías o servicios de la otra parte.

4.2.2.4 Asociación Europea de Libre Comercio (Confederación Suiza, Reino De Noruega, Principado De Liechtenstein y República De Islandia). El Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC, fue suscrito en Ginebra, Confederación Suiza, el día 25 de noviembre de 2008. Entró en vigor únicamente para Colombia el Principado de Liechtenstein y Suiza desde el 1° de julio de 2011, no ha entrado en Vigor para Noruega y la República de Islandia, debido a que estos gobiernos no han adelantado el estudio del mismo. Dentro del Capítulo 7 se regula lo relacionado con la Contratación Pública.

Este tratado se aplica a cualquier medida adoptada por una Parte relativa a la contratación pública cubierta, mediante cualquier instrumento contractual, incluidos la compra, el alquiler o arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra que cumpla con el umbral correspondiente. Para calcular este umbral la entidad estatal no podrá fraccionar una contratación en contrataciones separadas, ni utilizará medidas para calcular un valor de la contratación menos, con intenciones de evadir la aplicación de este Capítulo. Y si se da el caso que el valor estimado

de la Contratación durante toda su duración es desconocido todo el proceso de Contratación estará cubierto por este Acuerdo.

Respecto al principio del Trato Nacional, el Acuerdo establece que Cada parte y sus entidades contratantes, concederá de forma inmediata e incondicional, sobre cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de otra Parte que ofrezcan tales mercancías o servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado por tal Parte a sus propias mercancías, servicios y proveedores

4.2.2.5 Canadá. El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá fue incorporado a la legislación interna colombiana por la Corte Constitucional el 24 de julio de 2010 mediante sentencia C-608/10 al encontrar acorde al ordenamiento constitucional del país a este Acuerdo, así como la Ley 1363 de 2009, aprobatoria del mismo. De igual manera el acuerdo fue aprobado en consenso por el parlamento canadiense el 21 de junio de 2010, y posteriormente firmado por la gobernadora general de este país. El acuerdo entró en vigor el 15 de agosto de 2011.

En lo relativo al trato Nacional, las partes acordaron que en compras públicas le otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías, servicios y proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el trato más favorable que el otorgado a sus propias mercancías, servicios y proveedores.

Además, las partes establecen la licitación pública como el procedimiento que se utilizara en todos los casos que se le de aplicación a este acuerdo, excepto cuando se practiquen Licitaciones Selectiva y se permita realizar la Contratación Directa, la cual solo es permitida siempre y cuando

la entidad contratante no utilice esta disposición para impedir la competencia entre proveedores, proteger a proveedores nacionales, o discriminar contra los proveedores de la otra Parte.

Igualmente, el acuerdo destaca la utilización de herramientas electrónicas para la divulgación de la información y para la publicación del aviso de convocatoria, el cual debe realizarse en un tiempo no menor a 5 días anteriores a la fecha límite de presentación de la oferta, esto solo si toda la información relativa a la licitación se ponen a disposición por medios electrónicos y si aceptare las oferta por medios electrónicos, de lo contrarios los días plazo para el recibimiento de ofertas ascienda a cuarenta (40).

Finamente, incluye el Acuerdo unos procedimientos Nacionales de revisión dentro del cual inserta la posibilidad de impugnación por parte de un proveedor sobre una actuación hecha por la entidad en cualquier etapa de la Contratación, las cuales serán recibidas y revisadas por una autoridad administrativa o judicial imparcial, la cual debe contar con procedimientos escritos que estén disponibles al público y sean oportunos, efectivos, transparentes y no discriminatorios.

4.2.2.6 Estados Unidos de América. El Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus Cartas Adjuntas y sus Entendimientos, se suscribió en Washington, el 22 de noviembre de 2006 y entró en vigencia el día 15 de mayo de 2012. En el Capítulo 9 se incluyen todas las regulaciones relacionadas con la Contratación Pública y el trato nacional.

Este acuerdo tiene regulaciones y estructura muy similar al acuerdo realizado con Canadá, incluye la cobertura del acuerdo y las excepciones a esta, para calcular el umbral de contratación prohíbe el fraccionamiento del proyecto en contratos diferentes con fines de excluirlo en la aplicación de este acuerdo, por el contrario se incluirá el cálculo del valor total máximo de la

contratación pública a lo largo de toda su duración, independientemente de que se adjudique a uno o varios proveedores, teniendo en cuenta todas las formas de remuneración.

Los principios generales que rigen el acuerdo son Trato Nacional y No discriminación, los cuales se aplican respecto de cualquier medida relativa a las contrataciones públicas cubiertas por este Capítulo, cuando una Parte no da a un proveedor establecido localmente un trato menos favorable que a otro proveedor establecido localmente en razón de su grado de afiliación o propiedad extranjera y cuando no discrimina en contra de un proveedor establecido en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública son mercancías o servicios de la otra Parte.

Igualmente, el acuerdo acoge medidas como la Publicación de aviso de Contratación futura que se debe hacer mínimo 40 días antes de la fecha límite para entrega de propuestas, a menos que se publique y se dispongan de todos los documentos de la Licitación por medios electrónicos, en este caso el plazo será de 10 días. Las especificaciones técnicas deben realizarse con estándares internacionales, salvo que la utilización de un estándar internacional no satisfaga los requerimientos del programa de la entidad o imponga una carga mayor que el empleo de un estándar nacional reconocido.

Respecto de las condiciones para la participación de los oferentes en un proceso de contratación que acoja este tratado especifica que se deben limitar los requerimientos a aquellos que sea esenciales para garantizar la capacidad jurídica, comercial, técnica y financiera, incluyendo aquella experiencia que haya reunido el oferente en su propio territorio, incluso en el territorio del ente contratante. Pero por el contrario, la entidad no puede imponer una condición de participación que solicite al oferente extranjero experiencia por adjudicación de un contrato en el territorio de la

Parte Contratante. Es decir, debe tener en cuenta la experiencia, si la tuviere, pero no tiene permitido, según este acuerdo, solicitarla como Condición.

4.2.2.7 Unión Europea¹².El Acuerdo comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, se suscribió en Bruselas Bélgica el 26 de junio de 2012, entró en aplicación provisional desde día 1º de agosto de 2013. Se debe tener en cuenta que las disposiciones del mismo no son aplicables a las relaciones comerciales y económicas entre la República de Colombia y la República del Perú, según el artículo 7º del mismo. La Contratación Pública y el trato nacional, se encuentran regulado en el Título VI.

En este Acuerdo se incorpora el listado de entidades y organismos públicos contratantes como las Entidades a nivel central, Entidades a nivel subcentral y entes regionales. Además este acuerdo aplica también para las Entidades contratantes que sean organismos de derecho público, como los bancos centrales o las empresas públicas de electricidad.

Además, prevé los ámbitos de exclusión del Acuerdo, como la adquisición o arrendamiento de tierras, los servicios de agencias fiscales o de depósito, o los contratos de empleo público. También se ocupa de los principios generales del procedimiento de contratación pública: ejecución de la contratación pública, procedimientos de licitación, uso de medios electrónicos, reglas de origen, compensaciones, entre otros.(Ministerio de Industria y Comercio)

¹²Los Estados miembros de la Unión Europea son: el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, la República de Croacia, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda Del Norte

4.2.2.8 Decisión 439 De 1998 de la Secretaría de la Comunidad Andina De Naciones – CAN¹³. Esta decisión incluyó en el Artículo 4 el principio del Trato nacional entre los países miembros en la adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de las Partes, con la única excepción de la prestación de servicios en transporte aéreo.

4.2.3 Aplicación de estos acuerdos. Para verificar los acuerdos que debe aplicar una Entidad Estatal en cada proceso para Contratar bienes y servicios, y no discriminar la participación de oferentes extranjeros en los mismos, se deben tener en cuenta tres aspectos principales: el primero de ellos es si la entidad está acogida por el acuerdo, el segundo es si el valor proyectado total del contrato es igual o supera el umbral que establece el acuerdo para su aplicación, y el tercero es determinar si hay excepción aplicable al proceso de contratación, es decir, las entidades desde la etapa de planeación deberán realizar este análisis de estos tres filtros para determinar si el Acuerdo es aplicable a cada proceso determinado.

4.2.3.1 Entidades Estatales Obligadas. En este aspecto, los Estados generalmente clasifican a las entidades estatales según su organización territorial, de orden Nacional, Departamental o Municipal, para determinar cuáles están obligadas y cuáles no.

Tabla 2.

Entidades Obligadas a la Aplicar los Acuerdos a Nivel Municipal

Entidad Estatal	Acuerdo
Alcaldías	Chile
	Guatemala

¹³ Los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) son: Ecuador, Bolivia, Perú y Colombia.

Entidad Estatal	Acuerdo
	los Estados AELC
	Unión Europea
	Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN
Entidades Descentralizadas	Chile
	Guatemala
	Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN
Contralorías Personerías	Chile
	Guatemala
	Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN.
Universidades	Chile
	Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN.
Tomado de: Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, Colombia Compra	

Tabla 3.

Entidades Obligadas a la Aplicar los Acuerdos a Nivel Departamental:

Entidad Estatal	Acuerdo
Gobernaciones	Estados Unidos
	Chile
	El Salvador
	Guatemala,

Entidad Estatal		Acuerdo
		los Estados AELC
		la Unión Europea
		Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN.
Entidades Estatales		Chile
Descentralizadas		El Salvador
		Guatemala
		Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN.
Contralorías – Personerías		Chile
		Guatemala
		El salvador
		Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN.
Universidades		Chile
		Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN.
Tomado de: Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación,		
Colombia Compra		

Por su parte, en el nivel Nacional, casi todas las Entidades Estatales están obligadas por los Acuerdos Comerciales, a continuación veremos un cuadro en el cual Colombia Compra ha dispuesto, según los Acuerdos con cada país, las entidades de orden Nacional que están obligadas y las entidades especiales obligadas:

Tabla 4.

Entidades Obligadas a la Aplicar los Acuerdos a Nivel Nacional

Entidades Estatales del Nivel Nacional cubiertas por los Acuerdos Comerciales

Rama Ejecutiva- Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos.

Canadá **Rama Legislativa** - Senado de la República y Cámara de Representantes.

Chile

Estados Unidos **Rama Judicial** - Consejo Superior de la Judicatura y Fiscalía General de la Nación

Estados AELC

Unión Europea **Organismos de Control y autónomos** - Contraloría General de la República, Auditoría General de la República, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Registraduría Nacional del Estado Civil.

El Salvador Exceptuadas las Entidades Estatales: a) con régimen de contratación especial (distinto a la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007), y b) Pertenecientes a las ramas legislativa y judicial.

Guatemala Exceptuadas las Entidades Estatales con régimen de contratación especiales (distinto a la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007). Sin embargo, las Entidades Estatales de carácter industrial o comercial están cubiertas por el Acuerdo Comercial suscrito con Guatemala cuando el valor del Proceso de Contratación supere los \$457'683.000 y el objeto contractual no esté relacionado con sus actividades industriales y comerciales.

Honduras Ministerios, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas adscritas a estos.

México

Rama Ejecutiva - Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos.

Organismos de Control - Contraloría General de la República

Universidades- Colegio mayor de Cundinamarca, Universidad Nacional Abierta y a Distancia- UNAD-, Universidad de Caldas, Universidad del Cauca, Universidad de Córdoba, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Pedagógica Nacional -UPN-, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia-UPTC-, Universidad Popular del Cesar, Universidad de Surcolombiana, Universidad Tecnológica del Chocó, Universidad de los Llanos, Universidad Tecnológica de Pereira-UTP-, Universidad de la Amazonía, Universidad del Pacífico y Universidad Militar Nueva Granada.

Organismos autónomos- corporaciones autónomas regionales.

Tomado de: Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, Colombia Compra

Tabla 5.

Entidades Especiales Obligadas a la Aplicar los Acuerdos a Nivel Municipal

EntidadesEstatalesEspeciales	
Canadá Chile	Agencia Logística de las Fuerzas Militares; Fondo Rotatorio de la
Estados AELC	Policía Nacional; Fondo Rotatorio del Departamento
	Administrativo de Seguridad; Instituto de Casas Fiscales del

Unión	Ejército; Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–;
Europea	Instituto Colombiano del Deporte –Coldeportes–; Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología Francisco José de Caldas –Colciencias–; Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –ICFES–; Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–; y Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–.
Estados Unidos	Agencia Logística de las Fuerzas Militares; Fondo Rotatorio de la Policía Nacional; Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad; Instituto de Casas Fiscales del Ejército; Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–; Instituto Colombiano del Deporte –Coldeportes–; Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología Francisco José de Caldas –Colciencias–; Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –ICFES–; Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–; Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–; Administración Postal Nacional –ADPOSTAL–; Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM–; Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL–; Empresa Territorial para la Salud –ETESA–; Imprenta Nacional de Colombia; Industria Militar –INDUMIL–; Instituto de Seguros Sociales –ISS–; Radio

	Televisión Nacional de Colombia –RTVC–; y Servicio Aéreo a Territorios Nacionales –SATENA–.
	Administración Postal Nacional –ADPOSTAL–; Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM–; Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL–; Instituto de Seguros Sociales –ISS–; Radio Televisión Nacional de Colombia –RTVC–; Servicio Aéreo a Territorios Nacionales –SATENA–; Hotel San Diego S.A.;
México	Corporación de la Industria Aeronáutica –CIAC–; Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía; Almagrario S.A.; Empresa Colombiana de Productos Veterinarios –VECOL–; Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica –CORELCA S.A. ESP–; Ecopetrol S.A.; Interconexión Eléctrica ISA ESP; Artesanías de Colombia; y Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo –FONADE–.

Tomado de: Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación,
Colombia Compra

4.2.3.2 Valores a partir de los cuales los acuerdos son aplicados:¹⁴

Tabla 6.

Valores a partir de los cuales los acuerdos son aplicados

Acuerdo		Municipal	Departamental	Nacional	
				Entidades generales	Entidades Especiales
Chile	Bienes y Servicios	560'480.000	560'480.000	145'556.000	616'448.000
	Servicios de Construcción	14.010'191.000	14.010'191.000	14.010'191.000	14.010'191.000
México	Bienes y Servicios	N/A	N/A	149'847.000	\$749'240.000
	Servicios de Construcción			19.480'239.000	23.975'680.000
Guatemala	Bienes y Servicios	No incluye valores			
	Servicios de Construcción				
Salvador	Bienes y Servicios	N/A			

¹⁴ Valores dados en pesos Colombianos. Los valores para los Acuerdos Comerciales con Canadá, Chile, Estados Unidos, los Estados AELC y la Unión Europea están vigentes hasta el 31 de diciembre de 2015. El valor en pesos colombianos para el Acuerdo Comercial con México está vigente hasta el 31 de diciembre de 2016. Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación. Colombia Compra.

Acuerdo		Municipal	Departamental	Nacional	
				Entidades generales	Entidades Especiales
	Servicios de Construcción		No incluye valores		
Honduras	Bienes y Servicios	N/A	N/A		
	Servicios de Construcción		No incluye valores		
Estados	Bienes y Servicios	560'408.000	560'408.000	364'265.000	616'558.000
AELC	Servicios de Construcción	14.010'191.000	14.010'191.000	14.010'191.000	14.010'191.000
Canadá	Bienes y Servicios	N/A	N/A	145'556.000	714'000.000
	Servicios de Construcción			14.010'191.000	14.396'882.000
USA	Bienes y Servicios	N/A	1.021'549.000	145'556.000	457'683.000
	Servicios de Construcción		14.645'862.000	14.645'862.000	14.645'862.000
Unión	Bienes y Servicios	560'408.000	560'408.000	364'265.000	560'408.000
Europea	Servicios de Construcción	14.010'191.000	14.010'191.000	14.010'191.000	14.010'191.000
CAN	Bienes y Servicios	No incluye valores			
	Servicios de Construcción				

Tomado de: Creación propia

Cabe mencionar que cuando un Acuerdo “no incluye valores”, es porque son aplicables todos los procesos de contratación que se inicien, sin importar el valor estimado de éste. Es decir, en Colombia, a todos los procesos de Contratación que inicien las entidades obligadas, según el literal a) de este punto, se les debe aplicar las disposiciones de los Acuerdos con Guatemala y la CAN. Por su parte, el Salvador no tiene restricciones al umbral de aplicación a nivel Departamental y Nacional, tanto Honduras no incluyó valores, únicamente a Nivel Nacional, incluyendo las Entidades Nacionales especiales.

