

Características de un modelo de licitación pública internacional para Colombia en articulación con el contexto internacional.

Modalidad: Monografía Jurídica

Felipe Barragán Clavijo

Jhon Fredy Orozco Londoño

Asesor

Juliana Nanclares Márquez

Maestría en Derecho Administrativo

Escuela de Posgrados

Universidad Autónoma Latinoamericana

Medellín

2019

## **1. Título del proyecto**

“Características de un modelo de licitación pública internacional en Colombia en articulación con el contexto internacional”.

## 2. Resumen del Proyecto

La contratación estatal es una de las actividades más representativas de la función administrativa, no solo porque a través de ella el Estado procura el logro de sus fines, sino porque además representa más del 15% del Producto Interno Bruto en Colombia, según lo sostiene el Observatorio Colombiano de Contratación Pública (2016). Sin embargo, los altos índices de corrupción y la profusa y complicada normativa colombiana sobre los procesos de selección (licitación pública) dificultan dicha actividad, lo cual ha sido para el legislador una preocupación de antaño. En efecto, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que finalmente se convirtió en la Ley 80 de 1993, destacaba que "...la moralidad y la pulcritud administrativas buscadas con la expedición de los estatutos [contractuales] tampoco pudo conseguirse..." (Congreso de la República, 1992, p. 2). Cuestión que inquietó también al Legislador cuando en el año 2007 reformó la Ley 80 con la Ley 1150 de 2007, cuyo proyecto se tituló: "por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos". En dicho proyecto se indicó que la rapidez y sencillez de los procesos contractuales es "la mejor garantía de probidad en el manejo de recursos públicos"(Congreso de la República, 2005, p. 8).

Por otra parte, la internacionalización ha permitido que Colombia celebre múltiples acuerdos con organismos internacionales y otros Estados, que establecen

lineamientos sobre la contratación pública, los cuales podrían sistematizarse a partir de un ejercicio de descripción, comparación y análisis, para proponer un modelo de licitación pública que se adecúe a las necesidades de la realidad colombiana en articulación con el contexto internacional.

### **3. Planteamiento del problema**

La internacionalización de los contratos públicos tiene una gran importancia en el derecho Colombiano, no solo por la presencia de empresas internacionales que ofertan bienes y servicios al Estado a través de figuras contractuales públicas ejecutadas en el territorio nacional, sino también por la multiplicidad de instrumentos internacionales suscritos por Colombia con otros Estados, Organizaciones de Estados y Organismos Internacionales como el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Venezuela y la República de Colombia (Tratado del grupo de los Tres TLC-G3), el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile firmado el 27 de noviembre de 2006, el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), suscrito el 25 de noviembre de 2008, el Tratado del Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, Triángulo Norte (TLC-TN), firmado el 9 de agosto de 2007 en Medellín, el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá suscrito el 21 de noviembre de 2008, el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América suscrito el 22 de noviembre de 2006, el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú firmado el 11 de diciembre de 2012.

Así mismo, como un mecanismo para garantizar los fines de la contratación pública, además de las apuestas teleológicas enarboladas en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, en la normativa nacional (Ley 80 de 1993,

artículo 3°), en los instrumentos internacionales en materia de contratación pública y en los tratados de libre comercio, se ha llegado a una serie de preceptos, principios y normas presentes y reconocidas en el ámbito internacional, pero que están dispersos y no se han sistematizado en un modelo, e incluso, algunos ni siquiera han sido evaluados en el ámbito académico.

En ese sentido la Ley 80 de 1993 contempla el principio de reciprocidad (artículo 20) y el tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales (artículo 21). En virtud del principio de reciprocidad, en los procesos de contratación estatal al proponente de procedencia extranjera debe dársele el mismo trato que se le prodiga al nacional colombiano en el correspondiente país extranjero. Esa reciprocidad puede surgir a través de acuerdo, tratado o convenio. A falta de estos, puede aplicarse la reciprocidad si los proponentes colombianos gozan del mismo trato en el otro país, en cuyo caso, el Gobierno Nacional está llamado a fijar los mecanismos que garanticen tal reciprocidad. Por su parte, el tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales exige que en los procesos de contratación pública se garantice la participación de oferentes nacionales en condiciones competitivas, siempre que en Colombia haya oferta. Además, debe preferirse la oferta nacional en caso de igualdad de condiciones para contratar en relación con un proponente extranjero, y si sólo hay oferentes extranjeros, deberá preferirse el que más incorpore recursos humanos o componente nacional. Asimismo, debe procurarse que en contratos como el de empréstito no se exija la adquisición de bienes o servicios foráneos o que a ello se condicione la adjudicación.

A pesar del reciente Decreto 1082 de 2015 que compiló, entre otras normas, las de contratación pública, el caso colombiano ayuda poco en este panorama de normas dispersas, puesto que en materia de contratación pública internacional no existe un estatuto único lo cual incrementa las dificultades de la actividad contractual como, por ejemplo, la de la selección de contratistas pues “el gerente público llamado a buscar la realización de los objetivos del Estado a través de la contratación, se enfrenta hoy a una normatividad compleja en donde, a falta de una concepción unívoca, prima el casuismo y la incoherencia”(Departamento Nacional de Planeación, 2002, p 16).

El presente trabajo pretende dar cuenta de la aplicación de los múltiples modelos internacionales de licitación pública adoptados en Colombia por cuenta de los diferentes acuerdos y tratados suscritos, y su integración con el ordenamiento jurídico colombiano, además del impacto de su aplicación en un contexto globalizado donde no son solo los países quienes se valen de la licitación pública como un mecanismo de selección, sino que entidades internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Interamericano de Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, establecen mecanismos que deben ser tenidos en cuenta tanto por los países, como por las empresas que piensan acercarse a los distintos mecanismos de selección como la licitación pública, principalmente para la adquisición de bienes y servicios y de allí la necesidad de que se cuente con reglas que precisen todo lo dicho anteriormente en un modelo adecuado para la licitación pública internacional que se pueda adoptar para Colombia.

#### **4. Formulación del problema**

Conforme a los estándares en materia de licitación pública internacional, ¿cuáles serían las características de aspectos que se armonizan entre la modalidad de la licitación pública de Colombia con acuerdos comerciales y tratados internacionales aprobados e incorporados en la normativa colombiana?

#### **5. Planteamiento hipotético**

En Colombia se debe implementar un modelo de licitación pública cuyas características se armonicen con los acuerdos comerciales y tratados internacionales aprobados e incorporados en la normativa colombiana ante la imperiosa necesidad de encontrar recursos que garanticen tanto las finalidades del Estado como la correcta inversión de los dineros públicos, alineado a modelos internacionales, y que propenda por el cumplimiento de los principios de publicidad, legalidad, igualdad y transparencia, necesarios para el correcto desarrollo de la contratación pública tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.

#### **6. Metodología**

La metodología utilizada fue la cualitativa, en tanto que se hizo una aproximación global sobre el objeto de estudio para explorarlo, describirlo y

comprenderlo de manera inductiva (Bonilla & Rodríguez, 1997, p. 70). La estrategia de investigación fue documental para lo cual fueron identificados, consultados y analizados tratados y acuerdos internacionales, libros, artículos académicos, disposiciones normativas, sentencias etc.; obtenidos en bibliotecas y fuentes electrónicas. La clasificación y el análisis de la información recabada fueron hechas con un enfoque crítico.

La investigación tuvo también un enfoque histórico-hermenéutico que permitió interpretar a partir de lo existente, el objeto de estudio dentro del ámbito de la aplicación del derecho, de ahí que además este trabajo tuvo un énfasis jurídico.

## **7. Justificación**

La contratación estatal en Colombia es una de las actividades administrativas con mayor trascendencia social, no solo por el fin que persigue, sino también por los enormes recursos públicos que a través de ella se ejecutan. Así, de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política, se tiene que Colombia es un Estado Social de Derecho cuyos fines esenciales son:

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (Constitución Política de Colombia, artículo 2°).

Para el logro de tales fines el Estado invierte sus recursos que son en mayor medida ejecutados a través de la contratación. En la actualidad por ejemplo, el Plan Nacional de Desarrollo tiene proyectado invertir los recursos del Estado en la consecución de la paz, la disminución de la pobreza extrema, en educación, infraestructura, movilidad social, transformación del campo, seguridad, justicia, democracia, buen gobierno, crecimiento verde, entre otras metas (Presidencia de la República de Colombia, 2015), para cuyo efecto el Plan Nacional de Inversiones Públicas 2015 – 2018 se estimó en 703,9 billones de pesos (Ley 1753 de 2015, artículo 5º) y el actual (2019-2022) en más de mil noventa y seis billones de pesos (Ley 1955 de 2019, artículo 4º), gran parte del cual se invierte a través de la contratación estatal mediante la licitación pública (Ley 80 de 1993 y Decreto 1082 de 2015).

Aunado a lo anterior, el mundo globalizado permite que buena parte de los licitantes provengan de lugares ajenos al país. Efectivamente, existen numerosas empresas que tanto su objeto social como su actividad económica se orientan a ofertar bienes y servicios a los Estados. Por todo lo anterior, es evidente que se creen una serie de relaciones contractuales entre los Estados, las empresas transnacionales y multinacionales, así como con organismos internacionales. Los mecanismos y resultados de este relacionamiento, pueden definirse como la internacionalización de la contratación pública (Benavides, 2010, p. 1).

Este trabajo resulta pertinente en la discusión actual sobre el tema, toda vez que al investigar sobre los modelos ofrecidos, tanto por los tratados, como por los

distintos entes internacionales como una guía de navegación sobre la correcta celebración de las licitaciones internacionales y nacionales, se pretende promover un modelo que atienda a la imperiosa necesidad de encontrar recursos que garanticen tanto las finalidades del Estado como, la correcta inversión de los dineros públicos, además del cumplimiento de los principios de publicidad, legalidad y transparencia, necesarios para el correcto desarrollo de la contratación pública tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.

## **8. Antecedentes de la investigación**

Como antecedentes del trabajo se tienen los diferentes tratados internacionales que han permitido la elaboración de las reglas generales en materia de adquisición de bienes y servicios por parte de los Estados, además de los distintos tratados y convenios celebrados entre los Estados donde se establecen reglas para un correcto entendimiento sobre el particular, por ejemplo: el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que estableció algunos elementos para la celebración de los contratos públicos y fue recogido por la Organización Mundial del Comercio en adelante (OMC).

Por otra parte, los distintos tratados de libre comercio, también dedican apartados en materia de contratación pública buscando una protección a la inversión, pero no se ahonda en el direccionamiento de los mecanismos de contratación pública internacional, tal es el caso de los TLC suscritos entre el Mercosur y Bolivia (1996), Chile (1996), Perú y los países andinos (2004); así

como entre la Caricom (Comunidad del Caribe) y Costa Rica (2004), República Dominicana (1998) y Perú.

Otros, por el contrario, sí tienen un capítulo especial de compras públicas, inspirado ampliamente en el TLCAN y en el proyecto de ALCA, como los celebrados entre Centroamérica y Panamá (2002), Chile (1999), República Dominicana (1998), Estados Unidos y República Dominicana (2004) y Colombia, México y Venezuela (1994). Nuestro proyecto de TLC bilateral con Estados Unidos, tantas veces aplazado por el Congreso de este último, prevé un capítulo de compras públicas, al igual que los suscritos con Chile (2003) y Perú (2006), así como el TLC entre México y Nicaragua (1997), además de los numerosos acuerdos suscritos entre los países latinoamericanos y otros países del mundo con la Unión Europea.

Además de estos tratados, se tienen los modelos de contratación internacional, como es el caso del modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), más conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL, el modelo de la Red Interamericana de Obras Públicas 2003, la Red de Líderes de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, con el fin de promover la cooperación entre los países de la región y facilitar los intercambios, entre otros, en materia de compras públicas.

El presente trabajo tendrá como elementos para estudiar los cambios de estas modalidades de licitación pública a partir de la ley 80 de 1993 y un estudio

acucioso de la reforma de dicha normativa, dándose un acápite especial dedicado a latitudes con similares formas de licitación y suscripción de tratados hoy en vigencia según el Ministerio de Industria y Comercio:

1. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Venezuela y la República de Colombia (Tratado del grupo de los Tres TLC-G3) firmado el 13 de junio de 1994 y vigente desde el 1 de enero de 1995. En Colombia entró en vigor a través de la Ley 172 de 1994, Decreto 2900 y Decreto 2901 de diciembre de 1994. Su capítulo XV trata el tema de las Compras del Sector Público.
2. Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile firmado el 27 de noviembre de 2006 y entró en vigor el 8 de mayo de 2009 mediante la Ley 1189 de 2008. Su capítulo 13 se refiere a la contratación pública.
3. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), suscrito el 25 de noviembre de 2008, aprobado por la Ley 1372 de 2010. Su capítulo 7 está dedicado a la Contratación Pública.
4. Tratado del Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, Triángulo Norte (TLC-TN), firmado el 9 de agosto de 2007 en Medellín, aprobado por medio de la Ley 1241 de 2008. En su capítulo 11 se trató el tema de la Contratación Pública.
5. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá suscrito el 21 de noviembre de 2008, aprobado por Colombia por

la Ley 1363 de 2009 declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-608 de 2010. El capítulo 14 regula el tema de la Contratación Pública.

6. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América suscrito el 22 de noviembre de 2006, aprobado por Colombia por la Ley 1143 de 2007 declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-750 de 2008. De la misma manera el Protocolo Modificatorio del Acuerdo, firmado en Washington el 28 de junio de 2007, fue aprobado mediante la Ley 1166 de 2007, cuya exequibilidad fue declarada en Sentencia C-751 de 2008. El capítulo 9 regula el tema de la Contratación Pública.
7. Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú firmado el 11 de diciembre de 2012, aprobado por Colombia por la Ley 1669 de 2013. El Gobierno Nacional dio aplicación al Acuerdo a través de los decretos 1513 de 2013, 1636 de 2013 y 2247 de 2014. El título 6 regula el tema de la Contratación Pública.

## **9. Marco Conceptual**

El trabajo centrará sus principales elementos analizando la relación de las categorías contratación internacional pública, licitación pública, principios de la licitación pública. Estas categorías se desarrollarán mediante un análisis conceptual que busca proponer la elaboración de un modelo de licitación público internacional que permita el cumplimiento de los principios mencionados.

### **Contratación Internacional Pública**

El contrato es un acuerdo de voluntades que genera obligaciones, esto es, una parte se compromete con otra a dar, hacer o no hacer (Código Civil colombiano, artículos 1494 y 1495) noción que aunque pertenece al derecho privado tiene plena aplicación a la actividad contractual de las entidades del Estado (Ley 80 de 1993, artículo 13); y cuando ese acuerdo tiene lugar entre ellas y organismos e instituciones propias de otros países, la contratación se torna internacional (Real Academia Española, 2014).

Sobre contratación internacional rige en Colombia la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías,

que al decir de Galán es el más importante en relación con el comercio exterior(2004, p. 49).Sin embargo, no regula concretamente el tema de la licitación pública internacional.

Actualmente la contratación internacional pública es un fenómeno común gracias a los avances en medios de transporte y tecnología que permiten al mundo estar conectado en tiempo real, moviendo recursos cercanos a los dos billones de euros al año según cifras de la OCDE (Cámara de Comercio de Barcelona, 2008).

### **El concepto de licitación pública.**

Licitación, como acción efecto de licitar (Real Academia Española, 2014), es un vocablo relacionado con subasta y con publicidad, lo que implica el concurso de varios proponentes que ofrecen de manera pública bienes o servicios a cambio de un precio.

En la doctrina se define la licitación pública como un procedimiento especial conformado por distintos actos jurídicos que tienen como finalidad encontrar el contratista que satisfaga las necesidades de la entidad contratante (Santofimio, 2006, p. 196).

Dromi, citado por Suárez y Laguado, entiende por licitación pública “un proceso administrativo por el cual la administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen

propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato” (Suárez y Laguado, 2007, p. 13); y es considerada como un método idóneo para garantizar la participación de quienes tienen interés de contratar con el Estado, quien se encuentra obligado a actuar con transparencia e imparcialidad (Suárez y Laguado, 2007, p. 13).

A su turno Marienhoff señala que la licitación pública es un procedimiento empleado por la Administración Pública para elegir a su cocontratante “...sobre la base de una "previa" justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, [que] tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el "precio" -o condiciones- más conveniente para el Estado” (Marienhoff, 1994, p. 62).

Por su parte, Agustín Gordillo sostiene que la licitación pública “...es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público o a cualquier empresa...” (Gordillo, 2014, p. 481).

En Colombia el Decreto 1670 de 1975, por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, definía la licitación como “el procedimiento, mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades, la que ofrezca mejores condiciones, para contratar”; y la clasificaba en pública o privada dependiendo de si la invitación a contratar se dirigía a personas indeterminadas o directa a posibles contratistas (artículos 19 y 20).

La definición y clasificación mencionadas son similares en los posteriores decretos 150 de 1976 (artículos 19 y 20) y 222 de 1983 (artículos 27 y 28), esquema que cambia con la Ley 80 de 1993 en la que ya no se regula una licitación privada sino solo la licitación pública, definiéndola como “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”; y si el objeto contractual consistía en estudios o trabajos técnicos, el proceso de selección se denominaba concurso, que debía efectuarse por invitación pública (artículo 30, párrafo). Esta última parte fue derogada por la Ley 1150 de 2007 (artículo 32).

La licitación pública es desarrollo del principio de transparencia en virtud del cual el derogado numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 disponía por regla general la licitación pública como mecanismo de escogencia del contratista, lo cual se encuentra hoy establecido en el artículo 2 numeral 1 de la Ley 1150 de 2007.

Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) la licitación puede ser privada y pública. La primera consiste en una invitación que en forma expresa se les realiza a determinadas empresas sin anuncio público. La segunda, es decir la pública, es un procedimiento en el que se solicita de manera pública, sin un destinatario determinado, ofertas para la adquisición de obras bienes o servicios, y se adjudica el contrato a quien ofrezca la propuesta más ventajosa. La licitación

pública a su turno puede ser internacional o local. La internacional es la que permite la participación de empresas extranjeras, y la local aquella en la que solo participan empresas nacionales (Banco Interamericano de Desarrollo, 1995).

El BID sostiene que la práctica ha demostrado que el procedimiento de selección que mejor garantiza al sector público los principios de economía, eficiencia y transparencia es el de la licitación pública internacional, razón por la cual es el que adopta como regla (1995).

### **Principios de la licitación pública.**

Entre los principios reconocidos como propios de la licitación pública internacional pueden señalarse los de publicidad, igualdad, competencia y debido proceso (BID, 1995). Por publicidad se entiende el acceso que debe garantizarse al contratista durante las etapas del proceso de licitación. El de igualdad implica la ausencia de preferencia a favor de unos o discriminación contra otros, lo cual robustece el principio de competencia al asegurar una mayor participación de oferentes calificados. Finalmente, el debido proceso se protege cuando la legislación local establece procedimientos que posibilitan la discusión de las controversias y la impugnación por parte de los oferentes de las decisiones que se tomen en el marco de una licitación (BID, 1995).

Otros consideran que los fundamentales principios que rigen la licitación pública son la publicidad, la igualdad y la oposición o concurrencia (Marienhoff,

1994, p. 69). En igual sentido López-Elías quien se refiere a la publicidad, la igualdad y la competencia o concurrencia como principios de la figura en estudio (López-Elías, 1999, p. 80). Este autor indica que la publicidad debe permitir a los interesados enterarse de todo lo relativo a la licitación en todas sus etapas, que se deriva de su misma expresión “licitación pública”. Ella, la publicidad, es principio rector de toda actuación administrativa que garantiza además en debido proceso (López-Elías, 1999, p. 80). Agrega el autor que la publicidad también exige que el contenido de las ofertas y el resultado de su evaluación debe ser conocido por los oferentes (1999, p. 81).

Y en cuanto a la igualdad López-Elías estima que en ella se cimienta la moralidad administrativa, y que solo es posible confrontar realmente oferentes cuando se encuentran en situación de igualdad sin discriminaciones o tolerancias que favorezcan y correlativamente perjudiquen a otros. Para respetarlo debe primar en todo el proceso de licitación y las ofertas deben permanecer en secreto hasta su apertura para evitar que su conocimiento otorgue ventajas (López-Elías, 1999, p. 82).

Finalmente, el principio de competencia o concurrencia pretende generar la participación del mayor número de oferentes que haga posible escoger la que le resulte más conveniente (López-Elías, 1999, p. 85) que es lo que en Colombia el profesor Matallana denomina libertad de concurrencia que procura evitar fraude o colusión entre los participantes de una licitación, lo cual se dificulta entre más oferentes se presenten a licitar (Matallana, 2013, p. 582).

Agustín Gordillo también presenta la publicidad y la concurrencia como principios de la licitación pública, pero a diferencia de los anteriores autores tiene como principio también el “informalismo” en tanto parece oponerse al excesivo formalismo de los requisitos que se piden para ofertar y al exagerado detalle con que se establecen los pliegos y condiciones generales de las licitaciones (Gordillo, 2014,p. 493).

En lo que concierne a la contratación internacional pública, la Cámara de Comercio de Barcelona sostiene que ella se rige por los principios de transparencia, publicidad y procedimiento, los cuales garantizan el acceso a la información y un trámite que comprenda las condiciones de los competidores, plazos y formas de selección (2008, p. 5).

## **10. Objetivos**

### **Objetivo General:**

Determinar las características de aspectos que se armonizan entre la modalidad de la licitación pública de Colombia con acuerdos comerciales y tratados internacionales aprobados e incorporados en la normativa colombiana.

### **Objetivos específicos:**

1. Identificar la teleología y organización de la licitación pública en Colombia.
2. Identificar el desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial de la licitación pública internacional en Colombia.
3. Analizar la integración al ordenamiento jurídico colombiano de los modelos de contratación pública internacional desarrollados por países como Estados Unidos de América, Canadá y los Estados de la Asociación Europea con los cuales Colombia posee acuerdos comerciales, vigentes y próximos a entrar en vigencia, con obligaciones en materia de contratación pública.
4. Analizar, como fuente de derecho internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

## **11.Desarrollo**

### **Teleología de la licitación pública en Colombia**

Como se sostiene en la exposición de motivos del proyecto que finalmente se convirtió en la Ley 80 de 1993, desde el comienzo de la vida republicana, al legislador le ha preocupado la selección de los contratistas del Estado (Congreso de la República, 1992, p. 2) quien no goza de absoluta libertad para escogerlos sino que se encuentra sometido a estrictas reglas para ello, de manera que se garantice una selección objetiva, lo cual parece garantizarse de mejor forma a través de la licitación pública pues no en vano se instituyó como la regla general en la Ley 80

de 1993<sup>1</sup> y se mantuvo así en la Ley 1150 de 2007<sup>2</sup>. Ahora bien, si se observa lo dispuesto en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el fin de la licitación pública en Colombia es la selección de la propuesta más favorable para la entidad pública que requiere bienes o servicios en orden al cumplimiento de sus fines.

La doctrina se expresa en el mismo sentido. Así, el profesor Santofimio Gamboa, luego de señalar que el fundamento jurídico de la licitación pública se halla en los artículos 13 y 209 de la Constitución Política<sup>3</sup>, que imponen al Estado el respeto de la igualdad y la realización de actuaciones en el marco de los principios de la función administrativa; agrega que lo que se pretende con la licitación es que quienes proporcionen en el mercado bienes o servicios en los que se encuentre interesada una entidad pública, puedan brindarlos en igualdad de condiciones y de manera objetiva, para que ella seleccione al que ofrezca las mejores condiciones (Santofimio, 2006, p. 195). Similar criterio exponen Ernesto

---

<sup>1</sup> “Artículo 24º.- Del principio de Transparencia. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente [...]”.

<sup>2</sup> “Artículo 2º. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.”

<sup>3</sup> “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Matallana (2013), Expósito (2013) y Libardo Rodríguez (2013) quienes añaden que la licitación pública es la regla general en tratándose de la selección de contratistas de la Administración, lo cual es además un mandato establecido en el artículo 2, numeral 1º, de la Ley 1150 de 2007.

El Consejo de Estado por su parte ha señalado que la licitación pública tiene por objeto seleccionar a quien ofrezca “las condiciones más ventajosas para los fines del interés público, que se persiguen con la contratación estatal” (Sección Tercera, 2001, radicación 12037). A su turno, la Sala de Consulta y Servicio Civil expresó que la licitación pública tiene dos objetivos, uno de ellos consiste en escoger de entre varios al mejor contratista; y el otro, garantizar la igualdad de oportunidades entre quienes estén interesados en contratar con el Estado (Sala de Consulta y Servicio Civil, 1986).

Para la Corte Constitucionales el interés general la finalidad de la contratación estatal, de manera que “el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos” (Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009). La Corte agrega que “la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa” (Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009).

La licitación pública tiene entonces varios fines, como la selección de la propuesta más favorable entendiendo por ella la que según factores técnicos y económicos establecidos de manera precisa, resulte más ventajosa para la entidad al margen de factores diferentes a los mencionados (Santofimio, 2006, p. 200)“siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2016, radicación 49847) ligada por ello a la selección objetiva.

Esa favorabilidad está orientada al interés estatal que no es otro que el cumplimiento de los fines del Estado, de suerte que no solo el factor económico debe ser tenido en cuenta a la hora de seleccionar la propuesta, sino también otros como factores sociales y hasta ambientales (Ramírez, 2014, p. 241).

En efecto, Iván Alirio Ramírez Rusinque propone que en la escogencia de los contratistas debería darse preferencia a ofertas en las que, por ejemplo, las empresas oferentes empleen personas en situación de discapacidad o de exclusión social, así como las que den cumplimiento a determinados requisitos ambientales (Ramírez, 2014, p. 242).

Por otra parte, en la escogencia de la oferta más favorable incide la mayor concurrencia de oferentes en una licitación pública, pues ello garantiza más competencia y esta, la posibilidad de escoger la mejor oferta. En ese sentido la Corte Suprema de la Nación Argentina, citada por Gordillo (2014), afirma que

...el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobrepuestos” (p. 478).