Con respecto, a los Acuerdos que “No Aplican” (N/A), se debe a que no se negoció la aplicación de las disposiciones del Acuerdo para ese nivel territorial en específico. Es decir, las disposiciones del Acuerdo no van a ser aplicables a ninguno de sus procesos de Contratación, aunque su valor estimado sea muy alto. Esto es, países como Honduras, México y Canadá, únicamente aplican sus disposiciones a las Entidades Nacionales generales o Entidades Nacionales especiales que estén obligadas, según lo visto en el literal a) de este punto. Y El Salvador y Estados Unidos, no tienen disposiciones aplicables a ningún Proceso de Contratación que se inicie en una Entidad de orden Municipal.

Además, se puede evidenciar por medio del análisis de los umbrales solicitados en países como Chile, AELC, Usa y la Unión Europea, que los valores solicitados en bienes y servicios para que sea aplicable el Acuerdo, es mayor en los procesos de entidades de orden Municipal y Departamental que, como sería lo pensado en las entidades de orden Nacional. es decir, puede haber más probabilidades de participación, tratándose de limitación por umbral, por parte de los oferentes extranjeros en las Entidades Nacionales generales, que en las Municipales y Departamentales.

Finalmente, se evidencia que la limitación de aplicación de los Acuerdos está clasificada en bienes y servicios y servicios de construcción, y que los umbrales de valores son mayores en gran medida en los servicios de construcción, lo cual considero se debe a que los presupuestos para los proyectos de infraestructura son mayores, pues implican la utilización en el mismo proyecto de bienes y servicios.

4.2.3.3 Excepciones a la aplicación de los acuerdos comerciales. Luego de haber determinado si la Entidad Estatal que va a iniciar un proceso de contratación está obligada a aplicar los Acuerdos, y si el valor estimado total del proceso de contratación iguala o supera el umbral acordado, se procede a determinar si en el Acuerdo que debería aplicar la Entidad Estatal, existe alguna excepción al proceso de contratación según la naturaleza del contrato, los bienes a adquirir o los servicios solicitados.

Para tal fin, Colombia Compra ha establecido una tabla en la cual enumera cada excepción y las clasifica según el Acuerdo y el orden territorial de la entidad:

Tabla 7.

Listado de Excepciones aplicables a los acuerdos

Número	Excepción
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.

Número	Excepción
	El suministro estatal de mercancías o servicios a personas o a Entidades
2	Estatales del nivel territorial.
	Las compras que tengan el propósito directo de proveer asistencia
3	extranjera.
	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
4	Comercial.
5	Los contratos de empleo público y medidas relacionadas.
	La contratación de servicios de agencias fiscales, servicios de depósito, servicios de liquidación y gestión para instituciones financieras, servicios
6	vinculados a la deuda pública.
	La contratación pública de servicios bancarios o financieros referidos al
7	endeudamiento público; o a la administración de pasivos.
8	Los servicios financieros.
	Las compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que sólo ocurran por un plazo muy breve, tales como enajenaciones
9	extraordinarias.

Número	Excepción
10	La contratación adjudicada de conformidad con un acuerdo internacional y 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. Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación
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.

Número	Excepción
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 SupplyClassification 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

Número	Excepción
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.

Número	Excepción
32	Los siguientes servicios de investigación y desarrollo del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0): - 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 siguientes servicios de ingeniería y arquitectura del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0): - 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 siguientes servicios públicos del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0): - 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).

Número	Excepción
35	Los siguientes servicios sociales del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0): - 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 del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0).
37	La elaboración de programas de televisión del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0). - 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.

Número	Excepción
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.

Número	Excepción
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.

Tomado de: Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, Colombia Compra

Tabla 8.

Excepciones de los Acuerdos a nivel Municipal y Departamental.

Acuerdo	Excepción
Chile	1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 47
Guatemala	1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 14, 20, 21, 50, 51, 52, 53
Estados AELC	1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37

Acuerdo	Excepción
Unión Europea	1, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 23, 28, 29, 32, 34, 35, 37
USA	1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37
El Salvador	1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 14, 20, 48, 49

Tomado de: Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación,
Colombia Compra

Tabla 9.

Excepciones a los Acuerdos a nivel Nacional.

Acuerdo	Excepción
Chile	1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 45, 46
Guatemala	1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 14, 20, 21, 50, 51, 52, 53
Estados AELC	1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 45, 46
Unión Europea	1, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 23, 32, 34, 35, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 46
USA	1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 45, 46
El Salvador	1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 14, 20, 38, 48, 49

Acuerdo	Excepción
Canadá	1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 45, 46
Honduras	1, 2, 3, 4, 5, 6, 14, 20, 22
México	1, 2, 4, 6, 14, 17, 18, 24, 25, 26, 27, 39
Tomado de: Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, Colombia Compra	

4.3 Normativa y jurisprudencia Colombiana establecida para la participación de oferentes extranjeros en los procesos de Contratación Pública.

Los avances que se han obtenido en materia de Contratación Pública para la apertura de ésta a un mercado Internacional, se debe al esfuerzo de parte de los Gobiernos en las negociaciones de Acuerdos de Libre Comercio, los cuales, son de obligatorio cumplimiento para las entidades contratantes, como lo vimos anteriormente.

A pesar de esto, la normativa interna debe reflejar las disposiciones de los Acuerdos en el desarrollo de la legislación que regula los procesos para las compras públicas, buscando que los principios que rigen estas disposiciones se respeten dentro de todo el marco normativo, es decir, para lograr el cumplimiento de principios esenciales en los procesos de contratación la legislación debe estar en concordancia con los principios pactados dentro de estos Acuerdos.

4.3.1 Trato Nacional y Trato Nacional Por Reciprocidad. Las disposiciones acordadas entre los Gobiernos se ven reflejadas actualmente en la normativa nacional, así es como el Estatuto General de la Contratación- Ley 80 de 1993- establece en su artículo 20 el Trato Nacional por Reciprocidad:

“Art. 20- 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.” (Ley 80 1993, art. 20)

Es decir, mediante este artículo se le otorga a las ofertas de proponentes extranjeros el beneficio de participar en los procesos de contratación bajo las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales, en caso de provenir de un país con el cual no se haya negociado ningún tipo de Acuerdo, siempre y cuando en los respectivos países los proponentes de bienes y servicios colombianos gocen de estos mismos beneficios. Además, este articulado ordena al Gobierno Nacional establecer mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista.

Para el cumplimiento de esta disposición, el artículo 9° del Decreto 679 de 1994 establece que los extranjeros que soliciten la aplicación del Trato Nacional por reciprocidad, deberán

acreditar con su oferta la existencia de la reciprocidad, acompañando para el efecto un certificado de la autoridad del respectivo país. Sin embargo, como lo veremos más adelante, el Gobierno hoy en día ha dispuesto un procedimiento especial a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, ente responsable de certificarle a las entidades públicas a que países se les aplica el Trato Nacional por reciprocidad.

Por su parte, la última reglamentación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el Decreto 1510 de 2013 “por medio del cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”, introduce lo referente al Trato Nacional en el Art. 150, en el cual reconoce tres formas de conceder el Trato Nacional, la primera de ella a los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales, la segunda a las ofertas de los Estados miembros de la CAN y, finalmente la tercera 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 (Trato Nacional por Reciprocidad).

La aplicación de este principio del Trato Nacional, debe ser inmediato a las ofertas que correspondan al primer y segundo caso anteriormente nombrado, sin excepción alguna otra que las que contengan los Acuerdos correspondientes que sean aplicados, vistos en el capítulo anterior. Sin embargo, en cuanto al tercer caso, el Decreto establece el procedimiento para la aplicación del Trato Nacional por Reciprocidad.

En el Art. 150, establece que los oferentes extranjeros de países con los cuales Colombia no tiene ningún Acuerdo vigente, pueden exigir que la Entidad Estatal conceda el mismo trato que da a los bienes y servicios Colombianos a aquellos bienes y servicios que éste ofrece, siempre y cuando el Gobierno Nacional, mediante La Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, expida certificado reciprocidad. (Decreto 1510 2013, art. 150)

Este certificado será el resultado de un estudio comparado y minucioso respecto de la normativa en la materia de compras públicas de un Estado que busque aplicación a sus bienes y servicios del principio del Trato Nacional, siempre y cuando en ese Estado los bienes y servicios Colombianos gocen del mismo.

Estos certificados deben ser publicados en el SECOP, y actualizados periódicamente por el Ministerio de Relaciones Exteriores mancomunadamente con la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. Además son de carácter general, por lo tanto de no reposar un certificado con determinado país en el SECOP, se debe formular solicitud a la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales con miras a que se efectúen las respectivas consultas a las autoridades extranjeras y se elabore y publique el certificado (Cancillería)

Hasta el momento el Ministerio de Relaciones Exteriores solo ha certificado el Trato Nacional por Reciprocidad para los Servicios, que no incluyan el transporte aéreo, ofrecidos por participantes originarios de Ecuador y Perú, excluyendo los bienes. Además, certificó que NO existe el Trato Nacional por Reciprocidad para Argentina, Israel, Paraguay, Turquía y Uruguay ni para bienes como tampoco para Servicios ofrecidos.

4.3.2 Beneficios para la participación de ofertas nacionales. Simultáneamente, el Estatuto General de la Contratación –Ley 80 del 93- otorga un trato preferente a las Ofertas Nacionales en el Artículo 21, pues allí se establece una preferencia al momento de calificar una oferta, cuando determina en el párrafo 4 que “en igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional” y en el párrafo 5° “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”.(Ley 80 1993, art. 21)

Además, para la aplicación de los efectos de este párrafo, el decreto 679 de 1994 ha establecido que se puede conocer como bienes y servicios nacionales en sus artículos diez y once:

“Artículo 10°.- Bienes de origen nacional. Son bienes de origen nacional aquéllos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, utilizados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación, sea igual o inferior al 60% del valor en fábrica de los bienes terminados ofrecidos.”(Decreto 679 1994)

“Artículo 11°.- Servicios de origen nacional. Son servicios de origen nacional aquéllos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.”(Decreto 679 1994)

Sin embargo, el artículo 10 mencionado anteriormente fue derogado expresamente por el artículo 5° del Decreto 3806 del 2009 “por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública”, ya que se indica en este Decreto -Art. 4° que en todas las disposiciones que otorguen condiciones más

favorables a los proponentes que ofrezcan bienes de origen nacional, se tendrán en cuenta los criterios establecidos por el Gobierno Nacional para calificar los Bienes Nacionales para el Registro de Productores de Bienes Nacionales.(Decreto 3806 2009)

Este Registro de Productores de Bienes Nacionales, es manejado por el Ministerio de Comercio a través del Grupo de Registro de Productores de Bienes Nacionales, Industria y Turismo, como un instrumento para recopilar información sobre la producción de bienes existentes en el país, y permitir la creación de políticas de desarrollo empresarial y negociaciones internacionales (Ochoa)

El Ministerio en el desarrollo de sus funciones y para efectos de este Registro, ha establecido unos criterios en función de determinar que bienes clasifican como nacionales, los cuales se describen en el Decreto 2680 del 2009, así :

1. Bienes Nacionales: Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto. (Decreto 2680 2009, Art. 1)
2. Bienes totalmente obtenidos: Los productos de los reinos mineral, vegetal y animal, obtenidos mediante actividades como la caza y pesca, extraídos, recolectados, cosechados, nacidos y criados en el territorio nacional. Si los productos fueron extraídos en aguas internacionales por embarcaciones de bandera Colombiana, o relativas, clasifican como bienes nacionales. Además, los desechos y desperdicios derivados de operaciones de manufactura o procesamiento en el territorio nacional, siempre que dichas mercancías sean adecuadas sólo para la recuperación de materias primas. (Decreto 2680 2009, Art. 2).

3. Bienes elaborados con materiales nacionales: Son aquellos productos que sean elaborados enteramente en el territorio nacional a partir exclusivamente de materiales producidos nacionalmente. (Decreto 2680 2009, Art. 3)
4. Bienes que han sufrido una transformación sustancial: Son aquellos que no siendo totalmente obtenidos ni elaborados con materiales nacionales, han sufrido una transformación sustancial cuando cumpla alguno de los siguientes factores:

- Bienes cuyo valor agregado Nacional sea igual o superior al 40%.

- Proceso productivo sustancial, se da cuando un bien que conste total o parcialmente de materiales no colombianos, es expuesto a un proceso productivo en territorio nacional, convirtiéndose en un bien nacional nuevo y diferente (nombre, características y finalidad).

Así mismo, el Decreto 1510 del 2013 en su art. 151 permite y ordena a las entidades públicas, establecer incentivos a las ofertas de origen nacionales:

“Artículo 151. Incentivos en la contratación pública. La Entidad Estatal debe establecer en los pliegos de condiciones para la contratación, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, los incentivos para los bienes, servicios y oferentes nacionales o aquellos considerados nacionales con ocasión de la existencia de trato nacional.

Este incentivo no es aplicable en los procesos para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes.” (Decreto 1510 2013)

Además, obliga a las Entidades Estatales limitar los procesos de contratación para la participación de Mipymescon mínimo un (1) año de existencia en la modalidad de licitación

pública, selección abreviada y concurso de méritos, al darse estas situaciones: a) si el valor del Proceso de Contratación es menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), b) La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. (Decreto 1510 2013, Art 152).

Inclusive, este decreto permite a las Entidades Estatales realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa. Sin embargo, este artículo no especificó en qué casos se puede realizar esta limitación, pues no supeditada a ningún umbral, ni a ninguna condición en específica, lo cual podría ser contraproducente para la participación de oferentes extranjeros interesados en estos procesos.

Igualmente, otro de los mecanismos de apoyo a la industria Nacional usando la Contratación Pública creados por el Gobierno Nacional, es la ley 816 del 2003, la cual en su art. 1° ordena a las entidades de la Administración Pública adoptar criterios objetivos que permitan apoyar la Industria Nacional. Sin embargo esta ley es muy explícita al indicar en el Parágrafo 1° del Artículo 1° que a los bienes y servicios de países a los que se le aplica el Trato Nacional y el Trato Nacional por Reciprocidad se les otorgará los mismos beneficios que la ley les ha otorgado a los bienes y servicios de origen Nacional, según lo establecido en párrafos anteriores.

4.3.3 Criterios de evaluación y desempate utilizados. La legislación Colombiana ha creado diversos mecanismos dirigidos a beneficiar la industria nacional los cuales se deben a estrategias de superación y enfrentamiento de crisis económicas internas. Estas políticas se ven reflejadas en el momento de la evaluación de las ofertas por parte de los Comités encargados para verificar los requisitos habilitantes, designados por la Entidades Estatales.

Así se puede verificar en la ley 816 del 2003, la cual fue creada para apoyar a la industria Nacional a través de la Contratación Pública y en la cual en el Art. 2° permite a las Entidades Estatales asignar dentro de los criterios de calificación de las propuestas un puntaje entre el 10 % y 20% si dentro de la propuesta se ofertan bienes y servicios nacionales, y en cuanto a los bienes y servicios extranjeros, el puntaje otorgado será del 5% al 15%.

Además, 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.

Igualmente el Decreto 1510 del 2013, al establecer los factores de desempate establece que al persistir el empate en cuanto a los puntajes obtenidos por las ofertas, en primera medida se debe preferir a la oferta de bienes y servicios nacionales sobre la oferta de bienes y servicios extranjera:

“Artículo 33. Factores de desempate. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así

sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.
2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional. (...)” (Decreto 1510, 2013)

En todo caso, durante la calificación se otorgaran los beneficios que se le conceden al oferente Nacional, nombrados en este capítulo, en igual condiciones a las propuestas de los oferentes de países con los que se acordó el Trato Nacional y a quienes se le concede Trato Nacional por Reciprocidad, en lo relativo al Art. 151 del Decreto el cual indica que se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.

4.3.4 Aspectos o requerimientos especiales a las ofertas de los extranjeros. A pesar del esfuerzo de dejar por sentado que la participación de los oferentes extranjeros en los procesos de contratación estatal no debe tener ningún requerimiento diferente a los solicitados a los oferentes Nacionales, existen aspectos que requieren de especial atención, pues generan dudas por cómo deben cumplir los oferentes debido a su condición de extranjería.

La existencia y representación legal de las personas jurídicas extranjeras deben ser acreditada mediante documentos conforme a su propia legislación. Esta información, a menos que sea un documento público, no debe estar apostillada por parte del Proveedor. Los documentos que presenten las sociedades extranjeras deben permitir a la Entidad Estatal verificar: i. El objeto social y sus limitaciones. ii. La representación legal, incluyendo la identificación y las facultades del representante legal o apoderado en Colombia. iii. Las autorizaciones necesarias cuando el representante legal o apoderado tiene alguna limitación. (Colombia Compra eficiente)

En cuanto a la inscripción en el Registro Único de Proponentes- RUP, la debe hacer las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiran a celebrar contratos con las entidades estatales para la ejecución de obras, suministro de bienes o prestación de servicios. Para la inscripción en el Registro Único de Proponentes las personas jurídicas extranjeras deben cumplir con el proceso indicado en el Artículo 9 del Decreto 1510 de 2013, el cual establece el procedimiento ordinario pero agrega específicamente que las sucursales de sociedad extranjera deben presentar para registro la información contable y financiera de su casa matriz, además, agrega que los estados financieros de las sociedades extranjeras deben ser presentados de conformidad con las normas aplicables en el país en el que son emitidos.

Si los documentos otorgados en el extranjero se encuentran en un idioma distinto al castellano deber hacerse traducir a este idioma por un traductor oficial acreditado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Adicionalmente, todos los documentos otorgados en el extranjero deben estar legalizados de conformidad con las normas vigentes.

Por el contrario, no están obligados a realizar la inscripción en el RUP, los proponentes extranjeros que no tengan domicilio en el país ni tenga alguna sucursal abierta en Colombia. Sin embargo, quienes deseen realizar esta inscripción deben acreditar un apoderado domiciliado en Colombia y presentar ante la Cámara de Comercio del domicilio principal del apoderado, el formulario de inscripción, junto con sus anexos y documentos necesarios.

Los documentos que deben anexar, son aquellos que acreditan la existencia y representación legal de la empresa extranjera y el poder otorgado a la persona natural o jurídica que los representará en Colombia, para todos los efectos legales establecidos en el artículo 22.4 de la Ley 80 de 1993.

4.3.5 Desagregación tecnológica. La ley 80 de 1993 al desarrollar en su artículo 21° el tratamiento y preferencia de las ofertas Nacionales, determina que cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica, lo cual converge al tema principalmente porque ésta se utiliza como política que busca la participación de la industria y el trabajo nacional.

A fin de desarrollar y definir lo que introdujo esta ley en el primer párrafo del art. 21, el gobierno expidió el Decreto 679 de 1994, el cual en su artículo 12° establece que la desagregación tecnológica es el “proceso dirigido a descomponer los proyectos de inversión que puedan implicar la contratación de bienes de procedencia extranjera, en sus diferentes elementos técnicos y

económicos con el objeto de permitir la apertura de varias licitaciones para su ejecución buscando la participación de la industria y el trabajo nacionales.”

Básicamente, se entiende por desagregación tecnológica el procedimiento de descomponer un proyecto de inversión de gran tamaño que implique la compra de bienes o servicios extranjeros, debido a su especialidad o su complejidad, en varios proyectos que estén al alcance de la participación de oferentes nacionales. Es decir, se trata de buscar de alguna u otra forma que la compra de bienes y/o servicios por parte de la administración en proyectos que impliquen una gran inversión sea más accesible a la oferta de residentes nacionales.

Debido a que el artículo 21 de la ley 80 de 1993 permite la desagregación tecnológica cuando se trate de proyectos de inversión, se hace necesario en primera medida establecer que los proyectos de inversión son la unidad operacional de la planeación del desarrollo que vincula recursos (humanos, físicos, monetarios, entre otros) para resolver problemas o necesidades sentidas de la población.(Departamento Nacional de Planeación). El artículo 5to del Decreto 2844 de 2010, establece que los Proyectos de Inversión Pública contemplan actividades limitadas en el tiempo, que utilizan total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad de producción o de provisión de bienes o servicios por parte del Estado.

En el desarrollo de estos proyectos de inversión es cuando el Estatuto de la Contratación— ley 80 del 93- permite la realización de la desagregación tecnológica como un método para realizar varias licitaciones, bajar umbrales de participación y facilitar de esta forma una mayor participación de capital nacional.

Es menester, entonces poner en sobremesa el significado de tecnología en estos casos específicos, ya que, sería equivoco entender a la tecnología únicamente como a las máquinas y al avance de ellas con el tiempo. Se debe reconocer a ésta como el “conjunto de conocimientos técnicos, ordenados científicamente, que permiten diseñar y crear bienes o servicios que facilitan la adaptación al medio y satisfacen las necesidades de las personas”(Empresa Publica Importadora, 2014)

Es así que al hablar de desagregación tecnológica se debe separar en dos los tipos de tecnología, la primera de ellas es la tecnología medular la cual, según el profesor Colombiano Lizardo Carvajal, se entiende como el “conjunto sistemático de conocimientos que son esenciales, insustituibles y específicos de un producto, proceso o persona y, en general, para el desarrollo de un proyecto cualquiera.”, y en cuanto a la tecnología periferia la define como los “conocimientos, informaciones, procesos, materias primas, productos y personas que no son esenciales a su naturaleza y que pueden ser sustituidos, pero que son complementarios al proyecto general”.

Es decir, al hacerse el estudio de desagregación tecnológica de un proyecto de inversión en específico, primero se debe tener conocimiento entero del procedimiento que conllevara la ejecución de tal proyecto, incluyendo la tecnología que se usará para así determinar en los estudios precios que soportaran la contratación, la justificación de la separación de la tecnología y su compra en varios procesos licitatorios.

Al respecto el consejo de Estado -Sala de Consulta justifica la desagregación tecnológica en un pronunciamiento del 16 de diciembre de 1997, al destacar, en primera instancia, la participación del Estado, por medio de los procesos de contratación, en el desarrollo de la economía Nacional

permitiéndoles a los oferentes de bienes y servicios Nacionales una participación activa en grandes proyectos de infraestructura, ingeniería, petroleros y entre otros:

“Tradicionalmente la capacidad del Estado como comprador de bienes industriales ha sido utilizada como motor de desarrollo que da participación a la ingeniería, la tecnología y los recursos humanos del país. Así se moderniza el aparato productivo, con igualdad para el extranjero, pero sin discriminación para el proveedor nacional, especialmente en licitaciones internacionales para obras de infraestructura, proyectos petroleros y servicios públicos. El Estado debe incentivar, no impedir, la participación de la industria nacional, bajo perspectivas de selección objetiva y sin que se desconozca el valor de la producción industrial colombiana.

Esta desagregación contrapone a aquellos contratos que suelen llamarse “llave en mano” los cuales pretenden vender un paquete tecnológico conformado por diversas actividades que implican la utilización de tecnología blanda y dura (maquinaria y conocimiento), pero que se contratan como en conjunto, y el contratista, usualmente extranjero por tener musculo financiero y tecnológico suficiente para la construcción de estos proyectos, se encarga de la ejecución en su totalidad del proyecto hasta dejarlo en un estado apto para su utilización.

Al negociar rubro a rubro la realización de un proyecto de inversión le permite al Gobierno conocer con que tecnología periférica cuenta logrando utilizarla, para así contratar únicamente la tecnología modular necesaria ofrecida por los proponentes extranjeros, lo que podría significar una mayor apertura del mercado público a los oferentes nacionales, sacrificando la participación de los extranjeros.

4.4 Formas de participación de los Oferentes Extranjeros.

La participación de oferentes extranjeros en la Contratación de bienes y servicios por parte de una Entidad Administrativa, no está supeditada a un proceso de Contratación especial, por su condición de extranjería. Además. Como se vio en la primera parte del primer capítulo, en el cual se estudiaba la inversión extranjera en el país, no se puede considerar inversionistas a los Contratistas extranjeros, a menos que participen activamente invirtiendo un capital en el proyecto de contratación.

Tradicionalmente, se han usado diversas formas para participar en la contratación de bienes y servicios con el Estado, tales como la participación como oferente particular, las asociaciones entre los privados para unir fuerzas y cumplir con sus requerimientos financieros, jurídicos y técnicos (Uniones Temporales, Consorcios) y la novedosa Asociación Público- Privada-APP.

4.4.1 Consorcios y Uniones Temporales. La ley 80 del 93 le da capacidad de participación a los Consorcios y a las Uniones Temporales para participar en Procesos de Contratación Pública, y además otorga capacidad expresa a los extranjeros para hacer parte de estos tipos de asociaciones:

“Artículo 6º.- *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.” (Ley 80 1993, art. 6)

El Consorcio está definido por esta misma ley en el Art. 7° numeral primero cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

Igualmente este artículo establece la existencia de una Unión Temporal cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Al respecto Roa Fonseca define a los Consorcios y Uniones Temporales como “formas asociativas en las que dos o más personas se unen para presentar conjuntamente una propuesta dentro de un proceso de selección con el fin de obtener la adjudicación y por ende, celebrar y ejecutar un contrato estatal” (2013). Además, agrega este autor que su vinculación solidaria se mantiene sin desaparecer la individualidad de cada uno de los integrantes, es por esto que en caso de darse la suscripción del contrato, su ejecución está a cargo del consorcio o unión temporal y no de cada uno de los integrantes.

En la exposición de motivos de la ley 80 del 93 justifica la razón de ser de estas formas de asociaciones al mencionar que la necesidad de unir dos o más personas para hacer factible la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, “brindando cada uno mayor calidad y

eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto” (Ley 80 1993)

Si bien, como se mencionó anteriormente la ley 80 del 93 les dota capacidad para contratar a estas Asociaciones, es decir, es cierto el nacimiento la vivencia y la muerte de estas figuras, más sin embargo, todo esto se da exclusivamente en ocasión de la celebración y ejecución de un contrato estatal. La actuación de los Consorcios y las Uniones Temporales están limitadas al cumplimiento del objeto contractual pactado.

Además, para su conformación la única formalidad que se necesita es la voluntad de los integrantes, por medio escrito para conformar el Consorcio o Unión Temporal a fin de participar en un Proceso de Contratación determinado y la eventual ejecución del contrato si se diere la adjudicación positiva para ellos, y si se tratare de una Unión Temporal se debe indicar las condiciones, términos y extensión de participación de cada integrante, es decir, las actividades que cada uno se encargará de realizar.

En cuanto a la responsabilidad, tanto las Uniones Temporales como los Consorcios responden solidariamente por el cumplimiento total de la ejecución del contrato, según lo ofertado. Sin embargo, la principal diferencia entre estos dos tipos de Asociación está relacionada los efectos que pudiera tener la imposición de una sanción por incumplimiento de alguna parte del contrato, ya que el Consorcio la sanción afectará a todos los miembros de la asociación por igual, independientemente del grado de participación de cada parte en el proyecto o en la situación que ha generado la sanción y en la Unión Temporal la responsabilidad dependerá del análisis del grado

de participación de cada asociado en el hecho sancionable y recaerá únicamente sobre el que hayan incurrido en la conducta(Ramirez, 2014)

4.4.2 Asociaciones Públicos-Privadas. (APP) – Ley 1508 del 2012. Para contextualizar la necesidad del Gobierno de implementar las APP en el país debemos anotar que “la infraestructura de algunas entidades públicas no responde a sus necesidades operacionales y estratégicas, y que algunos activos fijos públicos no están siendo gestionados ni modernizados de manera efectiva”. Igualmente, existen en la administración limitaciones de recursos económicos que impiden la modernización y gestión presupuestal, sumado a esto existe desconocimiento de alternativas de gestión pública, las cuales hacen que el Estado incumpla en la prestación de los servicios públicos de forma eficiente(Compes 3615, 2009)

Así pues, surgió la alternativa de implementar las APP, mayoritariamente en el sector de infraestructura pública, incluyendo el diseño, la construcción, financiación y operación, principalmente con objeto de identificar opciones de gestión del presupuesto que las entidades requieren para el desarrollo de sus funciones buscando fuentes de financiación complementarias al presupuesto nacional en el sector privado.

Una de las primeras regulaciones que se dieron al respecto de estas Asociaciones esta contenida en el párrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 del 93, el cual fue desarrollado por la ley 1508 de 2012, complejo normativo que hoy en día rige a las Asociaciones Público-Privada.

El primer artículo de esta ley define a las APP como un instrumento de vinculación de Capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados,

que involucra la retención y transferencia, riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Igualmente el Banco Mundial en su Guía para las Asociaciones Público Privada las define como modelo en el cual el Estado y uno o varios particulares se asocian para la construcción y mantenimientos de obras de todo tipo, y se caracterizan porque el privado asume una parte importante de los riesgos y la operación de largo plazo del proyecto.

La participación de capital privado en la construcción o mantenimiento de obras y prestación de servicios relacionados, es fundamental para la conformación de las APP. Esta participación de capital es la apertura de las puertas a la inversión extranjera, ya que muchas veces el financiamiento que se requiere para las obras y/o servicios es alto y empresas a nivel Nacional, no pueden costearlo, por lo tanto acuden a realizar alianzas con empresas extranjeras y de esta forma cumplir las condiciones financieras o técnicas requeridas por la entidad pública.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la iniciativa para realizar este tipo de Asociaciones no necesariamente tiene que ser de una entidad, servidor, institución pública. La regulación contempla la posibilidad de que un privado sea quien presente el proyecto para realizar una obra o prestar un servicio de carácter público, el cual siempre va a estar atendido a los principios de la contratación pública, como el de selección objetiva, por tratarse de obras y/o servicios públicos y estar involucrados recursos del Estado.

Existen entonces estos dos tipos de APP; los que se realizan por iniciativa pública y los realizados por iniciativa privada, pero antes de entrar en materia en cada uno de ellos, veremos cuáles son los criterios generales que aplican para los dos tipos de APP.

4.4.3 Disposiciones comunes de los proyectos de Asociación Público – Privada. Las dos modalidades de APP están en todo sometidas a sistemas de selección objetiva regidos por el principio de libre concurrencia y, por tratarse de recursos del Estado y obras y/o servicios para la ejecución y prestación de servicios públicos, se regulan por los principios de la contratación pública y contendrán las cláusulas características de los contratos estatales¹⁵. Además, esta regulación establece que los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser manejados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista (Ley 1508 2012, Art. 24)

Así mismo, la ley 1508 del 2012 introduce el Registro Único de Asociaciones Público-Privada RUAPP, la responsabilidad de administrarlo y regularlo recae sobre el Departamento Nacional de Planeación, el cual incorporará desde la iniciativa de ejecución, su desarrollo y ejecución hasta los que han sido rechazados (Ley 1508 2012 artículo 25). Introduce igualmente la obligación de registro ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el reporte en el Formato Único Territorial-FUT, en el párrafo 1° del artículo 27. (Ley 1508 2012, Art. 27)

A su vez, integra la prohibición de celebrar este tipo de contratos durante el último año de Gobierno, y la limitación de la celebración de las APP únicamente cuando desarrollan proyectos consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial.

Con respecto al ámbito de aplicación, se debe tener en cuenta que para que un proyecto sea estructurado en un modelo APP, la ley establece que solo se podrán realizar proyectos cuyo monto de inversión sea superior a los seis mil (6000) SMMLV, y no se aplicará a las sociedades de

¹⁵Art. 22: Cláusulas propias de los contratos administrativos. Los contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley.

economía mixta con participación del Estado inferior al 50 %, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas industriales y comerciales del Estado, cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con los sectores privado o público en un mercado regulado.