Puede también sostenerse que otro de los fines de la licitación pública es garantizar el respeto de los principios fundamentales de la Administración Pública enlistados en el artículo 209 de la Constitución Política, tales como igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Sin embargo, en realidad todos los mecanismos de selección de los contratistas del Estado deben estar llamados a garantizar la escogencia de la oferta más favorable, con observancia de dichos principios, pues no se entendería que sólo la licitación tuviera ese fin y los demás no. No obstante, como lo ha dicho la Corte Constitucional, la licitación pública es el “procedimiento de selección del contratista por excelencia dirigido a la selección objetiva” (sentencia C-949 de 2001 y sentencia C-300 de 2012) por ello es, como se dijo antes, la regla general.

Lo dicho se aviene al origen francés de la licitación pública en la época posterior a la revolución, en la que la desconfianza en las autoridades públicas generó restricciones de sus facultades, como que la Administración no podía elegir autónomamente a sus contratistas, razón por la cual se fortaleció la licitación pública como un rígido mecanismo de selección contractual (Dromi, citado por Matallana, 2013).

Por otro lado, los fines de la licitación pública deben estar plasmados en la forma como está ella organizada, lo cual se constatará en el siguiente apartado.

## **Organización de la licitación pública en Colombia**

De conformidad con la normatividad en Colombia, la licitación pública como mecanismo de selección contractual podría dividirse en tres etapas: planeación, selección y culminación.

En la etapa de planeación deben cumplirse requisitos que son comunes al resto de los procedimientos de selección. Así, la entidad realiza un análisis legal, comercial, financiero, organizacional técnico y de riesgos, para conocer el sector relacionado con el objeto del proceso de contratación (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.1)<sup>4</sup>. De igual manera, debe proceder a la elaboración de estudios y documentos previos que son el insumo para elaborar el proyecto de pliegos y los pliegos de condiciones (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.3.)<sup>5</sup>. Tales estudios y documentos previos deben contener lo establecido

---

<sup>4</sup>“Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.”

<sup>5</sup>“Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

en el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.1<sup>6</sup>.

En la etapa de selección se publican: previo a la apertura de la licitación, avisos de la licitación en la página web de la entidad y en el SECOP, tal como lo ordena el artículo 224 del Decreto 19 de 2012<sup>7</sup>, aviso de convocatoria (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.2.)<sup>8</sup> los estudios previos y el proyecto de pliego

- 
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
  7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
  8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.
  9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.
  10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
  11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
  12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
  13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.
  14. El Cronograma.”

<sup>6</sup> “1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.

8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial. [...]”

<sup>7</sup> “Artículo 224. Eliminación de la publicación de las convocatorias a licitación. El numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, quedará así:

“3. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación.”

<sup>8</sup> “Artículo 2.2.1.1.2.1.2. Aviso de convocatoria. El aviso de convocatoria para participar en un Proceso de Contratación debe contener la siguiente información, además de lo establecido para cada modalidad de

de condiciones al cual se le puede formular observaciones<sup>9</sup>; el acto administrativo de apertura de la licitación<sup>10</sup> y los pliegos definitivos que deben contener por lo menos la información descrita en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

---

selección:

1. El nombre y dirección de la Entidad Estatal.
2. La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la Entidad Estatal atenderá a los interesados en el Proceso de Contratación, y la dirección y el correo electrónico en donde los proponentes deben presentar los documentos en desarrollo del Proceso de Contratación.
3. El objeto del contrato a celebrar, identificando las cantidades a adquirir.
4. La modalidad de selección del contratista.
5. El plazo estimado del contrato.
6. La fecha límite en la cual los interesados deben presentar su oferta y el lugar y forma de presentación de la misma.
7. El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal.
8. Mención de si la contratación está cobijada por un Acuerdo Comercial.
9. Mención de si la convocatoria es susceptible de ser limitada a Mipyme.
10. Enumeración y breve descripción de las condiciones para participar en el Proceso de Contratación.
11. Indicar si en el Proceso de Contratación hay lugar a precalificación.
12. El Cronograma.
13. La forma como los interesados pueden consultar los Documentos del Proceso.

En los Procesos de Contratación adelantados bajo las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa, no es necesaria la expedición y publicación del aviso de convocatoria en el SECOP.”

<sup>9</sup>Decreto 1082 de 2015:

Artículo 2.2.1.1.2.1.4. Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos.

<sup>10</sup>Decreto 1082 de 2015:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El Cronograma.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.”

Esta etapa contempla un plazo para la presentación de ofertas, así como para la evaluación de las mismas, la publicación del informe de evaluación y la recepción de observaciones a dicho informe.

Con la audiencia de adjudicación culmina el proceso de selección, audiencia que resulta obligatoria, así como la de asignación de riesgos. En la audiencia de adjudicación son respondidas las observaciones formuladas al informe de evaluación; en ella pueden intervenir los oferentes que lo soliciten, luego de lo cual se toma la decisión correspondiente (Decreto 1082 de 2015)<sup>11</sup>.

Concluyendo, la organización de la licitación pública en Colombia, sus etapas, la forma como debe planearse y la publicidad que exige, parece estar en armonía con su propósito de selección de la oferta más favorable y de forma objetiva.

---

<sup>11</sup> “Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos. [...]

La Entidad Estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el Cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:

1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.
2. La Entidad Estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes.
3. Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la Entidad Estatal haya señalado con anterioridad.
4. La Entidad Estatal puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el SECOP con antelación.
5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda.”

## **Desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial de la licitación pública internacional en Colombia**

### **Desarrollo normativo de la licitación pública internacional en Colombia.**

En Colombia existen desde hace décadas algunas disposiciones que regulan lo concerniente a la actividad contractual en el ámbito internacional. Así por ejemplo puede citarse los artículos 63 y 64 del Decreto 1670 de 1975 que sujetaban a la ley y a los tribunales colombianos los contratos que celebraba la Nación con personas extranjeras, quienes incluso debían renunciar, en el texto del contrato, a reclamaciones –diplomáticas- por causa de las obligaciones y derechos surgidos en él; y prohibía también la cesión de contratos de la Nación a extranjeros que no renunciaran a reclamaciones diplomáticas<sup>12</sup>; salvo cuando se trataba de contratos de empréstito celebrados con extranjeros, en cuyo caso podía pactarse cláusula de arbitramento para someter los contratos a la decisión de tribunales nacionales o internacionales<sup>13</sup>. El decreto referido también establecía la celebración de contratos

---

<sup>12</sup>“Artículo 63. De la sujeción a la ley y a los tribunales colombianos. Los contratos que celebre la Nación con personas extranjeras están sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción, de los tribunales colombianos. En ellos debe constar la renuncia, del contratista extranjero a intentar reclamación diplomática en lo tocante a las obligaciones y derechos originados en el contrato; salvo el caso de denegación de justicia. No se entiende que hay denegación de justicia cuando el contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que; conforme a las leyes colombianas, pueden emplearse antela Rama jurisdiccional del Poder Público, La ejecución de los contratos celebrados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.”

<sup>13</sup> “Artículo 115. De la jurisdicción aplicable y la cláusula de arbitramento. Los contratos de empréstito se

de obra cofinanciados con extranjeros cuando estos aportaban más del 50%, siempre que se asociaran con nacionales colombianos<sup>14</sup>.

Posteriormente el Decreto 150 de 1976 estableció que a los contratistas extranjeros se les daría el mismo tratamiento que a los nacionales colombianos se les diera en los respectivos países extranjeros (reciprocidad), y que a falta de convenios o de reciprocidad, sólo podría celebrarse contratos de obra con extranjeros si estos se asociaban con nacionales colombianos<sup>15</sup>. Este decreto, al igual que el 1670 de 1975, sujetaba los contratos celebrados por la Nación con extranjeros, a las leyes y tribunales colombianos; exigía también la renuncia a reclamaciones diplomáticas por parte del contratista foráneo; sometía a la ley colombiana los contratos extranjeros a ejecutarse en Colombia; e impedía la cesión de contratos a extranjeros que no renunciaran a dicha reclamación diplomática<sup>16</sup>.

---

someterán a la ley colombiana y a la jurisdicción de los jueces y tribunales nacionales. Sin embargo, podrá pactarse la cláusula de arbitramento y la sujeción del contrato o del fallo arbitral a la decisión u homologación, según el caso, del tribunal nacional o internacional de arbitramento que convinieren las partes. PARÁGRAFO. Los convenios que se celebren con entidades gubernamentales de crédito de otros países, se sujetarán; en esta materia, a lo que en los mismos se pacte.”

<sup>14</sup> “Artículo 91. De los contratos con financiación del contratista. Cuando proponentes extranjeros ofrezcan financiación superior al cincuenta por ciento (50%) del valor total de la obra, los respectivos contratos sólo podrán celebrarse, con ellos si se asocian con personas nacionales. Se entiende que hay asociación, para estos efectos cuando la propuesta se formula en conjunto, cuando para la ejecución del contrato se constituye una empresa mixta o cuando la firma extranjera cede o traspasa el cincuenta por ciento (50%) del contrato a una persona natural.”

<sup>15</sup> “Artículo 91. De la protección a la industria nacional de la construcción. Sin perjuicio de lo que sobre la materia dispongan los tratados internacionales, o los convenios suscritos con entidades gubernamentales de crédito o con instituciones financieras internacionales públicas, a los proponentes extranjeros se les dará el mismo tratamiento que sus respectivos países otorguen a los nacionales colombianos.

A falta de los convenios y de la reciprocidad aquí previstos, sólo podrán celebrarse contratos de obra con proponentes extranjeros cuando los mismos se asocien con personas nacionales. Se entiende que hay asociación, para estos efectos, cuando la propuesta se formule en conjunto, cuando para su ejecución se ofrezca constituir una empresa mixta o cuando la firma extranjera ceda o traspase a una persona nacional la parte del contrato que se señale en el pliego de condiciones. Esta cesión no podrá ser inferior en ningún caso al veinte por ciento (20%) del valor del contrato.”

<sup>16</sup> “Artículo 63. de la sujeción a la ley y a los tribunales colombianos. Los contratos que celebre la Nación con personas extranjeras están sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos. En ellos debe constar la renuncia del contratista extranjero a intentar reclamación diplomática en lo tocante a las

En torno a los contratos de empréstito, al artículo 115 del Decreto 150 de 1976 traía una regulación similar a la del Decreto 1670 de 1975, es decir, que podía pactarse que el contrato quedaba sometido a la decisión de tribunales de arbitramento nacionales o internacionales. Lo relacionado a estos últimos fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 26 de agosto de 1976, con ponencia del doctor Guillermo González Charry.

Más tarde, la Ley 19 de 1982 facultó a los departamentos y municipios para definir lo relacionado con la formación y adjudicación de los contratos, según sus intereses y las necesidades del servicio<sup>17</sup>; facultad reiterada en el Decreto 1222 de 1986<sup>18</sup>, la Ley 11 de 1986<sup>19</sup> y en el Decreto 1333 de 1986<sup>20</sup>.

---

obligaciones y derechos originados en el contrato, salvo el caso de denegación de justicia. No se entiende que hay denegación de justicia cuando el contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que conforme a las leyes colombianas, pueden emplearse ante la rama Jurisdiccional del poder público.

La ejecución de los contratos celebrados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.”

“Artículo 64. De la renuncia a la reclamación diplomática. Los contratos que celebre la Nación no podrán cederse a personas extranjeras que no renuncien expresamente a toda reclamación diplomática, según lo dispuesto en el artículo anterior.”

<sup>17</sup> “Artículo 5o. En el desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; para las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades.”

“Artículo 64. De la renuncia a la reclamación diplomática. Los contratos que celebre la Nación no podrán cederse a personas extranjeras que no renuncien expresamente a toda reclamación diplomática, según lo dispuesto en el artículo anterior.”

<sup>18</sup> “Artículo 211.-En desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios, las normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades.”

<sup>19</sup> Artículo 47. Los contratos que celebren los municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidades de los funcionarios y contratistas. En lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los Concejos y demás autoridades locales competentes. [...]”

<sup>20</sup> “Artículo 273.- Los contratos que celebren los Municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios

El Decreto 222 de 1983 distinguía los conceptos de licitación pública y licitación privada, mas no el de licitación internacional. La licitación era pública si se cursaba invitación de manera indeterminada, y privada si la invitación se hacía de manera directa a los posibles contratistas<sup>21</sup>. Dicho decreto ordenaba la licitación pública si la selección del contratista no estaba sometida a licitación privada o contratación directa<sup>22</sup>; y que, si se trataba de licitación internacional, debía efectuarse un número de avisos superior al que debía realizarse cuando la licitación era nacional<sup>23</sup>; que, como criterio de adjudicación, debía tenerse en cuenta la balanza comercial con el respectivo país<sup>24</sup>; y que las ofertas nacionales podían señalar su valor en moneda extranjera<sup>25</sup>. De la misma manera, el Decreto 222 de

---

sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidades de los funcionarios y contratistas. En lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los Concejos y demás autoridades locales competentes. [...]”

<sup>21</sup> “Artículo 28. De las clases de licitación. La licitación puede ser pública o privada, según que la invitación a contratar se haga públicamente a un número indeterminado de personas, siempre que reúnan los requisitos que señalen la ley y los reglamentos, o en forma directa a los posibles contratistas.”