Estas Asociaciones están diseñadas para ser proyectos a largo plazo, puesto que tienen una duración máximo de 30 años incluyendo las prórrogas, y solo será mayor a lo estipulado en la ley, si hay un previo concepto favorable del CONPES, lo que en la realidad hace que “el privado pase de ser un contratista a un socio de largo plazo”, porque el desarrollo de las actividades incluyen la operación y el mantenimiento(Revista Dinero, 2013)

También establece la regulación con respecto a las adiciones y prórrogas que solo se podrán hacer cuando estén relacionadas directamente con el objeto del contrato y en todo caso después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato, las cuales no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

Ahora bien, para retomar lo anteriormente nombrado en cuanto a los tipos de APP que la ley introdujo estudiaremos las dos formas para que se constituyan estas Asociaciones a saber, los contratos que se realicen para proyectos de iniciativa pública y con recursos públicos, y aquellos que sean estructurados a partir de una iniciativa privada donde el objetivo es que la entidad sea un socio que con sus aportes facilite la realización del proyecto y sea el particular quien haga la inversión de capital a cambio del derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde(Instituto de Ciencia Política, 2012)

4.4.4 APP de iniciativa pública. Cuando la iniciativa de realizar el proyecto es de una entidad pública, ésta debe realizar el análisis de las necesidades y el alcance del proyecto, una evaluación costo-beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada. Es primordial que la entidad cuente con estudios de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto.

Es decir, la realización de los estudios previos que están a cargo de la entidad deben, no solo, mostrar la necesidad del desarrollo del proyecto, sino además deben mostrar que éste es atractivo a la inversión privada, para eso se analiza el diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, y el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, y las formas de ganancia del socio privado.

La ley permite que la entidad realice una Precalificación, una vez haya estructurado el proyecto y cumpla con todos los requisitos mencionados anteriormente, de los interesados más idóneos para presentar ofertas de ejecución del proyecto, y entre estos, la entidad realizará una licitación pública. (Ley 1508 2012, Art. 10)

Establece, igualmente, los requisitos mínimos que deben cumplir los interesados, tales como contar con capacidad jurídica, capacidad financiera y tener experiencia en inversión o estructuración de proyectos, requisitos que no otorgan puntaje y por lo mismo puede ser subsanable en los términos establecidos en el Estatuto General de la Contratación. Además, establece que los oferentes interesados no necesitarán estar inscritos en el Registro Único de Proponentes.

Por el contrario los factores que si establecerán puntaje, no serán subsanables y determinará cuál es la oferta más favorable o la que represente mejor costo-beneficio son aquellos que se requieran para determinar los factores técnicos y económicos. Dentro de tales criterios las

entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato (Artículo 12, Ley 1508, 2012)

4.4.5 APP de iniciativa privada. El segundo tipo de APP, en la cual la iniciativa del proyecto es privada, se divide a su vez en dos formas, la primera de ellas es cuando el privado asume la totalidad de los costos de la estructuración del proyecto y la segunda es cuando para desarrollar esta iniciativa se necesitan recursos públicos.

En los dos casos, este procedimiento tiene dos etapas, una de Prefactibilidad y una de Factibilidad. En la etapa de prefactibilidad el originador (así se le denomina a quien tuvo la iniciativa del proyecto) debe presentar estudios especificando la descripción del proyecto, el cual incluirá el diseño, la proyección de construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo. Además, del costo estimado y la fuente de la cual se va a financiar la realización de la totalidad del proyecto. Si se llegasen a presentar dos ofertas de diferentes originadores sobre el mismo proyecto, tendrá prioridad para su estudio el primero que haya radicado la oferta ante la entidad estatal competente.

Para que se dé inicio a la etapa de factibilidad, deben allegar los documentos que acredite la capacidad jurídica del originador para contratar con el Estado, y la entidad tendrá un plazo máximo de 3 meses para verificar si la propuesta es de interés de la entidad de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta

contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado.

Si superara esta verificación y el concepto de la entidad estatal es favorable se da inicio a la etapa de factibilidad en la cual la entidad cuenta con 6 meses como máximo para realizar la evaluación, los cuales serán prorrogables únicamente hasta por un lapso igual a la mitad del plazo inicial para profundizar los estudios por parte de la entidad o solicitar estudios adicionales al originador.

Superada esta etapa, y si la entidad considera viable el proyecto luego de realizar estudios profundos, comunicará al originador su aceptación, informándole las condiciones para ello y el monto que acepta como valor de los estudios realizados. El originador tendrá dos meses para aceptar o proponer alternativas y llegar a acuerdos con la entidad, de no ser así y superar este lapso de tiempo se entenderá como negado por la entidad.

Por el contrario, si la entidad rechazará la oferta, lo hará mediante acto administrativo debidamente motivado y la propiedad de los estudios hechos recae sobre el originador, aunque la entidad pública tiene la opción de adquirirlos si le interesa o son útiles para la función pública.

Llegando a un acuerdo entre la entidad pública y el originador, la entidad lo publicará junto con los estudios, la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a 1 mes ni superior a 6 meses en el SECOP. Si un tercero manifiesta su interés de ejecutarlo en las condiciones pactadas con el originador, se abrirá un proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los demás interesados que cumplan con las condiciones de su ejecución.

Al realizar esta Selección, si el originador del proyecto no presenta la mejor oferta, tendrá derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-595-2014 expone que no se vulnera el principio a la igualdad constitucionalmente protegido puesto que:

“el originador de la iniciativa que se propone ejecutar mediante un contrato de APP de iniciativa privada, asume los costos y riesgos, y realiza las labores necesarias para la estructuración del proyecto en las etapas de prefactibilidad y factibilidad. Esto supone actividades tales como: identificación y descripción de la necesidad que se debe satisfacer, definición de la población que resultará beneficiada, realización de estudios de demanda, estructuración del plan de inversiones, cálculo de los costos estimados, señalamiento de las posibles fuentes de financiación, elaboración de diseños y estudios previos –en materia de suelos, títulos de propiedad, etc.-, identificación de actores financieros, entre muchas otras. Por tanto, el originador asume una carga importante en la estructuración del proyecto y del respectivo contrato, e invierte importantes recursos que, en caso de que se acepte su propuesta, beneficiarán a la entidad contratante y a la sociedad en general.

Las labores, inversiones y esfuerzos realizados por el originador en las etapas de prefactibilidad y factibilidad son criterios que impiden concluir que se halla en pie de igualdad con los demás particulares que una vez admitida la iniciativa, manifiestan su interés en la ejecución del proyecto.” (Corte Constitucional)

Como se mencionó anteriormente, pueden realizarse iniciativas privadas en las cuales se necesitan recursos públicos para su ejecución.¹⁶ En este caso se abrirá una Licitación Pública para escoger el inversionista que llevará a cabo el proyecto. Sin embargo, el originador de la propuesta tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10 por ciento sobre su calificación inicial para compensar su actividad previa.

En todo caso, si el originador no fuere el seleccionado para la ejecución del proyecto, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

4.4.6 Condiciones contractuales de las APP. En el desarrollo de las asociaciones público-privadas existen elementos que caracterizan a este tipo de asociación de las otras modalidades de contratación tradicional con el Estado. Sin embargo, la ley 1508 de 2012 relaciona directamente las concesiones al concepto de asociación público privada, y parte de la doctrina desarrollada en el tema tiende a ver en las APP una nueva modalidad de concesión. Tan es así, que cuando se habla de las asociaciones público privadas contractuales, necesariamente son asociadas con el contrato de concesión. (Sepulveda Figueroa, 2014)

Esto se ve reflejado en la retribución financiera al particular, ya que aunque en las APP la participación financiera del Estado es poca o nula, según el artículo 5° de la ley la retribución queda condicionada a “la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”, es decir, a diferencia de los otros tipos de contratación, la contraprestación no es por la construcción y entrega de la obra, si no por su utilización efectiva y de calidad establecidos y definidos por la autoridad

¹⁶ Estos recursos no pueden superar el 20% del valor de la obra. Art. 18, ley 1508 del 2012

contratante en concordancia con el sector en que se desarrolle el proyecto y las necesidades públicas, y ello es de suma importancia para el éxito de los proyectos, pues los niveles de servicios deben determinarse desde la estructuración del mismo estableciendo así parámetros mínimos a cumplir por parte del contratista(Gonzalez Serna, 2014)

Otro cambio que se allega al modelo de contratación pública colombiano, es la asignación de riesgos en cabeza del particular ya que es “quién propone el negocio conforme estudios técnicos, jurídicos, económicos y financieros sustentados por él mismo, y además es quien soporta la inversión, no existiendo entonces los riesgos del destino y uso de los anticipos”. Lo cual significaría una transferencia de riesgo o “Risk Transfer” (como se conoce en la doctrina extranjera) de la entidad pública al privado, lo cual también significaría una mayor participación y toma de decisiones por parte del inversionista, pues al asumir el riesgo, será este quien tome decisiones basadas siempre en la buena prestación del servicio y de lograr una remuneración acorde al proyecto.

Poca acogida ha tenido este tipo de Asociación en Colombia, en mayor medida por la responsabilidad disciplinaria y fiscal que deben asumir los inversionistas privados cuando realizan un proyecto, pues como este aspecto no se planteó de forma especial en la ley 1508 del 2012, se deben remitir a otras leyes que sean objeto del tema, lo cual hace que los inversionistas privados que desarrollan estos proyectos con su capital mayoritariamente (pues como lo vimos solo está permitido que haya un 20% de capital público) se deban someter al control que ejerce el Estado a los servidores públicos, por ejercer una función pública.

5. Estudio de la de participación de Oferentes Extranjeros en el Área metropolitana de Bucaramanga

A fin de analizar la aplicación de los Acuerdos acogidos por Colombia que contienen disposiciones de trato nacional para las Compras Públicas en la selección objetiva del contratista, se escogieron entre los procesos de contratación que se ejecutaron en el Área Metropolitana de Bucaramanga, aquellos desarrollados por medio de Licitación Pública y que su aviso de convocatoria hubiese sido publicado dentro de la vigencia del año 2014.

Además, para realizar este análisis se tomaron en cuenta únicamente los objetos contractuales que implicaran la realización de un contrato de obra, esto no solo a razón de la alta cuantía que suelen tener estos contratos, y por ende, la alta posibilidad de aplicación de los Acuerdos, si no también, porque como lo señala el autor “la construcción, la operación y el mantenimiento de infraestructura han sido reconocidos en Colombia como una de las locomotoras del desarrollo de la economía del país. Gran parte de la financiación para infraestructura proviene y provendrá del exterior; en su mayoría, en forma de inversión extranjera directa.”(Wills-Valderrama, 2011)

Este mismo autor destaca la especial dedicación que deben tener los países en vía de desarrollo para con la construcción de infraestructura, ya que estos no tiene la infraestructura necesaria para cumplir sus objetivos de crecimiento económico y disminución de pobreza, así lo afirma las Naciones Unidas, quienes además indican que los países Latinoamericanos invierten únicamente en promedio entre el 3% y el 4% de su producto interno bruto, cuando deberían invertir un 8%(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, 2011)

Es así como la inversión extranjera adquiere una importancia trascendental dentro de la Contratación Estatal, ya que el Estado al buscar opciones de capital para la construcción de mega proyectos de infraestructura, no duda en acudir al sector privado, y son las empresas extranjeras quienes, a comparación de las Nacionales, si cuentan con el musculo financiero, tecnológico y técnico necesario para la ejecución de estos proyectos de infraestructura.

Según un estudio realizado por Vanguardia Liberal, periódico de la región, las principales obras que se han realizado en el Área Metropolitana de Bucaramanga han tenido su ejecución en la última década, lo que implica un crecimiento en la construcción de infraestructura en el Área y una mayor inversión tanto del sector público como del privado. Es por esto, que las entidades públicas que ejecuten proyectos de inversión en la región deben conocer la adecuada aplicación de los Acuerdos Internacionales en la Contratación Pública, además porque son obligaciones contraídas por el Estado y de no cumplirse podrían acarrear conflictos Internacionales.(Vanguardia Liberal , 2014)

Como resultado del análisis hecho a la aplicación de los Acuerdos de Compras Públicas en los procesos de Contratación del Área Metropolitana en el año 2014, se han encontrado procesos adelantados por entidades de nivel municipal, departamental y nacional.

5.1 Estudio de procesos ejecutados y relacionados por municipios.

Dicho análisis se realizó en el área metropolitana de Bucaramanga, la cual está comprendida por los municipios de Bucaramanga, Floridablanca, Piedecuesta y Girón:

Tabla 10.

Procesos Evaluados Por Municipio.

Ciudad	Procesos Evaluados
Bucaramanga	45
Floridablanca	9
Girón	4
Piedecuesta	4
Total	62

Fuente: Creación propia

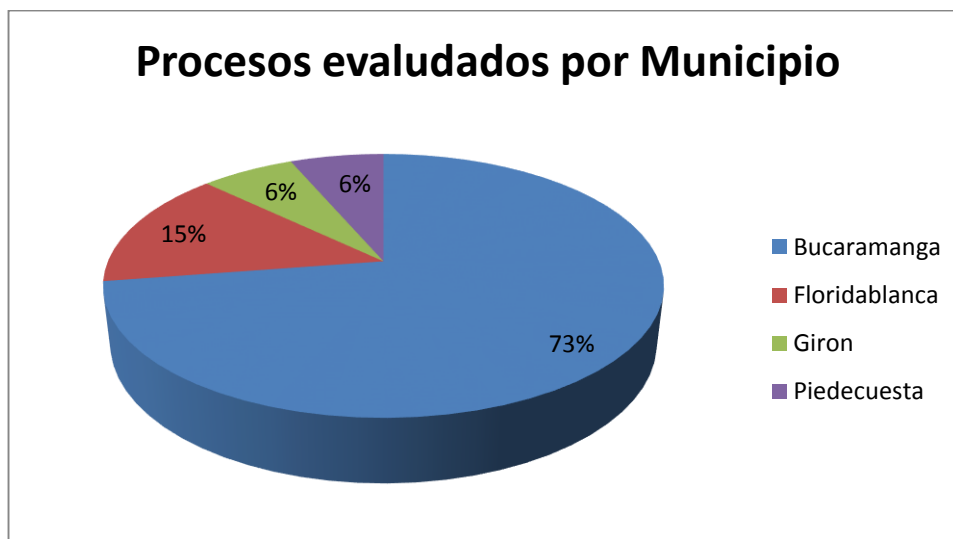


Figura 1. Procesos Evaluados por municipio.

En el Municipio de Bucaramanga se encontraron 45 procesos de selección de contratista por medio de Licitación Pública, dentro de los cuales las entidades responsables expidieron su aviso de convocatoria en el año 2014. Este municipio fue el que más desarrollo proyectos de infraestructura de gran valor, seguido por el Municipio de Floridablanca en el cual desarrollaron 9 procesos de selección de contratista, Municipio de Girón 4 procesos de contratación, y finalmente el Municipio de Piedecuesta, en el cual desarrollaron, también, 4 procesos de selección de contratista por medio de Licitación Pública, y que implicaban el desarrollo de infraestructura.

En total, en los municipios que conforman el Área Metropolitana de Bucaramanga se dieron a conocer 62 Avisos de Convocatoria de procesos de Contratación por medio de la Licitación Pública, las cuales se encuentran hoy en día en proceso de ejecución.

5.2 Estudio de procesos relacionados por las entidades que los adelantaron.

Tabla 11.

Procesos por Entidades

Municipio	Entidad	Cant. De procesos
Bucaramanga	Municipio Bucaramanga- Secretaria de Infraestructura	21
Bucaramanga	INVISBU	7
Floridablanca	Departamento de Santander- secretaria de infraestructura	5
Bucaramanga	Área Metropolitana de Bucaramanga	3
Bucaramanga	CDMB	3
Bucaramanga	Metrolinea	3
Floridablanca	Municipio de Floridablanca- secretaria de infraestructura	3
Piedecuesta	Municipio de Piedecuesta- secretaria de infraestructura	3
Bucaramanga	Departamento de Santander- secretaria de infraestructura	2
Girón	Municipio de Girón- secretaria de infraestructura	2
Girón	Unidad de servicios penitenciarios y carcelarios	2
Piedecuesta	Departamento de Santander- secretaria de infraestructura	1
Bucaramanga	Departamento de Santander- secretaria general	1
Floridablanca	Dirección de Transito Floridablanca	1
Bucaramanga	Hospital Universitario de Santander	1

Municipio	Entidad	Cant. De procesos
Bucaramanga	INVIAS	1
Bucaramanga	Policía metropolitana de Bucaramanga	1
Bucaramanga	Policía nacional- Dpto de bienestar social	1
Bucaramanga	Unidad de servicios penitenciarios y carcelarios	1

Fuente: Creación propia

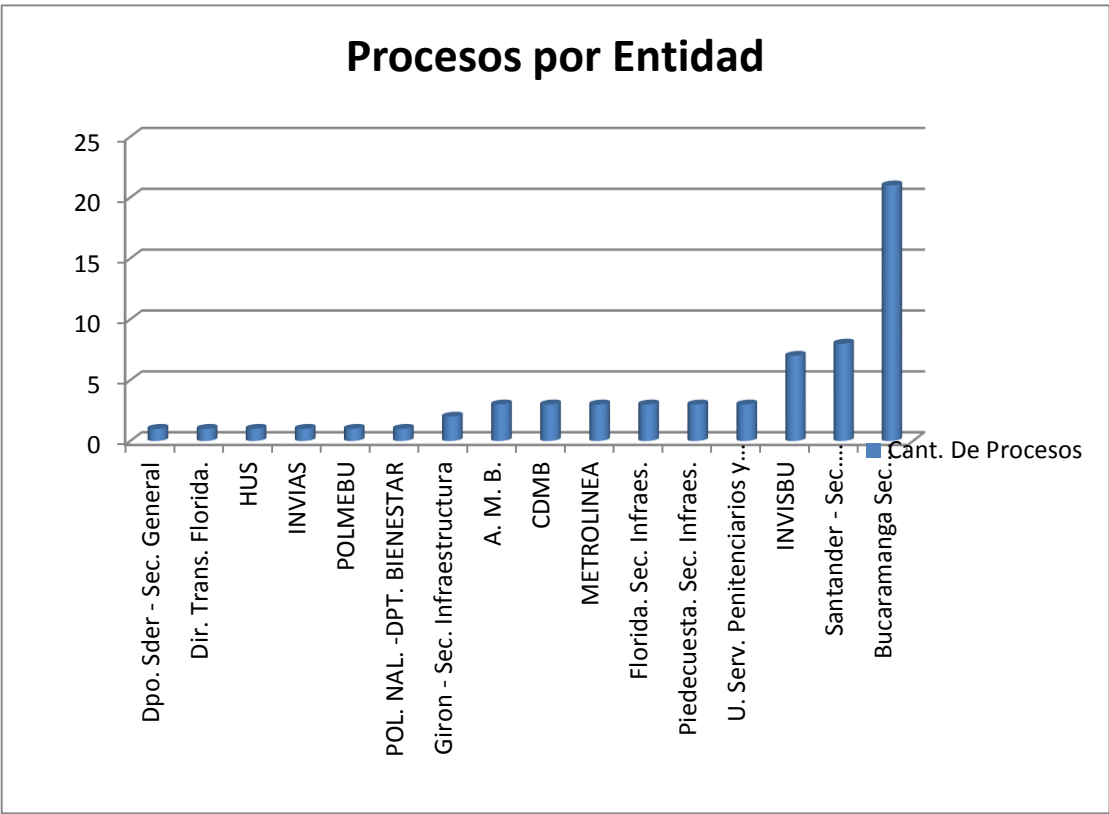


Figura2. Procesos por entidad.

En el estudio de estos procesos de contratación, se puede evidenciar que diversas entidades adelantan estos procesos de contratación, en resumen 16 entidades públicas desarrollaron

Licitaciones Públicas para la ejecución de obras en el Área Metropolitana de Bucaramanga, dentro de las cuales se encuentran entidades de orden Municipal, Departamental y Nacional.

Además, cabe mencionar que la entidad que más desarrolló este tipo de procesos de contratación fue la Secretaria de Infraestructura del Municipio de Bucaramanga, de la cual se estudiaron 21 procesos de Contratación, seguido por la secretaria de infraestructura del Departamento de Santander, con 8 procesos, que se desarrollaron en los municipios de Bucaramanga, Floridablanca y Piedecuesta.

La entidad a nivel Nacional que más procesos desarrolló en el Área Metropolitana de Bucaramanga, fue la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, la cual desarrolló 2 en Girón y 1 en Bucaramanga. Entidades como el INVIAS y el Departamento de Bienestar de la Policía Nacional desarrollaron, cada 1 un proceso de selección de contratista en el Municipio de Bucaramanga.

5.3 Relación de los Acuerdos que se reconocen en los documentos pre-procesales.

Aviso de Convocatoria: En el numeral 8, artículo 21 del Decreto 1510 del 2013, se establece la obligación que tienen las entidades de hacer mención sobre que acuerdos son aplicables al proceso de contratación que se adelantará, no solo para extender la invitación a los oferentes interesados pertenecientes a esos países, sino también para determinar a qué oferentes se les debe otorgar el Trato Nacional durante toda el proceso de contratación.

Es realmente importante que las entidades hagan este análisis en el aviso de convocatoria, no solo por ser un mandato legal, sino porque esta etapa procesal permite a todo oferente interesado

estudiar a fondo los estudios previos que implican condiciones técnicas, financieras y jurídicas y el borrador del pliego de condiciones para la realización del proyecto, y así realizar observaciones adecuadas para una adecuada realización del proyecto.

Tabla 12.

Acuerdos que reconocen en el Aviso

País	No. Procesos
Guatemala	18
CAN	18
Salvador	9
Chile	1
Suiza	1
Liechtenstein	1
Unión Europea	1
Reciprocidad	3
No menciona	10
No aplica	12
No determina	18
Fuente: Creación propia	

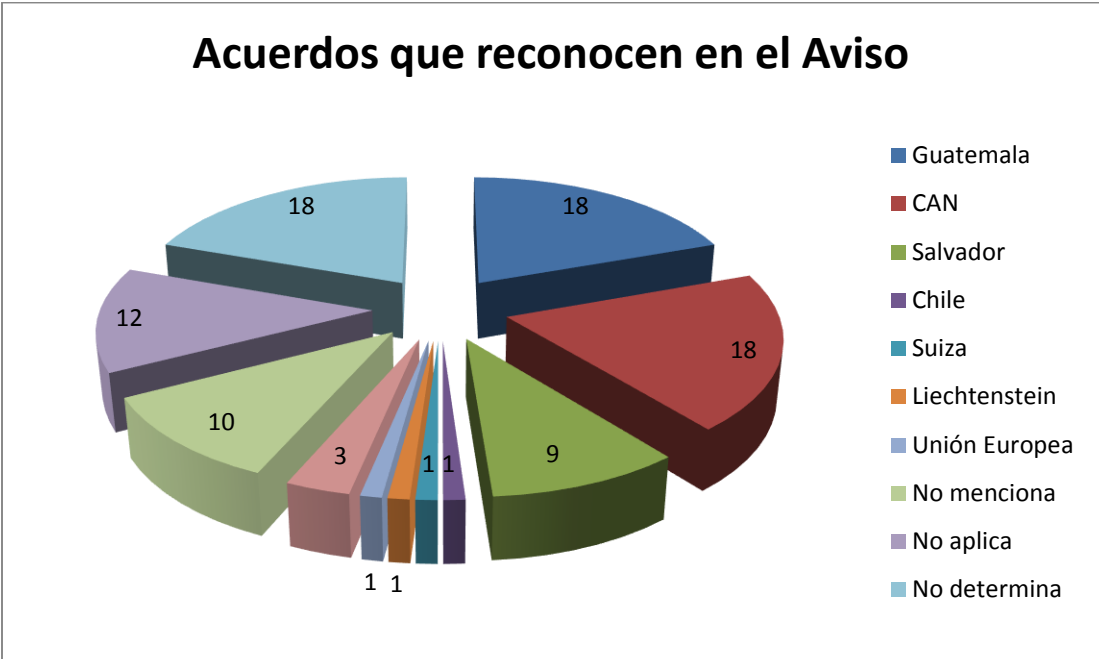


Figura 3. Acuerdos que Reconocen en el Aviso.

Pliego de Condiciones: El numeral 10, artículo 22 del decreto 1510 del 2013, establece que el pliego de condicion debe contener la mencion de si la entidad estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones estan cubiertos por un acuerdo comercial, obligación que se establece como novedad, ya que la norma que regia anterior a este decreto no solicitaba esta mencion dentro de estos documentos pre-procesales.

Tabla 13. *Acuerdos que reconocen en el Pliego.*

País	No. De Acuerdos
Guatemala	24
CAN	18
Salvador	8
Chile	3

País	No. De Acuerdos
Suiza	2
Liechtenstein	2
Unión Europea	2
Estados Unidos	1
Reciprocidad	1
No menciona	9
No aplica	8
No determina	18

Fuente: Creación propia

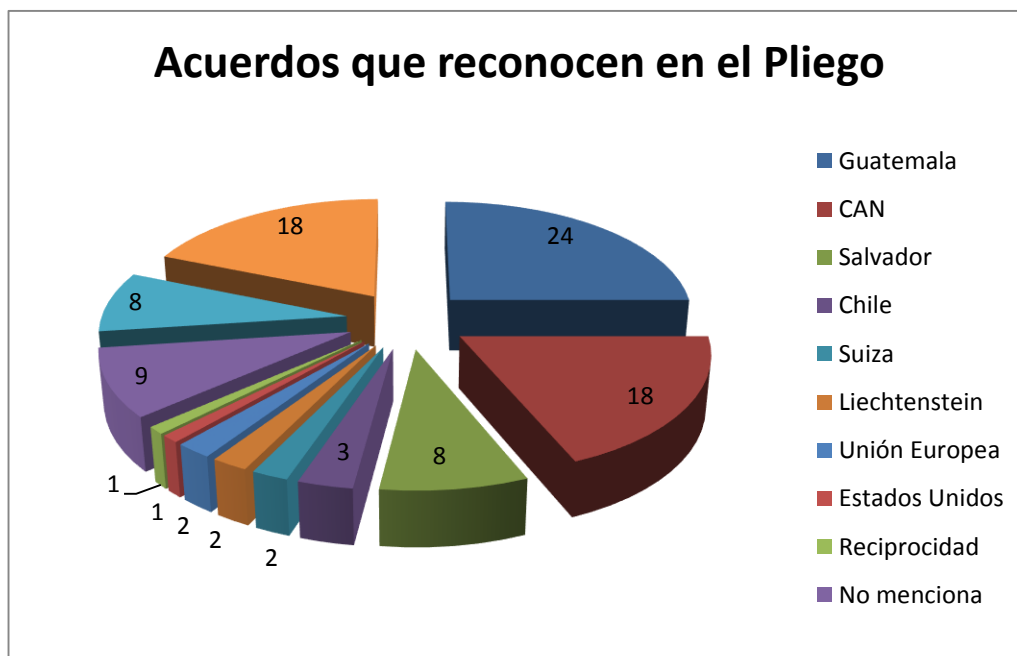


Figura 4. Acuerdos que reconocen en el Pliego.

Se logra evidenciar de lo anterior que tanto en los Avisos de Convocatoria como en los Pliegos de Condiciones los acuerdos que aplican más frecuentemente a los procesos de contratación son los suscritos con Guatemala y con la Comunidad Andina de Naciones- CAN, esto se debe a que éstos no incluyen un umbral presupuestal, es decir, al no especificar un monto para su aplicación, abre la posibilidad de aplicarse a todos los procesos sin discriminación del valor presupuestado del contrato, lo cual asegura una mayor accesibilidad, pues el umbral mínimo para la aplicación en servicios de construcción asciende a los \$14.010'191.000, para otros acuerdos.

Además, se debe anotar que, según los documentos pre-procesales publicados en el SECOP de los procesos objeto de estudio, algunas entidades desatienden lo establecido en el numeral 8, artículo 21 del Decreto 1510 del 2013, en el cual señala que dentro del aviso de convocatoria se debe hacer mención de si la contratación está cobijada por un acuerdo comercial, ya que al revisar este documento, no hacía mención. En total 10 procesos no hacen mención sobre la aplicación de Acuerdos Comerciales en los avisos de convocatoria, lo que representa un 16,13% sobre la base de la totalidad de procesos estudiados.

Visto esto, se procedió a estudiar los Pliegos de Condiciones definitivos publicados en el SECOP de estos mismos procesos, en donde se encontró que 9 de éstos desatienden la obligación de mencionar si la entidad estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un acuerdo comercial, contenida en el numeral 10, artículo 22 del decreto 1510 del 2013, cantidad que representa un 14,51% del total de procesos estudiados. Sin embargo, todos los procesos que eluden la mención de los acuerdos comerciales en el aviso de convocatoria, lo

mencionan en los pliegos de condiciones, y aquellos en los que no hicieron mención en el pliego de condiciones, lo había hecho en el aviso de convocatoria.

Otro aspecto que cabe mencionar, es la determinación de cuáles Acuerdos aplican y cuáles no en los documentos previos del proceso, ya que como se evidencia en las gráficas, en gran cantidad de estos procesos la entidad responsable no hace un análisis adecuado, pues se limitan a copiar el apartado del Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente, mas no realizan un análisis adecuado en el cual determine a que oferentes se les aplica el Trato Nacional de acuerdo a los Acuerdos Comerciales.

Además, se debe anotar que la Reciprocidad no es como un acuerdo, el cual tenga términos negociables o su aplicación varíe según el objeto, la naturaleza o la cuantía de cada proceso. El Trato Nacional por Reciprocidad es un beneficio que se le atribuye inmediatamente a todos los oferentes de aquellos países que en su legislación interna otorguen el mismo trato a los bienes y servicios de oferentes Colombianos, sin ningún otro tipo de limitación.

5.4 Relación de los procesos por rangos decuantías de los Procesos de Contratación.

La cuantía en los procesos de Contratación influye en gran manera en la aplicación de los Acuerdos Comerciales puesto que se utiliza como un filtro para determinar a qué procesos de contratación se les va aplicar cada Acuerdo.

Como se mencionó anteriormente, los únicos Acuerdos que no incluye valores es Guatemala y Can que aplican para entidades desde el orden Municipal, Salvador que aplica desde entidades Departamentales y Honduras que aplica únicamente a las entidades de orden Nacional. Por lo contrario, los demás Acuerdos imponen un umbral para su aplicación en servicios de construcción

desde 140.010´191.00 hasta 14.645´862.000 que exige el Acuerdo con México para las entidades de orden Nacional generales y 23.975´680.000 las entidades de orden Nacional Especiales.