<sup>22</sup> “Artículo 29. De cuando hay lugar a la licitación pública. Habrá obligación de efectuar licitación pública en todos los casos en que no se permita la licitación privada o la contratación directa, de acuerdo con las normas establecidas en este estatuto.”

<sup>23</sup> “Artículo 30. De como se realiza la licitación publica. La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas: [...]

“3. Dentro de los veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán por lo menos dos avisos, con un intervalo no inferior a cinco (5) días calendario, en uno o más periódicos de amplia circulación nacional.

Cuando la licitación fuere internacional o su cuantía excediere, de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000,00), dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a su apertura, deberán publicarse cuando menos, cuatro (4) avisos con el mismo intervalo. El último aviso deberá ser publicado con antelación no inferior a cinco (5) días calendario a la apertura de la licitación.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación. [...]”

<sup>24</sup> “Artículo 33. De los criterios para la adjudicación. La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de, condiciones o términos de referencia, según el caso. [...]

En las licitaciones internacionales se tendrá en cuenta, además, la situación de la balanza comercial con el respectivo país con el objeto de buscar la reciprocidad comercial correspondiente.

Se tendrá en cuenta, así mismo, la protección al trabajo y a la industria nacionales en los términos de este estatuto y la distribución equitativa de los contratos suscritos que se estén tramitando o ejecutando en la entidad licitante. [...]”

<sup>25</sup> “Artículo 75. Del pago en monedas nacional o extranjera. [...]

1983 ordenaba que, en las licitaciones con participación de firmas extranjeras, estas debían asociarse con nacionales en un porcentaje no menor del 40% del valor contractual<sup>26</sup>.

Diez años después la Ley 80 de 1993, en punto a la normatividad aplicable a los contratos estatales, dispuso en el inciso 4° de su artículo 13, que los contratos financiados por organismos multilaterales o con personas extranjeras públicas, así como con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, pueden regirse por los reglamentos de estas entidades en lo que tiene que ver con los procedimientos de su formación y adjudicación<sup>27</sup>, casos en los cuales es posible la aplicación de la licitación pública internacional según el reglamento establecido por la institución extranjera que financia el contrato. Lo anterior fue reglamentado por el Decreto 2681 de 1993, “por el cual se reglamentan parcialmente las

---

En toda licitación internacional los oferentes nacionales podrán señalar el valor de sus propuestas en moneda extranjera. [...]

<sup>26</sup> “Artículo 107. De la contratación con nacionales y extranjeros. Cuando se contraten proyectos de obras que sólo utilicen recursos internos, o externos provenientes de entidades que no exijan participación de firmas extranjeras, éstos se contratarán con colombianos y en las licitaciones o concursos no se llamará a firmas extranjeras, salvo que a juicio de la entidad licitante, la naturaleza de los proyectos u obras hagan necesaria dicha participación.

Cuando se efectúen licitaciones o concursos que conlleven participación de firmas extranjeras, éstas estarán en la obligación de asociarse con fin nacionales en un porcentaje no inferior al cuarenta por ciento (40%) del valor del contrato. [...]

En igualdad de condiciones entre el proponente nacional y el extranjero, se preferirá al proponente nacional. [...]

La contravención a las anteriores normas será causal de declaratoria de caducidad del contrato.

Todo lo anterior sin perjuicio de lo que sobre la materia dispongan los tratados internacionales o los convenios o contratos suscritos con entidades gubernamentales de crédito o con instituciones financieras internacionales públicas.”

<sup>27</sup> “Artículo 13°.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. [...]

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

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

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

operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas”<sup>28</sup>.

Ese inciso 4 del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-249 de 2004, “en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales [...]”<sup>29</sup>; pero posteriormente fue derogado por la Ley 1150 de 2007 en cuyo artículo 20 estableció que los contratos financiados totalmente o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales; o con personas públicas extranjeras u organismos internacionales con el objeto contractual allí señalado, pueden someterse al reglamento de estas entidades<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> “Artículo 33°.- Adquisición de bienes o servicios con financiación. [...]”

Cuando se trata de los contratos regulados por reglamentos de entidades de derecho público internacional de que trata el artículo 39 del presente Decreto, se buscará la utilización de procedimientos que aseguren la libre competencia y la aplicación de los principios de economía, transparencia y selección objetiva, contenidos en la Ley 80 de 1993. [...]”

“Artículo 39°.- Contratos regulados por reglamentos de entidades de derecho público internacional. Conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, cuando se celebren contratos con personas de derecho público internacional, organismos internacionales de cooperación, asistencia o ayuda internacional o se trate de contratos cuya financiación provenga de empréstitos de organismos multilaterales, tales contratos se podrán someter a los reglamentos de dichas entidades, en todo lo relacionado con los procedimientos para su formación y adjudicación, así como a las cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento pago y ajustes. Los reglamentos de los organismos multilaterales incluyen las leyes de adhesión del país a los tratados o convenios respectivos, los acuerdos constitutivos, los normativos y las disposiciones generales que hayan adoptado dichos organismos para regir los contratos de empréstito que se celebren con las mismas.”

<sup>29</sup> También sentencia T-1029 de 2005.

<sup>30</sup> “Artículo 20. De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. [...]”

Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a

A su vez, el artículo 20 de la Ley 1150 fue complementado por el artículo 3.6.1 del Decreto 734 de 2012 cuya vigencia terminó por disposición del Decreto 1510 de 2013 que fijó en el artículo 157 las normas aplicables a los contratos o convenios de cooperación internacional<sup>31</sup>, compilado hoy en el Decreto 1082 de 2015, el cual corresponde a su artículo 2.2.1.2.4.4.1; artículos que permiten actualmente en Colombia la aplicación de la licitación pública internacional cuando el proceso de selección se rija por el reglamento de organismos internacionales.

En el caso de proyectos de Asociación Público Privada el artículo 2.2.2.1.8.5 del Decreto 1082 de 2015 establece que las entidades estatales en los procesos de

---

población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. [...]

Parágrafo 1°. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos. [...]

<sup>31</sup> “Artículo 157. Régimen aplicable a los Contratos o Convenios de Cooperación Internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente decreto.

Si el aporte de fuente nacional o internacional de un contrato o convenio de Cooperación Internacional es modificado o los aportes no se ejecutan en los términos pactados, las Entidades Estatales deben modificar los contratos o convenios para efectos de que estos estén sujetos a las normas del sistema de compras y contratación pública, si el aporte de recursos públicos es superior al cincuenta por ciento (50%) del total o de las normas internas de la entidad de cooperación si el aporte es inferior.

Cuando la variación de la participación de los aportes de las partes es consecuencia de las fluctuaciones de la tasa de cambio de la moneda pactada en el convenio o contrato de cooperación internacional, este seguirá sometido a las reglas establecidas en el momento de su suscripción.

Los recursos generados en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales no deben ser tenidos en cuenta para determinar los porcentajes de los aportes de las partes.

Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

Los contratos con personas extranjeras de derecho público se deben celebrar y ejecutar según se acuerde entre las partes.”

selección deben dar cumplimiento a las obligaciones a cargo del Estado colombiano en acuerdos internacionales o tratados de libre comercio.

En resumen, en Colombia ha habido regulación normativa en torno a la contratación estatal en el ámbito internacional, en la que se observa:

- Una tendencia al sometimiento de los extranjeros a la ley y a la justicia vernácula, salvo precisos casos como el empréstito celebrado con foráneos (artículos 63 y 64 del Decreto 1670 de 1975).
- Un tratamiento basado en lo que se conoce como el principio de reciprocidad (artículo 91 del Decreto 150 de 1976).
- El establecimiento de los casos en los que la selección del contratista se realiza mediante licitación privada internacional, como los contratos financiados por organismos multilaterales o con personas extranjeras públicas, así como con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales (inciso 4° del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, artículo 20 de la Ley 1150 de 2007).
- Una autonomía para las entidades territoriales en orden a definir lo relacionado con la formación y adjudicación de los contratos según sus intereses y las necesidades del servicio, lo cual significaba para ellas de regular sus licitaciones públicas internacionales (artículo 5 de la Ley 19 de 1982, artículo 211 del Decreto 1222 de 1986,

artículo 47 de la Ley 11 de 1986, artículo 273 del Decreto 1333 de 1986).

### **Desarrollo doctrinal de la licitación pública internacional en Colombia.**

El desarrollo doctrinal sobre la licitación pública internacional es sumamente escaso a pesar de que, como lo señala Vallejo (2008), es el procedimiento que usualmente se emplea para adjudicar proyectos de asistencia y cooperación internacional financiados por instituciones como el Banco Mundial, la Comisión Europea, las Naciones Unidas y bancos regionales de desarrollo, entre otras, cada una de las cuales con su propio procedimiento pero con la licitación como factor común de adjudicación para los proyectos que ellas financian (Vallejo, 2008). De hecho, el autor citado señala que aun cuando cada entidad financiadora fija reglas particulares en su sistema de licitación, es posible identificar aspectos comunes que él denomina “ciclo de licitación” compuesto por tres etapas principales: anuncio del concurso, presentación de ofertas y evaluación (Vallejo, 2008).

El derecho internacional se encuentra presente en los contratos estatales de ahí que en países en desarrollo las disposiciones nacionales que regulan ese tema difícilmente tienen aplicación exclusiva “por la inserción del sistema de liberalización de los contratos públicos vía los tratados de libre comercio” (Linares, 2008). En Colombia Wills-Valderrama señala que la infraestructura en el país ha requerido de grandes inversiones del sector privado de las cuales más del 50%

corresponde a inversión extranjera que se concreta en acuerdos y tratados internacionales que imponen obligaciones a Colombia poco claras o extrañas al derecho colombiano (Wills-Valderrama, 2011).

En relación con ello y, concretamente sobre la licitación pública internacional, Matallana (2013) afirma que las reglas que normalmente aplican los organismos internacionales, no son compatibles con las normas de contratación colombianas. Así, afirma el autor que la apertura del proceso de selección por licitación pública internacional debe ser informado “a todas las embajadas de los países miembros del organismo de cooperación internacional (tal es el caso del BID)” (Matallana, 2013); y que deben realizarse publicaciones internacionales autorizadas por el organismo de cooperación, y por un lapso mayor al que indica la ley colombiana, lo cual alarga el proceso de selección (Matallana, 2013).

Otras incompatibilidades que señala el autor entre la licitación pública internacional y el ordenamiento jurídico nacional se refieren a que, contrario a lo establecido en este, los proponentes en las licitaciones internacionales no están obligados a inscribirse en el registro único de proponentes y que el criterio de elección es el menor precio. También critica que el organismo de cooperación tiene la facultad de revisar los pliegos de condiciones, así como el informe de evaluación de propuestas y el orden de elegibilidad, condiciones sin las cuales estos organismos no financian los proyectos (Matallana, 2013).

## **Jurisprudencia sobre la licitación pública internacional en Colombia**

El Consejo de Estado (Sección Tercera, 2009, radicación 13206) ha reconocido que en vigencia de la Ley 19 de 1982 los departamentos y los municipios tenían la facultad de regular lo relativo a la formación y adjudicación de los contratos que celebraran, reservándose la ley la regulación sobre las clases de contratos, sus efectos, inhabilidades e incompatibilidades. Por lo anterior dichas entidades territoriales establecían las disposiciones que regulaban sus licitaciones públicas internacionales. En ese sentido el Consejo de Estado indicó que “tanto los departamentos como los municipios estaban facultados para regular, a través de sus Códigos Fiscales, los temas relacionados con la formación, la adjudicación de los contratos y las cláusulas necesarias para el cumplimiento de sus fines públicos.”(Subrayas propias del texto original). (Sección Tercera, 2009, radicación 13206).

Luego de una revisión normativa interna sobre la licitación pública internacional, se describirán los modelos de contratación pública internacional con base en los acuerdos comerciales suscritos por Colombia.

**Integración al ordenamiento jurídico colombiano de los modelos de contratación pública internacional desarrollados por países como Estados Unidos de América, Canadá y los Estados de la Asociación Europea con los cuales Colombia posee acuerdos comerciales, vigentes y próximos a entrar en vigencia, con obligaciones en materia de contratación pública**

Colombia ha celebrado distintos acuerdos comerciales con países de América y Europa que incluyen obligaciones en materia de contratación pública, razón por la cual, y como desarrollo del tercer objetivo planteado en este trabajo, serán descritos a continuación y posteriormente se analizará si lo dispuesto en ellos permite su integración al ordenamiento jurídico colombiano.

**Acuerdos comerciales suscritos por Colombia.**

- 1. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América suscrito el 22 de noviembre de 2006, aprobado por Colombia por la Ley 1143 de 2007 declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-750 de 2008. De la misma manera el Protocolo Modificador del Acuerdo, firmado en Washington el 28 de junio de 2007, fue aprobado mediante la Ley 1166 de 2007, cuya exequibilidad fue declarada en Sentencia C-751 de 2008.**

El capítulo 9º regula el tema de la contratación pública cubierta, entendida como la contratación de mercancías o servicios. Como mecanismos de selección de

contratistas se contemplan la licitación abierta, la licitación selectiva y la contratación directa.