Tabla 14. *Cuantías de los Procesos por Rangos.*

Cifras en Millones´

Rangos	Cant. De Procesos
Hasta 2,000	38
De 2,001 Hasta 5,000	13
De 5,001 Hasta 10,000	4
De 10,001 Hasta 30,000	5
Mayor a 30,001	2

Fuente: Creación propia

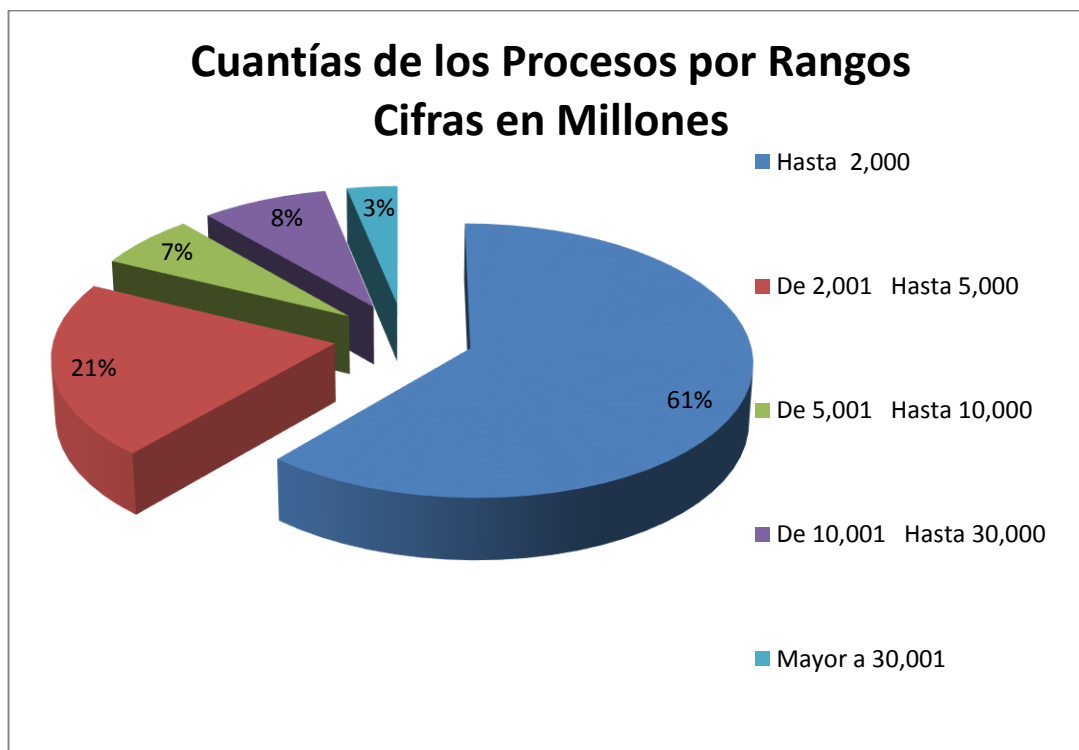


Figura 5. Cuantías de los Procesos por Rangos.

Como se logra visualizar en la gráfica anterior, el 61% de los procesos analizados oscilan su cuantía hasta los dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), representando la mayoría de los procesos analizados y el 3% de estos tienen una inversión mayor a los treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000), lo cual representa la minoría.

A esto se debe que en la gráfica del ítem anterior, en la cual se mencionaba la frecuencia de la aplicación de los Acuerdos, arrojara como resultado que los Acuerdos que menos se aplicaron fueron los realizados con países que establecen umbrales muy altos a comparación de las cuantías que, generalmente, tienen los procesos de contratación de infraestructura en grandes urbes como el Área Metropolitana de Bucaramanga.

El proceso que mayor inversión implicó en el Área Metropolitana de Bucaramanga en el año 2014, fue desarrollado por la Secretaria de Infraestructura del Departamento de Santander, por un valor de ciento trece mil ciento ocho millones setecientos trece mil setecientos noventa y nueve pesos (\$113.108.713.799,00), proceso que tiene por objeto la “AMPLIACION DEL CORREDOR VIAL PRIMARIO BUCARAMANGA FLORIDABLANCA SECTOR PUERTA DEL SOL - PUENTE PROVENZA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA”, es decir, se desarrolló en el municipio de Bucaramanga.

El segundo proceso de mayor inversión lo adelantó la Unidad de Servicios Penitenciarios en el Municipio de Girón por un valor de sesenta y siete mil seiscientos ochenta y dos millones ciento ochenta mil seiscientos noventa y nueve pesos (\$67.682.180.699,00) para la” CONSTRUCCION DE UN SECTOR DE MEDIANA SEGURIDAD Y OBRAS CONEXAS EN EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD EPAMS GIRÓN, SANTANDER, MEDIANTE EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FORMULA DE REAJUSTE. DE ACUERDO CON LOS ESTUDIOS, DISEÑOS, PLANOS Y ESPECIFICACIONES SUMINISTRADOS POR LA USPEC.

5.5 Estudio de las fechas de Apertura y cierre de procesos.

Con el fin de darles suficiente tiempo a los oferentes internacionales interesados en la participación de los procesos de contratación, las entidades están obligadas a establecer en su cronograma el tiempo mínimo establecido en los Acuerdos para la entrega de las propuestas con los respectivos requerimientos que realiza la entidad.

Las exigencias de los plazos mínimos varían según cada Acuerdo y dependen también de si van a adquirir bienes y servicios de características uniformes. Sin embargo, se plantea la posibilidad de reducir los plazos si la información del proyecto fue publicada oportunamente entre 40 días y 12 meses antes de la publicación del Aviso de Convocatoria. Se debe tener en cuenta que los días establecidos por los Acuerdos como plazo para la entrega de la oferta se deben contar como días calendarios.

Además, cabe mencionar que los Acuerdos con Guatemala, El Salvador, Honduras, México y CAN, no establecen un plazo mínimo para presentar las ofertas, y algunas entidades como INVISBU, hacen claridad de esto cuando al mencionar que los Acuerdos que aplican al proceso no tienen una limitación de tiempo.

Tabla 15.

Rango de días para la presentación de ofertas.

Plazo para la presentación de Oferta	
De 1 a 5 días	1
De 6 a 10 días	35
De 11 a 15 días	14
De 16 a 20 días	5
Mayor a 20 días	5

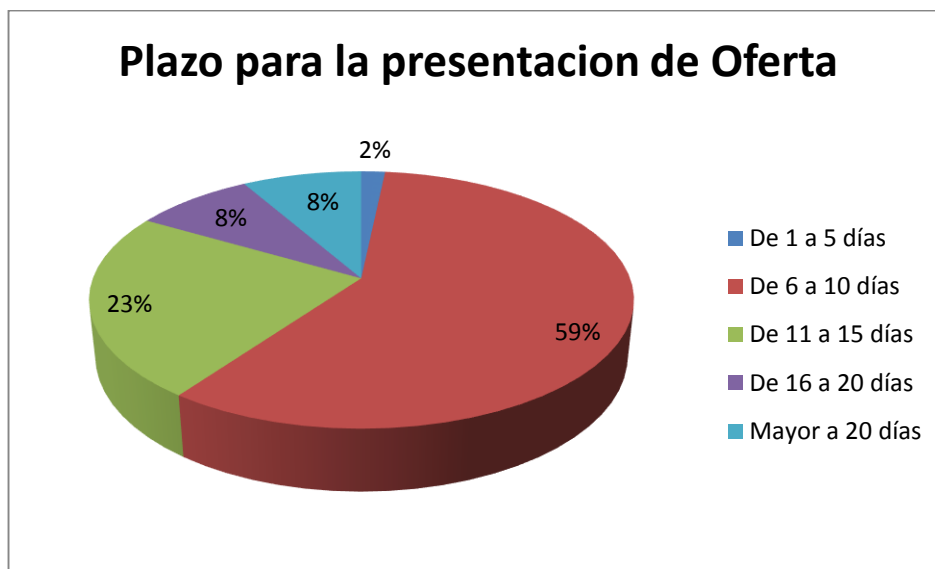


Figura 6. Rango de días para la presentación de oferta.

Como se evidencia en la gráfica la mayoría de los procesos de Contratación objeto de estudio, establecen un rango entre 6 y 10 días para la presentación de la oferta lo cual representa un 59% de la totalidad de los procesos, un 23% de los procesos establecieron de 11 a 15 días plazo para la presentación de la oferta.

Según los plazos establecidos en los procesos analizados, y teniendo en cuenta que a la mayoría de los procesos se le aplica los Acuerdos con Guatemala, CAN, Salvador no determinan plazos mínimos, en general las entidades cumplen con la obligación establecida en los Acuerdos del tiempo razonable para la presentación de las ofertas.

Finalmente cabe mencionar que en dos procesos de contratación no se publicó el acta de cierre, lo cual dificulto calcular los días que establecieron estas entidades como plazo para la presentación de la oferta, pues no se pudo establecer con certeza el día del cierre de la urna. Así mismo se está vulnerando el principio de publicación al no publicar un documento que conforme

la ley debe ser notificado a todas las partes y a la comunidad en general en el portal de contratación SECOP.

5.6 Relación de las formas de participación de los oferentes.

Como se estudió en el desarrollo del primer objetivo, los oferentes interesados pueden participar de diversas formas en los procesos de contratación, ya sea como particulares o haciendo parte de asociaciones como los Consorcios o Uniones Temporales.

Tabla 16.

Forma de participación de los oferentes.

Forma de Participación de los Oferentes				
	No. Oferentes	UT	Consorcios	Particular
Bucaramanga	181	16	94	71
Floridablanca	15	5	7	3
Girón	23	2	16	5
Piedecuesta	6	3	3	0
TOTALES	225	26	120	79

Fuente: Creación propia

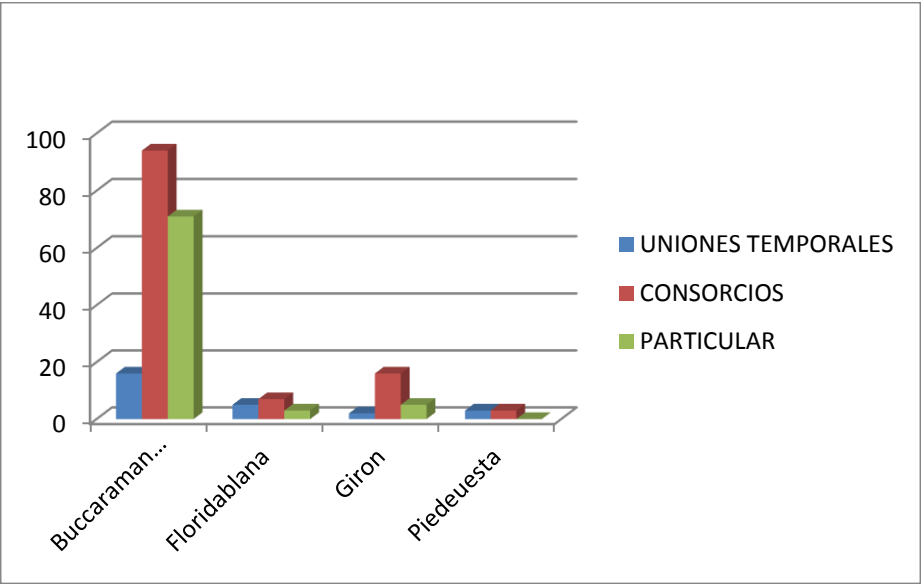


Figura 7. Forma de participación de Oferentes por Municipios.

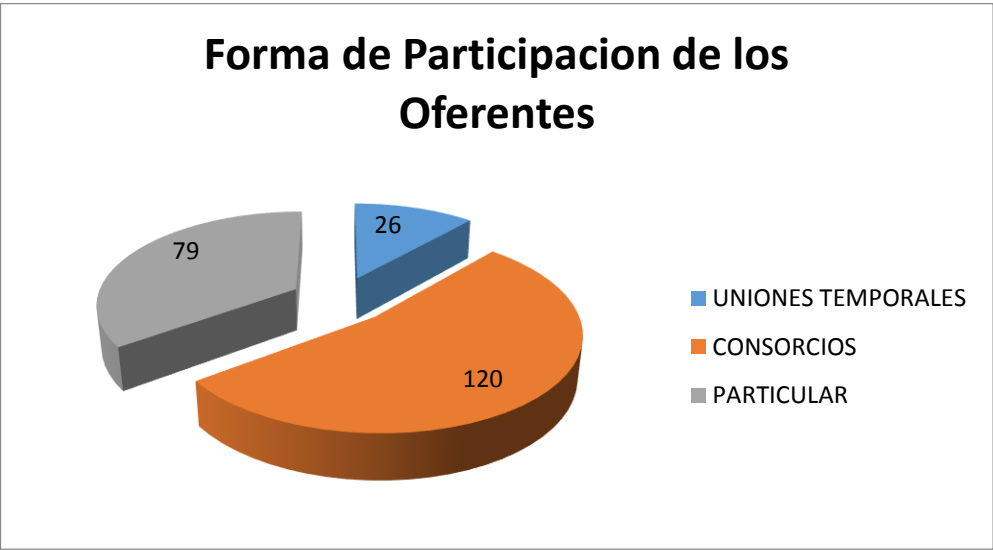


Figura 8. Forma de participación de los oferentes en los procesos estudiados

La primera grafica permite visualizar la forma de participación más común de los oferentes discriminada por municipios: en Bucaramanga la forma de participación más común fue

Consorcio, seguido por particulares y con una diferencia bastante marcada las Uniones Temporales, en Floridablanca también predomina los Consorcios sobre las Uniones Temporales y sobre los particulares, en Girón igualmente hay una diferencia bastante marcada entre la preferencia de los oferentes de participar en Consorcios que en Uniones temporales y particularmente y finalmente en Piedecuesta la participación en Consorcios y Uniones Temporales fue igualitaria, mientras que no hubo ningún oferente que participara particularmente.

Esto nos permite concluir, que los oferentes prefieren participar realizando asociaciones en Consorcios, ya que de los 225 oferentes que se presentaron en los 62 procesos de Contratación analizados, 120 eran Consorcios, 79 particulares y 26 Uniones Temporales.

5.7 Relación número de oferentes por Entidades.

Hay que mencionar además, que llamó considerablemente la atención en la cantidad de oferentes en cada uno de los procesos, ya que en entidades de orden Nacional como INVIAS, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios y la Policía Nacional, la cantidad de oferentes era bastante mayor a la cantidad de oferentes en los procesos adelantados por las demás entidades de orden Municipal y Departamental, tal y como se puede evidenciar en la siguiente tabla:

Tabla 17.

Numero de Oferentes discriminado por entidades

ENTIDADES DE ORDEN	No. DE PROCESOS	CANTIDAD DE OFERENTES
NACIONAL	3	92

ENTIDADES DE ORDEN	No. DE PROCESOS	CANTIDAD DE OFERENTES
DEPARTAMENTAL	4	13
ENTIDADES DE ORDEN	No. DE PROCESOS	CANTIDAD DE OFERENTES
MUNICIPAL	17	35

Fuente: Creación Propia

Por ejemplo, en el proceso No. USPEC-LP-013-2014 adelantado por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios se presentaron 32 oferentes, en el proceso No. LP-DO-SRN-062-2014 adelantado por INVIAS se presentaron 39 oferentes, y en el proceso No. PN DIBIE LI 083 2014 adelantado por la Policía Nacional se presentaron 21 oferentes, mientras que en las entidades de orden municipal y departamental la cantidad de oferentes oscilan entre los 1 y los 10 oferentes, siendo 10 el mayor número que se dio el proceso IT-LP-14-08, el cual se caracteriza por ser el de mayor valor entre todos los procesos estudiados.

5.8 Estudio Nacionalidad de los Oferentes.

El artículo 19 del Decreto 1510 del 2013, se consagra el deber que tienen las entidades estatales de publicar en el Secop los documentos del proceso de selección y los actos administrativos expedidos con ocasión del mismo, en un término de tres (3) días hábiles, contados a partir de su expedición.

Esta norma establece que la única oferta que debe ser publicada es la de quien resulte ganador del proceso de selección. Sin embargo, revisando el portal de contratación se evidenció la ausencia

de algunas ofertas seleccionadas en los documentos publicados de los procesos objeto de estudio, lo cual dificultaba conocer la conformación de las uniones temporales y consorcio en aras de determinar la participación de empresas extranjeras en las ofertas seleccionadas, y además se solicitó indicar si hubo participación de oferentes extranjeros en las demás ofertas, aunque no hubieran sido seleccionadas.

Por lo cual se elaboró un derecho de petición a 14 entidades, en el cual se expusieron como hechos los siguientes:

PRIMERO: Desde el año 2010, me encuentro matriculado en programa de derecho de la Universidad Santo Tomas Seccional Bucaramanga.

SEGUNDO: En el semestre B del año 2014, termine el décimo semestre de la carrera. Actualmente me encuentro desarrollando la tesis, la cual es requisito para la obtención de grado.

TERCERO: La tesis de grado que actualmente desarrollo tiene como título Participación de oferentes extranjeros en los procesos de contratación estatal desde una visión normativa, jurisprudencia y práctica según el principio del trato nacional y tiene como objetivo analizar el desarrollo del principio del Trato Nacional en la Contratación Estatal desde una perspectiva normativa, jurídica y fáctica para así determinar si se cumple, o no, con la disposición Constitucional de dar el mismo trato a los bienes y servicios extranjeros que a los civiles nacionales.

CUARTO: Para el correcto cumplimiento de los objetivos planteados se requiere conocer la conformación de las uniones temporales y consorcio en aras de determinar si uno de los integrantes es una empresa extranjera.

QUINTO: Revisados los documentos publicados por la entidad en el SECOP dentro de los procesos objeto de estudio, no se evidencia la publicación de la oferta ganadora, por consiguiente no he logrado analizar si alguno de los que integran el Consorcio o Unión Temporal son extranjeros, lo cual es necesario para desarrollar adecuadamente mi tesis de grado.

Haciendo uso del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, se solicitó respetosamente “Identificar e informar de la participación de oferentes extranjeros que se presentaron haciendo parte de algún tipo de asociación (Consorcio, Unión temporal) o de forma individual, dentro de los procesos” que adelantó cada entidad y fueron objeto de estudio. Además, se solicitó que en caso de responder negativamente la solicitud presentada se justificara de hecho y de derecho, y de no ser competente la entidad en la cual se radicó el derecho de petición, se solicitó se hiciera traslado a la entidad competente.

A continuación se relacionaran las respuestas de las entidades a las que se le solicitó esta información:

1. Alcaldía de Floridablanca: “a fin de dar respuesta a su petición acerca de información sobre la identificación de los participantes extranjeros que se presentaron haciendo parte de algún tipo de asociación o de forma individual...debo manifestar que no hubo participación de extranjeros bajo ningún tipo de asociación”
2. Hospital Universitario de Santander: “En relación con la petición impetrada por usted... me permito manifestarle que en el proceso en mención se presentaron dos proponentes plurales los cuales corresponden a Consorcio Reforzamiento Hospital 2015 y Consorcio Reforzamiento Urgencias ESE HUS, es importante precisar que dichas asociaciones no cuentan con proponentes extranjeros”

3. Alcaldía de Bucaramanga: “en respuesta a la comunicación por usted instaurada y dentro del tiempo legal estipulado, encontramos que dentro de los procesos de contratación mencionados tan solo uno cuenta con las especificaciones requeridas SL-LP-015-2014, cuyo objeto es **INSTALACION DEL SISTEMA DE SEMAFOROS EN LA INTERSECCION VIAL DE LA CALLE 45 CON CARRERA NOVENA Y CONSTRUCCION DEL SISTEMA DE ILUMINACION FUNCIONAL Y ARQUITECTONICO DEL VIADUCTO CARRERA NOVENA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA**, en el cual se presentó y participó la firma “ElectronicTrafic S.A” de procedencia de Valencia España, la cual no resultó seleccionada.”
4. Alcaldía de Piedecuesta: “Es pertinente indicar que en ninguno de los referidos procesos que adelantó este ente territorial se presentaron oferentes extranjeros. Asimismo, es de aclarar que tampoco los miembros de las formas asociativas (Consortio, Unión Temporal) tienen calidad de extranjeros”
5. Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios: “Revisando los expedientes que reposan en la entidad, los cuales están publicados en el **PORTAL UNICO DE CONTRATACIÓN**, se evidencia que dentro de proponentes no hubo integrantes de consorcios o uniones temporales extranjeros. Sin embargo, se anexa el link de la página de contratación estatal para que sea consultada y verificada”.
6. Metrolinea: “En mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Metrolinea S.A me permito aclarar que el objeto que usted relaciona en el procesos SI-LP-009-2013 corresponde al proceso de contratación M-IPU-002-2014, una vez precisado lo anterior, le

comunico que en los procesos de contratación referidos no hubo presentación de ofertas de proponentes extranjeros”.

7. Gobernación de Santander – Secretaria de Infraestructura: “En virtud de que son varios los integrantes de las propuestas, se procederá a revisar el archivo para identificar la nacionalidad de los proponentes, una vez se cuente con una respuesta de fondo la oficina jurídica procederá a notificar en el transcurso de 10 días”.
8. Gobernación de Santander – Secretaria general: “Se puso verificar que el día de cierre se presentó un (1) solo oferente, siendo este la empresa SISCOTEL identificada con NIT No. 804013234-1 y representada legalmente por Mina Rueda Sarmiento, identificada con cedula de ciudadanía No. 63.294.540, se realizó la respectiva evaluación de la propuesta la cual fue publicada en el secop, por haber cumplido con los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones a esta empresa le fue adjudicado el contrato No. 1529 de 2014. Así mismo le informo,, que verificado los documentos que acreditan al contratista, se pudo evidenciar que los socios son personas con nacionalidad Colombiana.”
9. Dirección de Transito Floridablanca: “En cuanto al proceso de selección objetiva, adelantado por esta entidad, bajo la modalidad de licitación pública, identificado como DTTF-LP-023-2014, me permito informarle que en el mismo no hubo participación de oferentes extranjeros, ni en forma individual, ni de manera asociada. La participación dentro de este proceso fue únicamente con proponentes nacionales.
10. Instituto Nacional de Vías: “Verificada la página del SECOP, en las publicaciones realizadas por esta Entidad en el curso del proceso LP-DO-SRN-062-2014, se encuentran publicados en esta página todos los documentos de dicho proceso. Es de anotar que el

principio de que el Instituto Nacional de Vías ha cumplido con el principio de publicidad y las normas que lo desarrollan, concretamente con lo previsto por el artículo 19 del Decreto 1510 del 2013. No obstante, podrá encontrar en el link de la página del Secop www.contratos.gov/puc/buscador.html todos los documentos del proceso licitatorio referido, como también los de todos los procesos de contratación de esta Entidad y así podrá cumplir con los objetivos que tiene para la tesis de grado”.

11. Área Metropolitana de Bucaramanga: “En los procesos relacionados por usted a saber LP-SI-004-2014, LP-SA-002-2014 Y LP-SA-001-2014, no se presentaron ofertas integradas por personas naturales y/o jurídicas extranjeros que formen parte de CONSORCIOS y/o UNIONES TEMPORALES.”

De los 14 derechos de petición que se radicaron entre los días 7, 8 y 12 de mayo del año en curso, se obtuvieron 11 respuestas, lo que implica que 3 entidades no respondieron los derechos de petición, estas entidades son: Policía Nacional- Departamento de Bienestar Social, Corporación Autónoma para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga- CDMB, y la alcaldía de Girón- Secretaria de Infraestructura.

Sin embargo, de las respuestas que se obtuvieron se logra evidenciar que en un proceso, se presentaron oferentes con nacionalidad extranjera, esto es en el proceso No. SI-LP-015-2014, cuyo objeto es INSTALACION DEL SISTEMA DE SEMAFOROS EN LA INTERSECCION VIAL DE LA CALLE 45 CON CARRERA NOVENA Y CONSTRUCCION DEL SISTEMA DE ILUMINACION FUNCIONAL Y ARQUITECTONICO DEL VIADUCTO CARRERA NOVENA DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA, en el cual se presentó y participó la firma “ElectronicTraffic S.A” de procedencia de Valencia España, lo cual significa una cantidad muy

baja de participación de oferentes extranjeros en procesos desarrollados en el Área metropolitana de Bucaramanga, teniendo en cuenta que en total se presentaron 225 oferentes en todos los procesos estudiados.

6. Disposiciones de los Pliegos de Condiciones que incentivan o restringen la Participación de Oferentes Extranjeros en los Procesos de Contratación Pública.

El Pliego de Condiciones se conoce como la parte medular de un proceso de Contratación, allí se plasman todos los aspectos técnicos, jurídicos y financieros del contrato y su ejecución, además se da a conocer la normatividad que lo rige, los derechos y obligaciones que las partes deben cumplir, la determinación y ponderación de los factores objetivos que permitirán la selección y, finalmente, las circunstancias de modo y lugar bajo las cuales se desarrollará tanto el proceso licitatorio como el contrato que resulte de este proceso.(Procuraduría General de la Nación, 2011)

Los factores que permiten la selección de contratista se rigen por el principio de objetividad e igualdad, los cuales disponen la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas contenidas en el Pliego de Condiciones, las cuales no deben ser direccionadas para beneficiar o perjudicar a un contratista en específico, pues acomodar las condiciones en los pliegos para obedecer intereses particulares o favores políticos conlleva a la corrupción.

Dentro de los pliegos de Condiciones de los procesos objeto de estudio, se establecen aspectos específicos que cambian según la extranjería del oferente. Por ejemplo, la forma de legalizar documentos del exterior, la información financiera para proponentes extranjeros, el requisito del RUP para oferentes que no tienen domicilio en Colombia o los documentos adecuados que certifiquen la existencia y representación legal del oferente. A continuación se mostrará cómo, recurrentemente, se solicita a los extranjeros los anteriores requisitos para la participación y adjudicación de un contrato estatal.

En cuanto a la legalización de documentos otorgados en el exterior, se mencionan dos tramites que pueden seguir, el primero de ellos está contenido en el artículo 480 del Código de Comercio el cual dispone el procedimiento de autenticación de documentos en el exterior por los funcionarios competentes para ello y la firma de tales funcionarios será autenticada a su vez por el cónsul Colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga. La Consularización, como le llaman a este proceso, también se realiza a documentos pertenecientes a sociedades, en los cuales el cónsul hará constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país.

Al realizarse el procedimiento de la Consularización con los documentos, éstos deben ser presentados ante la Oficina de legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia a fin de realizar la legalización de la firma del cónsul y demás trámites pertinentes.

El segundo procedimiento es permitido según el Convenio de la Haya del 5 de Octubre de 1961, el cual se aprobó como método para la legalización de documentos públicos a fin de verificar su autenticidad, dicho convenio entró en vigor en Colombia por medio de la ley 455 de 1998 cuya contenido dispone el procedimiento de la Apostilla para certificar la autenticidad de la firma y el título a que ha actuado la persona firmante del documento y que se surte efecto ante la autoridad competente en el país de origen

Sin embargo, Colombia Compra Eficiente mediante Circular Externa No. 17 del 11 de febrero de 2013, manifiesta que en los pliegos de condiciones y en las invitaciones a participar en Procesos de Contratación, las Entidades Estatales pueden solicitar que durante la etapa de selección los documentos sean aportados en copia simple y que para la adjudicación o la expedición de la aceptación de la oferta, el proponente aporte el documento con la exigencia legal correspondiente.

Lo anterior nos permite visualizar que lo dispuesto para la presentación de documentos expedidos en el exterior en los Pliegos de Condiciones, representa una forma de restringir la participación de oferentes extranjeros en los Procesos de Contratación nacionales, ya que al solicitar el requisito de Apostillaje y Consularización para los documentos expedidos en el exterior y que pretenden ser aportados en la etapa de selección, implica una inversión mayor de tiempo y dinero al interesado extranjero, el cual es valioso y decisivo tanto para la entidad estatal como para el oferente.

Así mismo sucede con los documentos que están en un idioma diferente al castellano, pues en algunos Pliegos de Condiciones solicitan que estos documentos se alleguen en el idioma original y además, se adjunte una traducción oficial avalada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, sin tener en cuenta la disposición de Colombia Compra Eficiente al respecto, especificando que estos documentos en la oferta pueden ser presentados en su lengua original junto con la traducción simple al castellano y si el proponente resulta adjudicatario, debe presentar la traducción oficial al castellano de los documentos presentados en idioma extranjero y del mismo texto que contenían.

Para la certificación de existencia y representación legal de todos los oferentes extranjeros interesados en participar en el proceso de contratación disponen la presentación de un documento idóneo que haya sido expedido con un tiempo razonable de anticipación. Por ejemplo, en el proceso IT-LP-14-08 adelantado por la Gobernación de Santander—Secretaría de Infraestructura, solicitan que este documento sea expedido con 3 meses de anterioridad al cierre, mientras a los Nacionales les exigen que haya sido expedido máximo con 1 mes de anterioridad al cierre del proceso.

Con respecto a la presentación de información financiera, los Pliegos de Condiciones generalmente solicitan que los oferentes extranjeros presenten sus estados financieros en la moneda legal del país del cual es proveniente y complementarlos presentando estos en moneda Colombiana, determinan que el procedimiento a seguir es: a) si los estados financieros están expresados en dólares de los Estados Unidos de América, se convierten a pesos colombianos utilizando la tasa del banco de la república, b) si originalmente los estados financieros se encuentran en otra moneda diferente a los dólares de los Estados Unidos de América, entonces se

deben primero convertir a esta moneda y luego realizar el procedimiento mencionado en el literal a.

Como se puede notar, la presentación de algunos requisitos por la naturaleza extranjera del proponente son diferentes a los solicitados a los proponentes nacionales, en los cuales se puede exigir más documentos o que los documentos certifiquen más información, lo cual es totalmente entendible, ya que es función de las entidades públicas verificar que los proponentes sean realmente capaces financiera, técnica y jurídicamente de desarrollar el proyecto. Pero esto también implica una inversión más de tiempo para los oferentes extranjeros lo cual los puede poner en una situación de desventaja.

Ahora bien, existen aspectos implícitos en los procesos contractuales, y más específicamente en los pliegos de condiciones, que tienden a limitar la participación de los oferentes independientemente de su nacionalidad, esto con el fin de satisfacer intereses propios y, además beneficiar a un tercero en específico, lo cual conlleva a generar corrupción.

Esta corrupción se manifiesta mediante prácticas ilícitas que se realizan mayoritariamente durante la etapa de Planeación y la etapa Precontractual de los procesos de contratación y comprenden desde la participación de sus familiares, allegados o empresas de las cuales son socios o tienen algún vínculo profesional, hasta la aplicación de sobornos para la adjudicación del contrato público¹⁷ y la adjudicación por tráfico de influencias o intercambio de favores. (Cuenca, 2011)

¹⁷El cual consiste en el cobro de comisiones porcentuales ilícitas sobre el valor de la obra-generalmente el diez (10) por ciento, o un valor indiscriminado, a cambio de su adjudicación.

La corrupción en la contratación pública es uno de los factores más incidentes en los índices desfavorecedores de la economía, así lo ha demostrado Transparencia Internacional¹⁸ al mencionar en un informe del 2010, que anualmente se pierden alrededor de US\$ 400.000 millones por sobornos y corrupción en la contratación pública, incrementando los costos del gobierno cerca del 20% al 25%. Y es que la contratación pública es particularmente susceptible a la corrupción debido al alto nivel de fondos involucrados y al perfil de gastos de los programas de contratación pública. (Campos J & Pradhan, 2009).

Esta misma organización determinó para el año 2014 el índice de percepción que mide los niveles de corrupción del sector público en 175 países y territorios de todo el mundo, dentro del cual, Colombia ha obtenido 36 puntos en una escala de 0 (percepción de altos niveles de corrupción) a 100 (percepción de bajos niveles de corrupción), lo que conlleva a ubicarlo en el puesto 94 de los 175 países y al puesto 17 dentro de la clasificación de América. (Transparency International, 2014)

A nivel nacional, Transparencia por Colombia ha evaluado a 41 municipios, dentro de los cuales el Municipio de Girón se encuentra en el séptimo lugar, el municipio de Bucaramanga en el décimo lugar, el municipio de Floridablanca en el onceavo y el municipio de Piedecuesta en el vigésimo quinto lugar. (Transparencia por Colombia , 2014)

A pesar del esfuerzo por parte de la comunidad internacional de fomentar la creación de sistemas de contratación pública para implementar políticas de selección de contratista basadas en

¹⁸*Transparency International consists of more than 100 chapters – locally established, independent organisations – that fight corruption in their respective countries. Our Mission is to stop corruption and promote transparency, accountability and integrity at all levels and across all sectors of society.*

la transparencia, objetividad, economía y celeridad, existen intereses económicos en los particulares que no permiten ejecutar estas prácticas, y además, los diversos sistemas jurídicos que acoge cada país hacen más difícil el establecimiento de procesos uniformes para la selección de contratista en contrataciones internacionales.