El acuerdo no define la licitación abierta sino la selectiva, entendiendo por esta “...un método de contratación pública en el cual solamente los proveedores que satisfagan las condiciones de participación son invitados por la entidad contratante para presentar propuestas” (artículo 9.16: Definiciones). A su vez, es posible entender la contratación directa como aquella en la cual la entidad contratante se pone en contacto con un proveedor o proveedores de su elección (artículo 9.8: Contratación Directa).

El artículo 9.2 establece los siguientes principios generales que orientan los procesos de selección: “trato nacional y no discriminación” que consiste en que cada parte debe dar a los proveedores, mercancías y servicios de la otra, el mismo trato que da a los propios, lo cual implica abstenerse de tratar de manera menos favorable a la contraparte por ser extranjera (artículos 9.2.1 y 9.2.2), principio que no aplica en relación con aranceles u otras regulaciones de importación, ni sobre medidas que afectan el comercio en servicios distintos a los que abarca la contratación pública (artículo 9.2.6). Otro principio general consagrado es aquel según el cual la licitación abierta es la regla general, y la excepción la constituyen la licitación selectiva y la contratación directa (artículos 9.2.3). Se establece de igual forma que cada parte aplicará a la contratación pública de mercancías, las reglas que de ordinario emplea para el comercio de tales mercancías (artículo 9.2.4). Finalmente, se prohíbe la exigencia de condiciones compensatorias

especiales o que se tengan en cuenta como factores de calificación o selección (artículo 9.2.5).

Aunque no figura como principio, la publicidad ocupa un lugar destacado en el acuerdo, pues exige la publicación a través de medios de fácil acceso, de toda la información relacionada con la contratación, incluyendo modificaciones a la misma; y se contempla que cada parte debe explicar a la otra tal información si así se le solicita (artículo 9.3). Además, el acuerdo ordena que, salvo en la licitación selectiva, para cada contratación debe publicarse por medios de amplia difusión un “aviso de contratación futura” invitando a los interesados a ofertar (artículos 9.4.1 y 9.4.2). Igualmente, el acuerdo establece que cada parte debe alentar a sus entidades a que cada año publiquen sus planes de contratación pública (artículo 9.4.3), algo así como los planes anuales de adquisición o planes de compra que se utilizan en la contratación pública colombiana. También debe ser publicada la información sobre la adjudicación del contrato (artículo 9.9.8).

El trámite de la licitación abierta exige el suministro de toda la información necesaria para presentar las ofertas, los requisitos generales y las especificaciones técnicas, teniendo en cuenta que estas no pueden constituir obstáculos para el comercio entre las partes; y si son modificadas deberá informarse y permitir que los proveedores modifiquen o presenten su propuesta de nuevo según el caso (artículos 9.6 y 9.7). El plazo para presentar ofertas dependerá de la naturaleza de la contratación, pero el acuerdo establece un plazo no menor de 40 días que puede

reducirse si la entidad publica el aviso de contratación futura en medio electrónico y los documentos de contratación (artículo 9.5).

Otra etapa del proceso de selección es la de recepción y apertura de las ofertas, en la que debe garantizarse la igualdad y la imparcialidad. Luego de la evaluación, y para la adjudicación del contrato, el acuerdo exige que la oferta sea presentada por escrito, que cumpla los requisitos esenciales y los criterios de evaluación, y que ofrezca el precio más bajo o sea la más ventajosa según los criterios definido en los documentos licitatorios (artículo 9.9).

El acuerdo no parece tener un procedimiento claro para impugnar la decisión de adjudicación, sino que corresponde a cada parte especificarlo. Sobre el particular lo que dice el artículo 9.9.7 es que la entidad contratante debe informar “sin demora” (no hay un plazo determinado) a los proveedores que presentaron ofertas, las razones de la adjudicación y las ventajas de la oferta ganadora. Más adelante el artículo 9.11 del acuerdo establece la “Revisión Nacional de las Impugnaciones de los Proveedores”, que indica que cada parte debe designar una autoridad imparcial e independiente para recibir y revisar impugnaciones de proveedores, relacionadas con la implementación del capítulo (de la Contratación Pública) para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes (artículo 9.11.1). Se establece también la posibilidad de que la autoridad que tramite la impugnación adopte medidas provisionales como la suspensión de la adjudicación del contrato o la suspensión de la ejecución del mismo (artículo 9.11.3) y que el procedimiento de revisión contemple al menos: un plazo suficiente, no menor a 10

días, para que el proveedor prepare y presente su impugnación; la respuesta escrita de la entidad contratante y el acceso a los documentos contractuales; oportunidad para que el proveedor se pronuncie frente a la respuesta de la entidad contratante, antes de la decisión definitiva; y decisión de fondo escrita fundamentada (artículo 9.11.5).

**2. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá suscrito el 21 de noviembre de 2008, aprobado por Colombia por la Ley 1363 de 2009 declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-608 de 2010.**

El capítulo 14 de este acuerdo regula el tema de la Contratación Pública. En él se define la licitación pública como “un método de contratación pública en que todos los proveedores interesados pueden presentar oferta”; y la licitación selectiva como “...un método de contratación en que la entidad contratante sólo invita a presentar ofertas a los proveedores que reúnan las condiciones requeridas” (artículo 1417: Definiciones).

El artículo 1403 establece los siguientes principios generales de estos procesos de selección: al igual que el acuerdo anterior<sup>32</sup>, se establece en términos similares los principios de “trato nacional y no discriminación”(artículo 1403.1 y 1403.2) con las mismas excepciones en relación con derechos aduaneros, cargas de

---

<sup>32</sup> Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América suscrito el 22 de noviembre de 2006.

importación y medidas que afectan el comercio en servicios distintos a los que abarca la contratación pública (1403.7); “licitación pública como regla general” cuya excepciones son la licitación selectiva y la contratación directa (artículo 1403.4); “reglas de origen” según el cual cada parte aplicará a la contratación pública de mercancías, las reglas que de ordinario emplea para el comercio de tales mercancías (artículo 1403.5); “prohibición de compensaciones” como exigencia especial o como factor de calificación o selección (artículo 1403.6); “publicidad” de toda la información relacionada con la contratación, de sus modificaciones; y se contempla también el deber de explicar a la otra parte tal información si así se le solicita (artículo 1404); así como publicación del “aviso de contratación futura” (artículos 1405.1 y 1405.2), de los planes de contratación pública (artículo 1405.3) y de la información sobre la adjudicación del contrato (1410.8).

El trámite de la licitación pública exige el suministro de toda la información necesaria para presentar las ofertas, los requisitos generales esenciales que demuestren capacidad legal, comercial y solvencia financiera (artículo 1406); al igual que las especificaciones técnicas, las cuales no pueden constituir obstáculos innecesarios para el comercio entre las partes (artículo 1407); y si son modificadas deberá informarse y permitir que los proveedores modifiquen o presenten su propuesta de nuevo según el caso (artículo 1407.8). El plazo para presentar ofertas dependerá de la naturaleza de la contratación, pero el acuerdo establece un plazo no menor de 40 días que puede reducirse si la entidad publica el aviso de contratación futura en medio electrónico y los documentos de contratación (artículo 1408).

Otra etapa del proceso de selección es el “tratamiento de las ofertas” que debe garantizar la igualdad, la imparcialidad y la confidencialidad. Aquí se contempla la posibilidad de corregir errores de forma hasta antes de la adjudicación, dando la misma oportunidad a todos los oferentes (artículo 1410). La adjudicación del contrato requiere oferta por escrito que satisfaga las condiciones de participación, los requisitos esenciales y que constituya el precio más bajo o sea la más ventajosa (artículo 1410.4 y 1410.5).

El acuerdo también es similar al suscrito con los Estados Unidos sobre el procedimiento para impugnar el proceso de selección, que corresponde a cada parte especificarlo. Se establece, en el artículo 1412 denominado “Procedimientos Nacionales de Revisión”, que cada parte debe designar una autoridad imparcial e independiente para recibir y revisar impugnaciones de proveedores, relacionadas con la implementación del capítulo (de la Contratación Pública); y que se cuente con un procedimiento escrito, oportuno, efectivo, transparente y no discriminatorio que permita al menos 10 días para que los proveedores presenten la impugnación, respuesta escrita de la entidad contratante a esa impugnación, acceso a los documentos contractuales, derecho de quienes impugnan a ser oídos antes de que se resuelva la reclamación, a ser representados, a acceder al trámite de impugnación, a presentar testigos; y a una decisión oportuna, escrita y fundamentada.

Se establece también que la autoridad que tramite la impugnación tenga la facultad de tomar “medidas interinas” como la suspensión del proceso de selección

(artículo 1412.5). A diferencia del acuerdo suscrito con los Estados Unidos, el de Canadá no dispone como medida provisional la suspensión de la ejecución del contrato adjudicado.

### **3. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), suscrito el 25 de noviembre de 2008, aprobado por la Ley 1372 de 2010.**

Su capítulo 7 está dedicado a la “contratación pública cubierta”, entendida como la “contratación para propósitos gubernamentales de mercancía, servicios o cualquier combinación de estos...” (artículo 7.1). Entre los mecanismos de selección establecidos en el acuerdo se encuentran la licitación pública que define como “...un método de contratación en que todos los proveedores interesados pueden presentar una oferta”; y la licitación selectiva que “significa un método de contratación en que sólo los proveedores calificados son invitados por la entidad contratante a presentar ofertas”(artículo 7.2 letras k y p). Sin embargo, las entidades contratantes adjudican “con arreglo a sus legislaciones nacionales”, tal como expresamente se pactó en el artículo 7.10.1.

Este acuerdo establece los mismos principios generales señalados en los acuerdos anteriores, es decir: “trato nacional y no discriminación” con sus excepciones (artículos 7.4.1 y 7.4.7), “reglas de origen” (artículo 7.4.5), “prohibición de exigencia de compensaciones” (artículo 7.4.6); publicidad de toda la información relacionada con la contratación, sus modificaciones y la explicación

de ella si así se le solicita (artículo 7.5), la publicidad del “aviso de contratación futura” (artículo 7.6), de los planes de contratación (artículo 7.6.4) y de la información sobre la adjudicación del contrato (artículo 7.15.2).

A diferencia de los acuerdos suscritos con los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, el acuerdo en estudio contempla el principio de “uso de medios electrónicos” que en caso de utilizarse implica que la entidad contratante asegure sistemas tecnológicos que garanticen la autenticidad, la encriptación de la información y su integridad (artículo 7.4.3), e insta a que en lo posible se empleen las tecnologías de la información (artículo 7.11).

La adjudicación de los contratos se sujeta “a las legislaciones nacionales”, como se indicó antes, pero debe observarse lo dispuesto en el acuerdo. Así, la entidad contratante proporcione toda la información necesaria para presentar las ofertas, los requisitos generales, criterios de evaluación, las especificaciones técnicas, teniendo en cuenta que estas no pueden constituir obstáculos para la participación de proveedores; si la contratación se realiza por medios electrónicos, debe también la entidad contratante fijar requisitos para la autenticidad y protección de la información. Las modificaciones deberán informarse a todos los proveedores participantes y con la antelación necesaria para permitir que ellos modifiquen o presenten su propuesta de nuevo según proceda (artículo 7.8).

Al igual que los dos acuerdos anteriores, el plazo para presentar ofertas dependerá de la naturaleza y complejidad de la contratación (artículo 7.10). Esas

ofertas deben recibirse y abrirse de conformidad con procedimientos que respeten la equidad, la imparcialidad y la confidencialidad (artículo 7.14); y para que se considere adjudicable, la oferta debe haberse presentado por escrito, cumplir los requisitos esenciales de la licitación, provenir de un proveedor que reúna las condiciones para participar y ser la más ventajosa según los criterios definidos en los documentos licitatorios (el Acuerdo no define tales criterios, luego corresponderá a la entidad contratante establecerlos según sus necesidades) o la del precio más bajo si ese es el criterio de adjudicación (artículos 7.14.3 y 7.14.4).

El acuerdo fija algunas reglas en torno a lo que denomina “Procedimientos Internos de Impugnaciones” (artículo 7.17), como aquella según la cual cada parte del acuerdo debe implementar un procedimiento “oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio”, que respete el debido proceso, a través del cual los proveedores interesados puedan impugnar el proceso de selección por la violación del capítulo del acuerdo sobre contratación pública. La autoridad encargada de revisar la impugnación debe ser imparcial e independiente de la entidad contratante. El procedimiento también debe asegurar que la entidad contratante responda por escrito la impugnación, que permita el acceso a los documentos contractuales y a la actuación de la impugnación, que los interesados sean escuchados antes de que se decida la impugnación, quienes además deben tener derecho a hacerse representar, y que la impugnación ser resuelva por escrito y con la debida fundamentación.

Se establece también la posibilidad de que la autoridad que tramite la impugnación tome medidas provisionales ágiles como la suspensión del proceso de contratación, y también contempla la posibilidad de medidas de compensación para los proveedores por la violación del acuerdo (en su capítulo de contratación pública) por parte de la entidad contratante (artículo 7.17.7).

**4. Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú firmado el 11 de diciembre de 2012, aprobado por Colombia por la Ley 1669 de 2013. El Gobierno Nacional dio aplicación al Acuerdo a través de los decretos 1513 de 2013, 1636 de 2013 y 2247 de 2014.**

El capítulo VI de este acuerdo regula la Contratación Pública en el que se contempla la licitación pública como “un método de contratación pública en el que todos los proveedores interesados pueden presentar oferta” (artículo 172) que se aplica de acuerdo con la legislación nacional de cada parte (artículo 175.4).