Estos intereses económicos en los particulares para direccionar la contratación a un oferente en específico, se ven reflejados en algunas exigencias que las entidades hacen en los pliegos de condiciones, los cuales son un obstáculo para la participación de oferentes extranjeros en los diversos procesos de contratación a los cuales se les aplica los Acuerdos Internacionales.

Lo anterior, perjudica visiblemente el comercio y el crecimiento económico, ya que al verse obstaculizados los interesados en la contratación estatal dirigirán sus hacia otros países, y los “recursos que propiciarían el despegue de los países en desarrollo huirán hacia otros territorios menos conflictivos”(Chaparrós, pág. 20). Además, según las investigaciones del FMI, la inversión en los países corruptos es casi un 5% menor que en los países relativamente exentos de corrupción.

En el análisis de los Pliegos de Condiciones de los diversos procesos estudiados, se encontraron formas usuales de limitar los procesos de Contratación, los cuales directa o indirectamente se convierten en filtros artificiosos en requisitos de capacidad jurídica, técnica o financiera, producto de la autonomía de la voluntad que ejerce la administración para solicitar requisitos de experiencia general o específica, jurídicos o financieros.

Es precisamente en los requerimientos de experiencia donde se encontró una mayor afluencia de condiciones limitantes a los proponentes, entre los cuales varían desde solicitud de una cantidad específica de contratos, que la ejecución de estos se hayan realizado en un tiempo en específico,

que la sumatoria de estos contratos superen en cierto porcentaje de la cuantía del proceso a ejecutarse o que los contratos sean ejecutados con entidades públicas.

Al respecto Colombia Compra ha establecido que si bien es necesario exigir experiencia para seleccionar al contratista encargado de ejecutar la obra, con el fin de constatar su idoneidad. Sin embargo, ésta se obtiene con contratantes pública, privada, nacional o extranjera, y no hay límite frente al número de contratos y a la fecha en la cual estos fueron celebrados, ya que la experiencia no se agota con el paso del tiempo, pues “no es más experto quien menos contratos de iguales condiciones acredite o que solo sea idóneo quien haya celebrado contratos recientes”, así lo mencionó el Comité de Transparencia por Santander en una observación presentada al Municipio de Bucaramanga- Secretaria de Infraestructura en el proceso de Contratación por Licitación Pública No. SI-LP-008-2014.

Además, se evidencio que las entidades solicitan específicamente requerimientos para demostrar la experiencia en contratos de construcción que se hayan realizado en obras públicas, como edificaciones, de establecimiento de uso público, colegios, centros de convenciones o centros culturales. Sin embargo, no tienen en cuenta que la realización de obras privadas también son factores que podrían indicar la experiencia del proponente para la realización de la obra que se pretende contratar.

Inclusive, se encontró que algunos Pliegos de Condiciones establecen la obligación de asistir a audiencias, o realizar visitas de obras para los oferentes interesados en la ejecución del contrato, y además éstas se establecen en poco tiempo contado desde la apertura del proceso, lo cual visiblemente restringe la asistencia a los oferentes domiciliados en otras ciudades o nacionalidades.

A pesar de que en múltiples ocasiones se ha dejado claro que las entidades no pueden solicitar referencias o marcas específicas para proveer los materiales, las entidades aún siguen usando este requerimiento como una forma de limitar la contratación, excusándose de buscar calidad en la ejecución del contrato. Sin embargo, este aspecto puede desfavorecer notablemente a un oferente extranjero interesado, quien por obvias condiciones no alcance a introducir estos materiales en el formulario de cantidades o precios.

Llama la atención notablemente en la evaluación del proceso en el cual se presentó el oferente extranjero de nacionalidad española, ELECTRONIC TRAFIC SA, que su oferta fue rechazada y, por lo tanto, no evaluada en los aspectos técnicos, por que el proponente modificó el formulario de cantidades y precios debido a que incluyó el valor de IVA, incurriendo en la causal de rechazo, cuando está establecido que solo será causal de rechazo por la falta de aquellos requisitos que otorguen puntaje, y en este caso en específico, este requisito era habilitante no ponderable.

Como se pudo evidenciar en el análisis cuantitativo de la participación de oferentes en los procesos objeto de estudio, realizado en el anterior capítulo, estas restricciones afectan principios tales como el de la libre competencia, ya que no es de interés de los oferentes participar en procesos de contratación en los cuales dentro de los pliegos se encuentran exigencias que permiten concluir que van dirigidas a una persona en específico, pues no vale el esfuerzo en tiempo y económico que significa participar en un proceso, cuando en éste no hay garantías de igualdad de oportunidades entre los oferentes.

Este mismo análisis lo aplican los oferentes extranjeros que, a pesar de estar interesados en participar en procesos de contratación que signifiquen una gran inversión, se encuentran con prácticas de corrupción en el desarrollo de la selección de contratistas para la contratación pública.

7. Conclusiones

El Estado es un promotor indispensable de la economía de cada país, usa la Contratación Pública para cumplir sus funciones y al mismo tiempo estimula a las empresas nacionales o Mipymes, mediante los recursos empleados en la adquisición de bienes y servicios como impulsor estratégico económico. Es decir, la Contratación Pública no solo cumple su función al seleccionar un

contratista para la ejecución de un proyecto, además busca apoyar el crecimiento económico de cada región.

Sin embargo, el Estado Colombiano consiente del efecto que ha generado la globalización entre las Naciones y de los diversos beneficios que genera la inversión extranjera a la economía interna, ha adquirido diversos compromisos en los cuales se establecen principios y beneficios para los inversionistas extranjeros.

Pero la participación de oferentes extranjeros en los procesos de contratación no implican necesariamente una inversión extranjera, a menos que el proyecto se ejecute con capital del contratista o que éste importe maquinaria especializada bajo su responsabilidad. Por lo tanto, cuando el Gobierno establece beneficios a los inversionistas extranjeros, estos no deben ser considerados una condición favorable, con respecto a los nacionales al momento de participar en un proceso de contratación, pues estos beneficios están dirigidos y justificados en la necesidad del Gobierno Colombiano de proteger a los extranjeros e incentivarlos a invertir para el crecimiento económico del país.

Ahora bien, más específicamente en materia de Contratación estatal, el Estado Colombiano ha acogido Acuerdos Comerciales Regionales, directamente con otros países para establecer, bajo su propio alcance, las condiciones de los procesos de compras públicas, los requisitos para resultar beneficiado del Acuerdo, y los principios que regirán la participación de los oferentes extranjeros en la Contratación Estatal.

Uno de estos principios es el Trato Nacional, el cual establece la obligación de darles el mismo trato que reciben los nacionales, a los extranjeros provenientes de países con los que Colombia negoció el Acuerdo. Cabe mencionar que se debe diferenciar la aplicación del principio

del Trato Nacional, del cual se hacen beneficiarios únicamente las partes del Acuerdo, a la aplicación del Trato Nacional por Reciprocidad, que es producto de la normativa Colombiana para todos los países que le den el mismo trato a los Colombianos que a sus nacionales en los procesos de Contratación.

El hecho que solo Ecuador y Perú cuenten con el beneficio del Trato Nacional por Reciprocidad para adquirir servicios, excluyendo los bienes, es un indicativo más de la protección que le da cada Gobierno a sus empresas regionales por medio de la Contratación, y la exclusión que se le hace a la libre participación de oferentes sin discriminación de nacionalidad.

Es decir, únicamente los oferentes provenientes de países con los que Colombia ha negociado un Acuerdo en la materia, tiene la garantía de la aplicación del principio del Trato Nacional, ofreciéndole todos los beneficios que el gobierno ha establecido para los bienes y servicios de origen Nacional.

Sin embargo, al momento de realizar el análisis para aplicar estos Acuerdos, se visualizó aspectos como umbrales de las cuantías más bajos para las entidades de orden Nacional cuando los Acuerdos aplican también a entidades de orden Municipal y Departamental, lo cual nos indica que existe más probabilidad de aplicar un Acuerdo en entidades de orden Nacional que en una entidad de orden Municipal.

Al respecto, también se determinó que 5 de los 8 Acuerdos no aplican para entidades de orden Municipal, 3 de los 8 de éstos no aplican a entidades de orden Departamental y todos los Acuerdos aplican a entidades de orden Nacional, lo cual nos indica que la aplicación del principio del Trato Nacional es más restringido para los procesos de contratación que se adelanten por

alcaldías o entidades municipales descentralizadas, gobernaciones o entidades departamentales descentralizadas que los adelantados por entidades Nacionales o especiales de orden Nacional.

Lo anterior, conlleva a discernir que una de las causales por las cuales no se presentó alto porcentaje de participación de extranjeros en los procesos estudiados, es precisamente porque la mayoría de ellos fueron adelantados por las Alcaldías, Gobernación o entes regionales, quienes buscan, por medio de la contratación estatal, apoyar la industria nacional y la economía regional.

Sin embargo, la participación de oferentes es limitada no solo por la poca cantidad de acuerdos que ha acogido el gobierno colombiano en la materia y las políticas internas de protección a las empresas nacionales y regionales, sino también, por el alto grado de corrupción que tiene el país en la contratación, lo cual es un símbolo claro de restricción de extranjeros en los procesos de contratación, ya que de por si es costoso participar en un proceso de contratación, los oferentes extranjeros no toman el riesgo de hacerlo al ver que los diferentes procesos contienen restricciones inmersas en los pliegos de condiciones para direccionar la contratación hacía un oferente en específico.

8. Hipótesis

La norma Constitucional que incluye el principio del Trato Nacional a las relaciones comerciales con extranjeros y la Ley 80 de 1993 en su artículo 20 el cual incluye la Reciprocidad y hace una extensión del Trato Nacional para los Procesos de Contratación Estatal, permitirá concluir que normativamente existen garantías para los Oferentes Extranjeros interesados en participar en la Contratación Pública. Sin embargo, en la práctica estas aplicaciones se ven limitadas por elementos utilizados para discriminar a favor de los oferentes nacionales,

mayoritariamente regionales, mediante preferencias de precios u obligaciones de asociación con empresas locales, lo cual puede que se deba a estrategias de superación y enfrentamiento de crisis económicas o los altos niveles de corrupción que determinan la Contratación Estatal en Colombia.

Bibliografía

Colombia Compra Eficiente. (s.f.). Obtenido de Manual para el manejo de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación:
http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf

Ley 80 . (28 de agosto de 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (2011). Obtenido de <http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=15031>

El Tiempo. (5 de agosto de 2014). *En 20 años, los 'mejores amigos' de Colombia trajeron el 30 % del PIB.*

El tiempo . (27 de agosto de 2014). Obtenido de <http://www.eltiempo.com/economia/indicadores/globalizacion-en-colombia/14447657>

Analdex. (2015). Obtenido de <http://saladelasamericas.com/noticia-seis-app-en-bogota-ejemplo-para-colombia.html>

Araya Allende, J. (2006). *Las Compras Publicas en Iso Acuerdos Regionales de América Latina con países desarrollados.* Santiago de Chile.

Campos J, E., & Pradhan, S. (2009). *Las multiples caras de la corrupcion.*

Cancilleria . (s.f.). Obtenido de <http://www.cancilleria.gov.co/juridicainternacional/trata>

Chaparrós, F. (s.f.). *La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio.*

Colombia Compra eficiente . (s.f.). *Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación.*

Compes 3615. (2009).

Compre Colombiano. (s.f.). Obtenido de Guía de Contratación Pública para Micro y Pequeñas

Empresas: <http://www.yocomprocolombiano.com/wp-content/uploads/2014/03/actualizacion-guia-mipymes.pdf.pdf>

Cuenca, C. G. (2011). Transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación estatal. En R.

ARAÚJO OÑATE, *LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta la eficiencia y transparencia en la contratación estatal?* (pág. 32). Bogotá: Universidad de Rosario.

Decreto 1510 2013. (s.f.). Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación públicas.

Decreto 2680 2009. (s.f.). Por el cual se definen los criterios para el Registro de Productores de Bienes Nacionales.

Decreto 3806 2009 . (s.f.). por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública.

Decreto 679 1994. (s.f.). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993.

Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). *Gestión de la Inversión Pública*. Obtenido de

<http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/eLearning/dnp/2/html/contenido-1.2-proyecto-IP.html>

Empresa Pública Importadora. (2014). Obtenido de

<https://importacionresponsable.wordpress.com/2014/03/31/que-es-la-desagregacion-tecnologica/>

Fandiño, J. E. (s.f.). *Regímen Jurídico del Contrata Estatal*. Bogotá: Leyer.

FMI. (noviembre de 2001). *Fondo Monetario Internacional* . Obtenido de La liberalización del comercio mundial y los países en desarrollo.

Gomez Lee, I. D. (2014). *El derecho de la Contratacion Pública en Colombia*. Bogotá: Legis.

Gonzalez Serna, C. A. (2014). De los avances legislativos en asociaciones público-privadas –APP- : los retos en estructuración de proyectos privadas –APP-: los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada. *Justicia Juris*.

Instituto de Ciencia Politica. (2012). *Observatorio Legislativo* . Obtenido de http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_197

Ley 80 1993 . (28 de Octubre). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Matallana Camacho, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública*.

Mazzei Alfonzo, J. (24 de noviembre de 2011). Origenes y fases de la globalización . *El Universal* .

Ministerio de Industria y Comercio . (s.f.). *Acuerdo Comercial Colombia Union Europea* . Obtenido de http://eeas.europa.eu/delegations/colombia/documents/page_content/colombia_unio_n_europea_acuerdo_comercial_jul_11_heavy_es.pdf

Ochoa, C. (s.f.). *Registro de Productores de Bienes Nacionales*. Ministerio de Comercio Industria y Comercio.

- Proexport. (2013). *Guía Legal para hacer negocios en Colombia*. Obtenido de http://www.procolombia.co/sites/default/files/guia_legal_2013_jul_0.pdf
- Ramirez, M. (2014). *Colombia Legal Corporation*. Obtenido de <http://www.colombialelegalcorp.com/consorcios-uniones-temporales-definicion-obligaciones-colombia/>
- Revista Dinero. (2013). ¡Que decepción!
- Rico Puerta, L. A. (2007). *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá.
- Roa Fonseca, R. (2014). *La Contratación en el Municipio Colombiano*.
- Rojas Sanchez, L. N. (2003). *Acceso a Mercados en los Acuerdos en Compras del Sector*. Banco Interamericano de Desarrollo .
- Rozemberg, R., & Gayá, R. (2012). *La dimensión Internacional de la Contratación Pública*. Universidad Nacional de San Martín. Red Interamericana de Compras Gubernamentales.
- Rozenwurcel, G., & Bezchinsky, G. (2011). *Compras Públicas: Costos y beneficios de los procesos de integración regional en el marco de los tratados de libre comercio*. Buenos Aires: Centro Internacional de Investigaciones Para el Desarrollo de Canadá, Universidad de San Martín.
- Sepulveda Figueroa, B. J. (2014). *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*. Tunja: Universidad Nacional de Colombia.

Transparencia por Colombia . (2014). *Indice de Trasnparencia de las Entidades Públicas*.

Obtenido de <http://www.indicedetransparencia.org.co/ITM/Alcaldias>

Transparency Internacional. (2014). Obtenido de CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2014:

RESULTS: <http://www.transparency.org/cpi2014/results>

Ulloa, A. (2006). *El Mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD. (2011). *Promoting investment for development: Best practices in strengthening investment in basic infrastructure in developing countries - a summary of UNCTAD's research on FDI in infrastructure*. Obtenido de http://unctad.org/en/docs/cimem2d15_en.pdf

Universidad del Rosario . (s.f.). *Tendencias actuales de la inversion extranjera en Colombia*.

Vanguardia Liberal . (2014). *Las obras públicas más importantes de los últimos años*. Obtenido de <http://www.vanguardia.com/historico/29765-las-obras-publicas-mas-importantes-de-los-ultimos-anos>

Wills-Valderrama, S. (2011). Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de Acuerdos Internacionales de Inversion: Un nuevo reto para Colombia. . *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 17-38.

Apéndices

Los apéndices se encuentran en carpeta anexa al Cd.