Su artículo 175 establece los principios generales relativos a la actividad contractual, idénticos a los de los acuerdos referidos antes: no discriminación, transparencia, imparcialidad, uso de medios electrónicos que garanticen autenticidad, seguridad e integridad de la información. También establece los principios de “reglas de origen”, “prohibición de compensaciones” como exigencia especial o como factor de calificación o selección; “publicidad” de toda la información relacionada con la contratación, de sus modificaciones, al igual que la publicación de “avisos de contratación pública prevista” (que los otros acuerdos

llaman avisos de contratación futura) y de los planes de contratación pública (artículo 177).

El trámite de la licitación pública exige el suministro de toda la información con las condiciones necesarias para participar en el proceso de selección. Esas condiciones deben ser las esenciales para establecer la capacidad jurídica, financiera, comercial y técnica (artículo 178). En cuanto a las especificaciones técnicas, el acuerdo prescribe que ellas no deben establecerse con el propósito de obstaculizar el comercio, sino en función del uso de los bienes o servicios, según normas técnicas internacionales o nacionales, sin exigir determinadas marcas o fabricantes (artículo 181).

Los pliegos de condiciones deben incluir toda la información suficiente para preparar y presentar las ofertas, y si son modificados, deberá informarse y permitir que los proveedores modifiquen o presenten su propuesta de nuevo según el caso (artículo 182.3). El plazo para presentar ofertas, al igual que lo pactado en los otros acuerdos, debe ser suficiente de manera que permita su preparación, lo cual dependerá de la clase de contratación (183).

En la etapa de “tratamiento de las ofertas” debe garantizarse equidad, la imparcialidad y la confidencialidad. La adjudicación recaerá sobre la oferta escrita que cumpla las condiciones de participación y que constituya el precio más bajo o sea la más ventajosa (artículo 187), luego de lo cual debe la entidad contratante informar a los proveedores participantes de su decisión y explicar, al interesado

que lo solicite, las razones por las que su oferta no fue seleccionada y las ventajas de la oferta ganadora (artículo 188).

El acuerdo también prevé que las partes deben establecer un procedimiento interno de revisión oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio, para impugnar el proceso de contratación por violación del acuerdo. El período de tiempo mínimo para impugnar no puede ser inferior a diez días; la autoridad que recibe, examina y resuelve la impugnación debe ser imparcial e independiente de la entidad contratante; y el procedimiento debe garantizar al menos que la respuesta de la entidad contratante a la impugnación sea escrita, que haya acceso a los documentos contractuales, que quienes impugnan sean oídos antes de que se resuelva la reclamación, que tengan derecho a hacerse representar, a acceder al trámite de impugnación, a presentar testigos y a una decisión oportuna, escrita y fundamentada (artículo 190).

También se prevé la adopción de medidas provisionales rápidas para que el proveedor impugnante participe en el proceso de contratación, que incluyan incluso su suspensión, así como la compensación por los costos de preparación de la oferta y/o de la impugnación cuando se haya establecido la infracción en el trámite de contratación.

**5. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Venezuela y la República de Colombia (Tratado del grupo de los Tres TLC-G3) firmado el 13 de junio de 1994 y vigente desde el 1 de enero de 1995. En Colombia entró en vigor a través de la Ley 172 de 1994, Decreto 2900 y Decreto 2901 de diciembre de 1994. Su capítulo XV trata el tema de las Compras del Sector Público.**

Su capítulo XV trata el tema de las Compras del Sector Público que determina como mecanismos de selección la licitación abierta, la licitación selectiva y la licitación restringida. En la primera cualquier proveedor que esté interesado puede formular oferta; en la segunda, es decir, en la selectiva, presentan propuestas los proveedores que sean invitados por la entidad contratante; y en la licitación restringida la entidad contratante se comunica individualmente con los proveedores si se presentan las circunstancias expresamente previstas en el acuerdo (artículo 15-02) entre otras, cuando no se presenten ofertas en un procedimiento de licitación pública o selectiva, o cuando las presentadas sean resultado de connivencia, por motivos de urgencia que impidan la obtención oportuna de los bienes o servicios requeridos (artículo 15-16).

El acuerdo establece que las obligaciones contenidas en él no pueden ser evadidas mediante la concepción o elaboración de contratos de compra por las entidades de los estados parte (artículo 15-02 numeral 4).

Al igual que los acuerdos anteriores el celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Venezuela y la República de Colombia dispone el principio de “trato nacional y no discriminación” (artículo 15-04), “reglas de origen” (artículo 15-05), “prohibición de condiciones compensatorias especiales” (artículo 15-07) y publicidad de las condiciones de participación (artículos 15-10 numeral 2, 15-11, 15-14). También prevé el acuerdo la posibilidad del uso de medios tecnológicos (artículo 15-15) aunque prohíbe de manera expresa la presentación de ofertas por vía telefónica (artículo 15-15 numeral 1 literal e).

El plazo para presentar ofertas dependerá de la complejidad de la contratación, pero tratándose de la licitación abierta el plazo no podrá ser inferior a 40 días (artículo 15-13 numeral 2). Esas ofertas deben recibirse y abrirse con arreglo a los procedimientos establecidos. La adjudicación se realiza a favor del proveedor que cumpla con las condiciones de participación y cuyo precio sea el más bajo o represente mayor ventaja para la entidad de acuerdo con los criterios de evaluación (artículo 15-15 numeral 5), adjudicación que en todo caso no puede estar condicionada a la celebración de contratos previos con la entidad o a la experiencia previa de trabajo del proveedor en el territorio del respectivo país parte del acuerdo (artículo 15-15 numeral 5).

La entidad debe informar sobre la adjudicación de contratos, si hay solicitud expresa, a los proveedores participantes; y si alguno de estos en quien no haya recaído la adjudicación lo solicita, la entidad deberá indicar las razones del por qué

no fue elegida su oferta, las ventajas de la oferta ganadora y el nombre del ganador (artículo 15-15 numeral 7).

El acuerdo les deja a las partes la posibilidad de adoptar el procedimiento de impugnación que en todo caso debe sujetarse a las reglas establecidas en el artículo 15-17, como:

- La posibilidad de buscar una solución con la entidad antes del procedimiento de impugnación;
- La posibilidad de impugnar cualquier aspecto del proceso incluso desde antes de la adjudicación y hasta después de ella;
- La atención oportuna e imparcial de quejas o impugnaciones;
- El plazo para impugnar no puede ser inferior a 10 días desde que se conozca el fundamento de la queja;
- El establecimiento de una autoridad denominada revisora que reciba, investigue de manera expedita y resuelva las impugnaciones;
- La autoridad revisora durante su investigación puede postergar la adjudicación del contrato;
- Al resolver la impugnación la autoridad revisora tiene la potestad de emitir directrices a la entidad contratante para que evalúe de nuevo las ofertas, termine el contrato o haya un nuevo concurso.
- Lo resuelto por la autoridad revisora “generalmente” obliga a la entidad contratante.

- El resultado de la investigación de la autoridad revisora puede contemplar recomendaciones a futuro para que la entidad contratante mejore los procedimientos de selección.

La autoridad revisora encargada de investigar y resolver las impugnaciones podría ser una especie de tribunal de arbitramento con capacidad operativa para decidir de manera rápida e imparcial esta clase de controversias.

**6. Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile firmado el 27 de noviembre de 2006 y entró en vigor el 8 de mayo de 2009 mediante la Ley 1189 de 2008. Su capítulo 13 se refiere a la contratación pública.**

El capítulo 13 de este acuerdo regula el tema de la Contratación Pública en el que se establece que las entidades de los estados que son parte de él “...adjudicarán contratos mediante procedimientos de licitación abierta, en el curso de los cuales cualquier proveedor interesado podrá presentar una oferta, o cuando proceda, una solicitud para participar en una contratación pública” (artículo 13.9).

El acuerdo establece los siguientes principios generales aplicables a la selección contractual en similares condiciones a las señaladas en los acuerdos comerciales anteriores: trato nacional y no discriminación (artículo 13.2 numerales 1 y 2), prohibición de condiciones compensatorias especiales (artículo 13.2 numeral 4), publicidad de toda la información relacionada con una contratación

específica (artículo 13.3), así como los avisos de contratación futura(artículo 13.4) y de la información sobre la adjudicación del contrato (artículo 13.11).

Las exigencias para formular las propuestas deben limitarse a las esenciales para garantizar que el proponente cuente con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato (artículo 13.8). Las especificaciones técnicas no pueden constituir obstáculos innecesarios para el comercio entre las partes ni hacer referencia a específicas marcas o nombres comerciales (artículo 13.7). El plazo para presentar ofertas dependerá de la naturaleza y grado de complejidad de la contratación, pero no podrá ser inferior a 10 días entre la publicación del aviso de contratación y la fecha para presentar propuestas (artículo 13.5).

El proceso de selección incluye el tratamiento de las ofertas, esto es, su recepción y apertura en las cuales debe garantizarse la igualdad, la imparcialidad y la confidencialidad (artículo 13.10 numeral 1). La adjudicación del contrato requiere oferta escrita que se ajuste a los requisitos esenciales de la licitación, presentada por un proveedor que satisfaga las condiciones de participación y que constituya mayor ventaja para la entidad de conformidad con los criterios de evaluación indicados en la licitación (artículo 13.10 numerales 2 al 4).

Este acuerdo les exige a los estados parte garantizar sanciones para los responsables de prácticas de corrupción, así como establecer políticas orientadas a eliminar conflicto de intereses en quienes tengan injerencia en la contratación pública (artículo 13.12).

En cuanto al procedimiento de impugnaciones en el trámite del proceso de selección, prevé el acuerdo que cada parte debe designar una autoridad imparcial e independiente para recibir y revisar las impugnaciones de los proveedores quienes deberán contar con un procedimiento oportuno, transparente, eficaz y respetuoso del debido proceso. El término para impugnar no podrá ser inferior a 10 días contados desde que se tenga conocimiento del fundamento de la reclamación cuya respuesta de la entidad constará por escrito y podrá ser apelada (artículo 13.13).

Se establece también que la autoridad competente para decidir la impugnación tenga la facultad de tomar medidas cautelares como la suspensión de la adjudicación o la ejecución del contrato ya adjudicado (artículo 13.13 numeral 2).

El Tratado contempla que la autoridad en quien recaiga la función de resolver las impugnaciones, puede ser una autoridad administrativa o judicial, en todo caso imparcial (artículo 13.13) que garantice por lo menos:

- Acceso del proveedor al expediente y el derecho de audiencia, esto es, que pueda ser escuchado;
- Tiempo suficiente para que el proveedor interesado elabore y presente su impugnación escrita;
- Respuesta escrita de la entidad a la impugnación del proveedor y
- Decisión pronta y motivada de la impugnación.

- Que no habrá retaliación contra el proveedor por el hecho de haber impugnado, de manera que esta no afecte la participación de aquel en contrataciones en curso o futuras.

**7. Tratado del Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, Triángulo Norte (TLC-TN), firmado el 9 de agosto de 2007 en Medellín, aprobado por medio de la Ley 1241 de 2008. En su capítulo 11 se trató el tema de la Contratación Pública.**

El capítulo 11 de este acuerdo dedicado a la Contratación Pública no señala procedimiento de selección alguno, sino que remite a los procedimientos de contratación pública que cada Estado parte posee en su orden interno, los cuales deben aplicarse de forma tal que “... permitan la máxima competencia posible y respeten los principios de transparencia, publicidad y no discriminación” (artículo 11.2). Se dispone también que cada parte está llamada a remitir a las otras sus leyes y regulaciones sobre la contratación pública, al igual que sus modificaciones (artículo 11.2 numeral 4).

Además de lo anterior, el acuerdo prevé los principios de trato nacional y no discriminación, así como el de prohibición de compensaciones especiales (artículo 11.2) tal como los acuerdos anteriores.

De lo observado en los acuerdos comerciales descritos es posible concluir los siguiente:

- Parece ser una tendencia en la contratación pública en el ámbito internacional determinados principios que han sido pactados en los acuerdos vistos, incluso redactados en forma similar en algunos casos. Tales principios son: trato nacional y no discriminación, reglas de origen, publicidad, imparcialidad, igualdad, transparencia y prohibición de compensaciones especiales.
- Los principios que figuran en los acuerdos comerciales estudiados no son extraños a los que inspiran las disposiciones jurídicas colombianas. En efecto, el principio de no discriminación, según el cual cada parte debe dar a los proveedores, mercancías y servicios de la otra, el mismo trato que da a los propios, se acompaña con el principio de reciprocidad establecido en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993<sup>33</sup>. Lo mismo puede decirse acerca de los principios de igualdad e imparcialidad de estirpe constitucional<sup>34</sup>, así como del principio de publicidad cuya importancia se destaca en los acuerdos

---

<sup>33</sup> “Artículo 20º.- De la Reciprocidad. En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

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

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

<sup>34</sup> “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

y en el ordenamiento jurídico interno como condición necesaria de transparencia<sup>35</sup>, haciendo posible el acceso sencillo a la información relativa al proceso de selección.

- Es común en los acuerdos que la licitación pública o abierta se presente como una regla general, aspecto en el que coinciden con la ley colombiana<sup>36</sup>.
- Los acuerdos propugnan porque las condiciones para participar en las licitaciones y las especificaciones técnicas de las mismas sean las estrictamente necesarias para garantizar la idoneidad de los oferentes sin que puedan convertirse en obstáculos o en herramientas de discriminación que a veces se emplean indebidamente para asegurar que específicamente un proponente resulte elegido.
- Se observa en la mayoría de los acuerdos expresas disposiciones en relación con el uso de herramientas tecnológicas aplicadas a los procesos de selección contractual que garanticen la autenticidad, la

---

<sup>35</sup> Ley 80 de 1993:

“Artículo 24º.- . *Del principio de Transparencia.* En virtud de este principio: [...]

2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

<sup>36</sup> Ley 1150 de 2007:

“Artículo 2º. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: [...]

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo. [...]”.

seguridad y la difusión masiva de la información, así como celeridad y conectividad en tiempo real.

- Es frecuente en los acuerdos un procedimiento de impugnación en el trámite del procedimiento de selección contractual cuya resolución corresponde a una autoridad imparcial e independiente, que puede ser administrativa o judicial, con facultades de imponer medidas cautelares, interinas o provisionales como la suspensión del proceso de selección, la suspensión de la adjudicación o la suspensión de la ejecución del contrato respetando el debido proceso.
- Lo dispuesto en los acuerdos comerciales descritos presenta zonas comunes con el ordenamiento jurídico colombiano, de ahí que sea posible establecer la integración de este a los modelos de contratación pública internacional.

**Análisis, como fuente de derecho internacional, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.**

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante la Convención) fue realizada en Viena en abril de 1980, aprobada en Colombia por la Ley 518 de 1999 y en vigor desde el 1° de agosto de 2002 (Decreto 2826 de 2001).

La aplicación de la Convención a la licitación pública internacional en Colombia se torna problemática. Efectivamente, el artículo 1º señala que la Convención se aplica a contratos de compraventa de mercaderías, de manera que no tendría vigor en otra clase de contratos, como los de obra. En el mismo sentido, el artículo 2º literal b) establece que ella no se aplica a las compraventas en subastas, de ahí que, si se realiza una licitación pública internacional con el mecanismo referido, no podría regirse por dicha Convención. Asimismo, el artículo 3º numeral 2º, dispone que la Convención no rige los contratos en los que la prestación principal de la parte que provea las mercaderías consista en el suministro de mano de obra o de otros servicios, por lo que, si la licitación pública internacional versa sobre esta hipótesis, tampoco podría aplicarse la Convención.

Mayor es el problema en torno a la forma del contrato, ya que la Convención dispone en su artículo 11 que el "...contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos"; aspecto que entra en abierta contradicción con el carácter solemne que en Colombia tienen los contratos estatales, como quiera que el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 exige, para que se tenga como perfeccionado el contrato, acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que tal acuerdo conste por escrito, cuya ausencia impide que produzca efectos jurídicos (Expósito, 2013, p. 67). Lo anterior, salvo alguna excepción legal, como el caso de contratos celebrados bajo urgencia manifiesta, en cuyo caso no opera la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993, artículo 41, inciso cuarto).

Ahora bien, la misma Convención establece excepciones a la falta de solemnidad escrita en sus artículos 2 a 6 y 96. Los artículos 2 a 6 señalan expresamente que la Convención no se aplica a:

- La compraventa de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico, salvo que antes o al momento de comprar el vendedor no supiera que se compraban para dicho uso.
- La compraventa de mercaderías en subasta, judiciales, de valores mobiliarios, efectos de comercio y dinero; de embarcaciones acuáticas y aéreas; ni de electricidad.
- Contratos en los que la parte principal de las obligaciones del contratante que debe entregar las mercaderías, consista en suministrar mano de obra o prestar servicios (artículos 2 y 3).
- La validez del contrato ni sus estipulaciones, a la de cualquier uso ni a los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías, salvo disposición expresa en la Convención (artículo 4).
- La responsabilidad del vendedor por lesión o muerte ocasionadas por las mercaderías (artículo 5).
- Las excepciones fijadas por las partes (artículo 6).

Por su parte, el artículo 96 establece que si la legislación interna exige que los contratos de compraventa deban celebrarse o probarse por escrito, el respectivo Estado deberá hacer una declaración conforme al artículo 12, en el sentido de no

aplicar la informalidad indicada en su artículo 11 –la falta de escrito–. Sin embargo, en relación con este punto la Corte Constitucional indicó que Colombia “no tendría que hacer una declaración o reserva sobre el particular, por cuanto nuestra legislación comercial no exige que la compraventa de mercaderías se realice necesariamente por escrito” (Sentencia C-529 de 2000)y, de hecho, no se conoce que Colombia haya hecho reserva alguna sobre este tema. En materia de contratación con el Estado la situación es diferente pues los contratos estatales son solemnes tal como se indicó ya.

Otra disposición de la Convención que está en contravía con el ordenamiento jurídico interno, es el artículo 55 según el cual, es posible celebrar válidamente un contrato sin que de manera expresa o tácita se haya señalado el precio o la manera de establecerlo, lo que es contrario al ya mencionado artículo 41 de la Ley 80 de 1993 de conformidad con el cual el contrato estatal se encuentra perfeccionado si hay acuerdo sobre el objeto y la contraprestación.

Por las razones indicadas la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, exigiría reformas sensibles en el ordenamiento jurídico para que pudiera aplicarse en Colombia.

## **12. Conclusiones**

El objetivo general de este trabajo consistió en determinar las características de aspectos que se armonizan entre la modalidad de la licitación pública de

Colombia con acuerdos comerciales y tratados internacionales aprobados e incorporados en la normativa colombiana; y en orden a lograr tal objetivo fueron trazados, a su turno, distintos objetivos específicos.

En ese sentido, el primero de tales objetivos específicos consistió en identificar la teleología y organización de la licitación pública en Colombia, respecto del cual se constató, según la doctrina y la jurisprudencia, que, por una parte, dicho proceso de selección tiene como fin la escogencia de la propuesta más favorable según factores técnicos, económicos, sociales (por ejemplo, que los oferentes empleen personas en situación de discapacidad o de exclusión social) y hasta ambientales, que hagan a la oferta la más ventajosa para la entidad al margen de consideraciones subjetivas, favorabilidad que debe estar orientada al interés estatal que consiste en el cumplimiento de los fines del Estado. También se constató que otro de los fines de la licitación pública es garantizar el respeto de los principios fundamentales de la Administración Pública enlistados en el artículo 209 de la Constitución Política, tales como igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad.

Por otra parte, se observó que la organización de la licitación pública en Colombia, sus etapas, la forma como debe planearse y la publicidad que exige, parece estar en armonía con su propósito de selección de la oferta más favorable y de forma objetiva.

Otro objetivo específico planteado consistió en identificar el desarrollo

normativo, doctrinal y jurisprudencial de la licitación pública internacional en Colombia, en relación con el cual se encontró que ha habido una regulación normativa con: una tendencia al sometimiento de los extranjeros a la ley y a la justicia colombiana, salvo precisos casos como el empréstito celebrado con foráneos (artículos 63 y 64 del Decreto 1670 de 1975); un tratamiento basado en lo que se conoce como el principio de reciprocidad (artículo 91 del Decreto 150 de 1976); la distinción de los casos en los que la selección del contratista se realiza mediante licitación privada internacional, como los contratos financiados por organismos multilaterales o con personas extranjeras públicas, así como con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales (inciso 4° del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, artículo 20 de la Ley 1150 de 2007); y una autonomía para las entidades territoriales en orden a definir lo relacionado con la formación y adjudicación de los contratos según sus intereses y las necesidades del servicio (artículo 5 de la Ley 19 de 1982, artículo 211 del Decreto 1222 de 1986, artículo 47 de la Ley 11 de 1986, artículo 273 del Decreto 1333 de 1986).

En lo que atañe a otro de los objetivos específicos, concretamente al análisis de la integración al ordenamiento jurídico colombiano de los modelos de contratación pública internacional desarrollados por países como Estados Unidos de América, Canadá y los Estados de la Asociación Europea con los cuales Colombia posee acuerdos comerciales, vigentes y próximos a entrar en vigencia, con obligaciones en materia de contratación pública; se observó la existencia de zonas comunes que hacen posible establecer las características que se armonizan entre la modalidad de la licitación pública de Colombia con dichos acuerdos

comerciales.

En ese sentido, los principios generales previstos para los procesos de selección contractual internacional propenden por la no discriminación- igualdad, la imparcialidad, la transparencia, la publicidad, el debido proceso y el uso de las tecnologías de la información. Tales principios concuerdan con los que reconoce y adopta para la licitación pública internacional el Banco Interamericano de Desarrollo, que forman parte de sus políticas básicas y procedimientos de adquisiciones, como son: publicidad (acceso a la información), igualdad (que garantiza competencia efectiva), competencia (mayor número de oferentes) y debido proceso (para controvertir, impugnar y defenderse) (Banco Interamericano de Desarrollo, 1995).

Se observó igualmente que las condiciones de participación en una licitación pública internacional, deben circunscribirse a establecer las condiciones jurídicas, financieras y técnicas que hagan posible determinar si el oferente posee la capacidad para cumplir con el objeto a contratar; y que las especificaciones técnicas requeridas deben preverse en razón del uso o empleo de los bienes o servicios, según normas técnicas internacionales o nacionales, en lugar de características descriptivas; sin que quepa fijar requisitos con el propósito de excluir o favorecer a un proveedor determinado, como sería la indicación de determinadas marcas o fabricantes.

El contrato se debe adjudicar a la propuesta “más favorable” o la del precio más bajo, cuando sea este el factor determinante. Lo más favorable corresponderá

establecerlo a la entidad contratante, pero a partir de criterios objetivos que faciliten el control (mediante la impugnación) de las decisiones que se tomen en torno a la selección del oferente y teniendo en cuenta que el contrato tiene como fin último el beneficio del interés general. Ahora, para establecer cuál es la propuesta más favorable en los procesos de selección de los contratistas debe proscribirse, como criterio general aplicable siempre, la motivación subjetiva que pueda incidir en la escogencia, y además, como criterios particulares, atender los que resulten de la clase de contrato a celebrar, así por ejemplo, en las contrataciones cuyo objeto es la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, la propuesta más favorable será la de menor precio, mientras que en las contrataciones de consultores deben valorarse aspectos técnicos y de experiencia específica del oferente tal como se contempla en la legislación colombiana (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007).

Igualmente, entre los factores empleados por la entidad para determinar cuándo una oferta es más favorable, debería incluirse factores sociales (que favorezcan sectores sociales excluidos) y ambientales (que favorezcan el medio ambiente). En ese sentido “...será la oferta más favorable para el estado aquella que cumplidos los demás factores estipulados en el Pliego de Condiciones, tenga vinculados trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social” (Ramírez, 2014, p. 272) o las que representen un beneficio en la conservación del medio ambiente.

La decisión de adjudicación debe someterse a impugnación o revisión a través de un procedimiento que respete el debido proceso, de suerte que se facilite el acceso a los documentos contractuales, un término razonable para presentar reclamaciones o impugnar la decisión de adjudicación, la presentación de pruebas, la adopción de medidas cautelares, la reparación de perjuicios cuando se establezca el incumplimiento de las reglas del proceso de selección y una decisión de fondo tomada por autoridades independientes a la entidad que contrata, que bien podrían ser tribunales de arbitramento creados para tal efecto o los jueces contencioso administrativos propiamente dichos, por estar involucrado el Estado en la controversia.

También debería haber claridad sobre el derecho aplicable en caso de conflicto. Efectivamente, como lo señala Correa, si bien el derecho que regula una eventual controversia en el caso de relaciones enmarcadas en un tratado es deducible de manera más fácil porque el mismo tratado es el que se aplica (Torres, 2016), no sucede lo mismo cuando tales relaciones tienen lugar por fuera de un acuerdo comercial. En este caso es necesaria la existencia de reglas que resuelvan esta situación como la citada por Diana Correa con base en el Convenio CIADI cuyo artículo 42 establece que las partes acuerden de antemano la normativa que se aplicará a eventuales controversias o, en ausencia de acuerdo, que las leyes aplicables sean las de “la parte demandada” (Correa, 2016) aunque la literalidad del

artículo 42 citado dice es que se “aplicará la legislación del estado que sea parte de la diferencia”<sup>37</sup>.

Dicho lo anterior es posible afirmar que esos lineamientos generales comunes a la licitación pública internacional, encontrados en los acuerdos comerciales internacionales revisados, no resultan extraños o ajenos a la legislación interna colombiana. En efecto, los principios generales que aplican al trámite internacional, están también contemplados en Colombia pues incluso desde la Constitución Política se prevé que la “función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209). Y estos principios también se contemplan en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>38</sup>-aplicables a las actuaciones

---

<sup>37</sup>“(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo , el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.”

<sup>38</sup> “Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. [...]

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. [...]

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los

administrativas de tipo contractual-, en la Ley 80 de 1993<sup>39</sup> y en el Decreto 1082 de 2015<sup>40</sup>.

La legislación colombiana prescribe reglas en torno a los requisitos sobre experiencia, capacidad jurídica, financiera y técnica<sup>41</sup>; y sobre las condiciones de

---

ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. [...]

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma. [...]

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.”

<sup>39</sup> “Artículo 23º.- De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

<sup>40</sup> “Artículo 1.2.1.1. Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– es una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación. Como ente rector, tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.”

“PUBLICIDAD.

Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.

La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto.”

<sup>41</sup>Decreto 1082 de 2015:

Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.

participación en una licitación pública, las cuales deben fijarse de manera clara y objetiva<sup>42</sup> contra las cuales incluso puede formularse observaciones<sup>43</sup>.

Todo el trámite de selección está sometido a vigilancia para garantizar su transparencia<sup>44</sup> y es posible no solo presentar observaciones contra el acto de evaluación en sede administrativa<sup>45</sup>, sino también su impugnación en sede judicial<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup>Decreto 1082 de 2015:

Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.
8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.
9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.[...]
13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.
14. El Cronograma.”

<sup>43</sup>Decreto 1082 de 2015:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.4. Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos.”

<sup>44</sup>Decreto 1082 de 2015:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.5. Acto administrativo de apertura del proceso de selección. La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título.

El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar: [...]

5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas. [...].”

<sup>45</sup>Decreto 1082 de 2015:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos. [...]

La Entidad Estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el Cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:

1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las

Por lo anterior puede concluirse que el ordenamiento jurídico colombiano se enmarca dentro de los lineamientos generales propios de los estándares internacionales de la licitación pública internacional. Sin embargo, no puede decirse lo mismo en el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, cuyo análisis constituyó el último objetivo específico trazado en esta investigación.

Ciertamente, existen serias contradicciones entre dicha Convención y la legislación nacional sobre contratación estatal, pues la primera establece por regla general que los contratos no tendrán que celebrarse ni probarse por escrito (salvo las excepciones establecidas en sus artículos 2 a 6 y 96), mientras que la legislación colombiana establece por regla general lo contrario, esto es, que los contratos estatales son solemnes y deben constar por escrito (artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993) salvo las excepciones contempladas de manera expresa como lo es la

---

observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.

2. La Entidad Estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes.

3. Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la Entidad Estatal haya señalado con anterioridad.

4. La Entidad Estatal puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el SECOP con antelación.

5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda.”

<sup>46</sup>Ley 1437 de 2011:

“Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. [...]

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. [...].”

urgencia manifiesta, en cuyo caso puede prescindirse del contrato escrito (artículo 41 inciso 4 de la Ley 80 de 1993).

De igual manera, sería necesario que el orden legal colombiano se modificara de manera tal que permitiera celebrar válidamente un contrato sin que de manera expresa o tácita se señalara el precio.

Por último, se considera que resulta importante esta investigación en el ámbito académico y eventualmente práctico, en tanto que al contener una valoración de aspectos que se armonizan entre la modalidad de la licitación pública de Colombia con acuerdos comerciales y tratados internacionales, podría servir de base para la formulación de un modelo de licitación pública que se armonice con el contexto globalizado del mundo actual. Además, investigar sobre las características de los modelos de licitación pública ofrecidos tanto por los tratados como por los distintos entes internacionales como una guía de navegación sobre la correcta celebración de las licitaciones internacionales y nacionales, permitiría promover un modelo de proceso de selección contractual que atienda a la imperiosa necesidad de invertir eficientemente los recursos del Estado de manera que se garantice el logro de sus fines.

Lo anterior dado que la contratación estatal es una de las actividades administrativas con mayor trascendencia social, no solo por el fin que persigue, sino también por los enormes recursos públicos que a través de ella se ejecutan. Así, de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política, se tiene que

Colombia es un Estado Social de Derecho cuyos fines esenciales son “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Constitución Política de Colombia, artículo 2º); y para el logro de tales fines el Estado invierte sus recursos que son en mayor medida ejecutados a través de la contratación.

Piénsese por ejemplo en el Plan Nacional de Inversiones Públicas 2015 – 2018 que se estimó en 703,9 billones de pesos (Ley 1753 de 2015, artículo 5º) y el actual (2019-2022) en más de mil noventa y seis billones de pesos (Ley 1955 de 2019, artículo 4º), gran parte del cual se invierte a través de la contratación estatal mediante la licitación pública (Ley 80 de 1993 y Decreto 1082 de 2015).

### **13. Bibliografía**

#### **Obras y artículos.**

Benavides. (2010). Internacionalización de los contratos públicos. Recuperado de [<http://alumnosmdag.blogspot.com.co/2010/12/la-internacionalizacion-de-los.html>] el 4 de marzo de 2016.

Banco Interamericano de Desarrollo. (1995). Políticas básicas y procedimientos de adquisiciones del BID. Recuperado de [<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=351854>] el 6 de junio de 2016.

Bonilla Castro, E. & Rodríguez Sehk, P. (1997). Mas allá del dilema de los métodos: La investigación en ciencias sociales. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Cámara de Comercio de Barcelona. (2008). Guía de contratación pública internacional. Barcelona: Cámara de Comercio de Barcelona.

Castro Cuenca, C. G., García López, L. F. & Martínez Vargas, J. R. (2010). La contratación estatal: Teoría General – Perspectiva comparada y regulación internacional. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Centroamérica, República Dominicana & Estados Unidos de América. (2004). Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, el Gobierno de la República Dominicana. Washinton: agosto 5 de 2004.

Centroamérica & Panamá. (2002). Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y el Gobierno de la República de Panamá. Panamá: marzo 6 de 2002.

Centroamérica & Chile. (1999). Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y el Gobierno de la República de Chile. Guatemala: octubre 18 de 1999.

Centroamérica & República Dominicana. (1998). Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y el Gobierno de la República Dominicana. República Dominicana: abril 16 de 1998.

Centro de Estudios Adams. (2015). Licitaciones Internacionales. Madrid: Centro de Estudios Adams.

Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2002). Documento Conpes 3186 sobre una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Colombia. Tratados y Acuerdos de Libre Comercio. Ministerio de Industria y Comercio recuperados de [<http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=15031>].

Córdoba, J. (2007). La contratación pública en el Tratado de Libre Comercio – TLC Un modelo para armar. Revista Gestión.

Correa, I. (2002). Manual de licitaciones públicas. Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES.

Correa, D. (2016). La reparación del daño en el contencioso internacional de inversiones. Blog de Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-reparacion-del-dano->

en-el-contencioso-internacional-de-inversiones/] el 10 de septiembre de 2018.

Estados Unidos Mexicanos & Nicaragua. (1997). Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Nicaragua. Managua: diciembre 18 de 1997.

Estados Unidos Mexicanos, Colombia & Venezuela. (1994). Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia & la República de Venezuela. Cartagena: junio 13 de 1994.

Expósito Vélez, J. C. (2013). Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fernández Ruíz, J. (2015). El contrato Administrativo y la Licitación Pública. Revista Derecho y Sociedad, (No. 44), pp. 75–83.

Galán Barrera, D. R. (2004). La Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías. En Estudios Gerenciales número 91 abril – junio de 2004, pp. 49-64.

Gordillo, A. (2014). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Instituto Mexicano para la Competitividad A. C. Guía práctica de compras públicas. Recuperado de: [[https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2013/7/Guia\\_de\\_compras\\_publicas\\_011012.pdf](https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2013/7/Guia_de_compras_publicas_011012.pdf)] el 6 de junio de 2019.

Jiménez. (2015). 75 licitaciones en Antioquia con un solo proponente. Medellín: El Colombiano. Recuperado de: [<http://www.elcolombiano.com/75-licitaciones-en-antioquia-con-un-solo-proponente-BD1746829>] el 6 de marzo de 2016.

Linares J., M. (2008). Contratación Pública. Derecho local, internacional y de la integración. Perú: Editora Jurídica Grijley.

López-Elías. (1999). Aspectos jurídicos de la licitación pública en México. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Marienhoff, M. (1994). Tratado de Derecho Administrativo – Tomo III Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular. Abeledo-Perrot.

Matallana Camacho, E. (2013). Manual de contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Matallana Camacho, E. (2004). Contratación con organismos internacionales.

Revista Derecho del Estado, (No. 16).

Mercosur & Perú. (2005). Acuerdo de Complementación Económica Mercosur –

República de Perú ACE no. 58. Uruguay: agosto 25 de 2005.

Mercosur & Bolivia. (1996). Acuerdo de Complementación Económica Mercosur

– República de Bolivia ACE no. 36. Brasil: diciembre 17 de 1996.

Mercosur & Chile. (1996). Acuerdo de Complementación Económica Mercosur –

República de Chile ACE no. 35. Argentina: junio 25 de 1996.

Moreno Molina, J. A. (2015). Principios Generales de la Contratación Pública en el

Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina. Revista

Derecho y Sociedad, (No. 44), pp. 55–64.

Presidencia de la República de Colombia. (2015). Plan Nacional de Desarrollo

2014 – 2018 Todos por un Nuevo País. Paz, Equidad, Educación. Bogotá:

Departamento Nacional de Planeación.

Ramírez Rusinque, I. A. (2014). Menor valor: ¿oferta más favorable? Revista

Digital de Derecho Administrativo No. 11 primer semestre 2014, pp. 211-

253.

Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.).

Consultado en [<http://dle.rae.es/>] el 5 de junio de 2016.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2011). Los principios del Derecho global de la contratación pública. *Revista Derecho PUCP*, (No. 66), pp. 29–54.

Rodríguez R., L. (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis.

Romero Pérez, J. E. (1999). Contratación Pública Internacional. *Revista de Ciencias Jurídicas*, pp. 97–130.

Rozemberg, R. & Gayá R. (2012). La dimensión Internacional de la Contratación Pública. Recuperado de [<http://unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/Doc17%20Compras-Dimension-Internacional.pdf>] el 6 de junio de 2019.

Santofimio Gamboa, J. O. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Semana, Nación. (2011, junio). Cinco razones por las que la corrupción no deja de crecer. Recuperado de [<http://www.semana.com/nacion/articulo/cinco-razones-corrupcion-no-para-crecer/242988-3>] el 6 de marzo de 2016.

Serrano, A. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia* (Tesis de especialista). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

Suárez Beltrán, G. & Laguado Giraldo, R. (2007). *Manual de contratación pública electrónica para América Latina. Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*. Naciones Unidas CEPAL – Oficina de Cooperación Europea ID Recuperado de [<https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3550/S2007302.pdf?sequence=1&isAllowed=y>] el 12 de diciembre de 2018.

Tórtola, C. J. (2012). *Estrategia empresarial para participar en una licitación multilateral*. *Revista de Economía*, (No. 886), pp. 21–32.

Transparencia Internacional. (2013). *Informe Anual Transparencia Internacional*. Washington: Corporativo.

Transparencia Internacional. (2013). *Estudio sobre índices de corrupción*. Recuperado de: <http://www.transparency.org/gcb2013/report>

Wills-Valderrama, S. (2011). *Protección a la inversión extranjera en infraestructura*. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (No. 19), pp.17 – 38.

Vallejo, J. (2008). Licitaciones de proyectos: procedimientos en la práctica. En: La gestión de la cooperación al desarrollo. Instrumentos, técnicas y herramientas (pp. 279 – 304). España: CIDEAL.

### **Normas.**

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de [<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>] el 4 de marzo de 2016.

Colombia. Congreso de la República. (2015). Ley 1753 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 “Todos por un nuevo país”. Bogotá: Diario Oficial 49.538.

Colombia. Congreso de la República. (2007). Ley 1150 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Bogotá: Diario Oficial 46.691.

Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 80 por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Diario Oficial 41.094.

Colombia. Congreso de la República. (2005). Proyecto de Ley 20 de 2005 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Bogotá: Gaceta del Congreso no. 458.

Colombia. Congreso de la República. (1992). Exposición de motivos Ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Bogotá: Gaceta del Congreso no. 75.

Presidencia de la República de Colombia. (2015). Decreto 1082 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Bogotá: Diario Oficial 49.523.

Presidencia de la República de Colombia. (1983). Decreto 222 por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial 36.189.

Presidencia de la República de Colombia. (1976). Decreto 150 por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Bogotá: Diario Oficial 34.492.

Presidencia de la República de Colombia. (1975). Decreto 1670 por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Bogotá: Diario Oficial 34.388.

### **Jurisprudencia.**

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2016). Sentencia del 27 de enero. Radicación número 76001233100020050237100(49.847). Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2009). Sentencia del 29 de enero. Radicación número 76001-23-31-000-1993-19379 01(13206). Consejera Ponente doctora Myriam Guerrero de Escobar.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. (2001). Sentencia del 19 de julio. Radicación número 12037. Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (1986). Concepto del 14 de abril. Consejero Ponente doctor Eduardo Suescún Monroy.

Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. (2009). Sentencia C-713 de 2009. Magistrada  
Ponente doctora María Victoria Calle Correa.

Colombia. Corte Constitucional. (2005). Sentencia T-1029 de 2005. Magistrado  
Ponente doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia. Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-249 de 2004. Magistrado  
Ponente doctor Jaime Araujo Rentería.

Colombia. Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-949 de 2001. Magistrado  
Ponente doctora Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-529 de 2000. Magistrado  
Ponente doctor Antonio Barrera Carbonell.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (1976). Sentencia del 26 de agosto.  
Magistrado Ponente doctor Guillermo González Charry.