



**EL RÉGIMEN COLOMBIANO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL FRENTE AL
TLC CON ESTADOS UNIDOS**

PRESENTADO POR:

Jorge Alberto López Silva

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C

2014



**EL RÉGIMEN COLOMBIANO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL FRENTE AL
TLC CON ESTADOS UNIDOS**

PRESENTADO POR:

Jorge Alberto López Silva

Trabajo de tesis para optar al Título de:

Maestría en Derecho Administrativo

TRABAJO DIRIGIDO POR:

El Honorable Magistrado Juan Jacobo Calderón Villegas

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C

2014



RESUMEN

El presente escrito desarrolla un análisis comparado entre el sistema de compras públicas colombiano y el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos en cuanto a compras públicas se refiere, poniendo en evidencia inconsistencias de tipo jurídico para efectos principalmente prácticos, acudiendo a temas de soporte para el desarrollo de las obligaciones contenidas en el acuerdo, como son las Normas de Origen de los Bienes y el régimen de responsabilidad del contratista estatal colombiano.

Palabras clave: Tratado de Libre Comercio, Modalidades de Contratación, Compras Publicas, oferente, Normas de Origen, cobertura, licitación procedimientos y responsabilidad.



ABSTRACT

The present contribution develops a comparison between Colombian public procurement system and the Free Trade Agreement with the United States of America as regards public procurement mostly, highlighting legal type inconsistencies for practical purposes mainly. Going to support topics for the development of the liabilities contained in the agreement, such as the Rules of Origin of the Goods and the liability regime of the Colombian state contractor.

Key words: Free Trade Agreement, Method of Procurement, Public Procurement, offeror, Rules of Origin, coverage, tender, procedures and liability.



TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
1. INCONSISTENCIAS DESDE EL CAPÍTULO DE COMPRAS PÚBLICAS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS. <i>UN ANÁLISIS DE COHERENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.</i>	12
1.1 Alcance y Cobertura del Capítulo de Compras Públicas:	14
1.1.1 Alcance Orgánico del Tratado desde Secciones	17
1.1.2 Alcance Cuantitativo del Tratado	32
1.1.3 Alcance desde un Criterio de Naturaleza y Exclusiones a los Beneficios Otorgados por el Tratado.....	39
1.2 Procedimientos Contractuales Previstos en el Tratado.	47
1.2.1 Plazos y Trámites de Publicación	55
1.2.2 Análisis frente a Aspectos Procedimentales Generales Contenidos en el Tratado.....	64
2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS DE ORIGEN EN LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL COLOMBIANA. <i>UN ACERCAMIENTO PRÁCTICO DESDE EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON LOS ESTADOS UNIDOS.</i>	74
2.1 El principio de No Discriminación	74
2.2 Las Reglas de Origen de las Mercancías. Un contexto general	84
2.3 Las Reglas de Origen No Preferenciales en Colombia.....	88
2.3.1 Aspectos Procedimentales y la Certificación para acreditar el Origen	92
2.4 Las Normas de Origen y las Compras Públicas en Colombia.....	97
3. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA COMO REQUISITO PRECONTRACTUAL EN COLOMBIA, Y LA NECESIDAD DE SU ARMONIZACIÓN PARA EFECTOS DEL TRATADO.	102
3.1 La Responsabilidad Penal en el Ejercicio Contractual para efectos Precontractuales	108
3.2 La Responsabilidad Disciplinaria en el Ejercicio Contractual para efectos Precontractuales	112
3.3 La Responsabilidad Fiscal en el Ejercicio Contractual desde lo precontractual..	115
CONCLUSIONES	121



INTRODUCCIÓN

El Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América es uno de los acuerdos más significativos para Colombia, no sólo por la importancia en cifras para la economía¹, sino también por la profunda influencia cultural de la nación norte americana². Desde la anterior afirmación y al tratar con una contraparte económicamente tan dinámica, los acuerdos del instrumento no serán letra muerta, por lo que se hace necesario que haya consistencia entre la radiografía institucional reflejada en los compromisos y los contenidos normativos colombianos, por cuanto al no respetar criterios sistémicos de configuración³, se puede ver comprometida no sólo la responsabilidad de la Nación desde lo

¹ “Históricamente, Estados Unidos ha sido nuestro mayor socio comercial, abasteciéndonos del 38% de los bienes importados durante los últimos 20 años y comprándonos el 33% de nuestras exportaciones en el periodo 1970-1990. Para el año 1991, surtió el 37% de nuestras importaciones y fue el mercado de destino del 35% de las exportaciones del país [1]. Es decir, pese a la diversificación de las exportaciones, a la apertura de nuevos mercados y a la propia apertura colombiana hacia nuevos proveedores, la tendencia parece continuar...” *Las relaciones comerciales entre Colombia y Estados Unidos: visión retrospectiva y situación actual*. MUÑOZ GÓMEZ, Eduardo. 1993. Revista No. 21, Bogotá: Uniandes, 1993, Vol. 1. ISSN: 1900-6004.

² “Los últimos años han marcado un ascenso de la influencia y la capacidad de acción de los Estados Unidos en el país, prácticamente todos los temas claves de la vida nacional gravitan en torno a esta relación: el conflicto armado, el narcotráfico, la integración económica, el desarrollo, el papel del estado, la democracia, etc. ROJAS, Diana Marcela y Otros. La Agenda Colombia-Estados Unidos: TLC y Plan Colombia. Policy Paper. 1, 2005, 16.

³ “Son muchas las construcciones teórico jurídicas que parten de asumir que el Derecho de una comunidad política se identifica de modo específico con un conjunto o entramado de normas. Junto a ello, suele admitirse también que dicho entramado normativo conforma una cierta unidad, un cierto orden interno complejo. De ahí las nociones de uso común entre los juristas de «sistema» u «ordenamiento jurídico». El Derecho sería un sistema que regula su propia producción (Kelsen) un sistema autopoyético (Luhmann). La asunción de estos presupuestos conlleva, habitualmente, la consecuencia inmediata de que las argumentaciones en torno a la producción jurídica quedan recluidas o cerradas en los términos internos del propio sistema jurídico.

Un corolario práctico de esto sería que las decisiones jurídicas serán criticadas (o justificadas) «en relación a un determinado sistema jurídico, esto es, al que concede competencia para adoptar la específica decisión de este tipo» (Caracciolo 2000, 162). Ahora bien, aceptar esta postura ontológica acerca del Derecho obliga a suponer una cierta racionalidad como característica intrínseca de toda actividad jurídica, no sólo en la vertiente de creación y aplicación de las normas, sino también en su aspecto externo, esto es, en su operatividad o eficacia social, así como en el modo peculiar de «interpretar» o «leer» la realidad social desde los propios esquemas jurídicos.

La conjunción adecuada de ambas vertientes es, sin embargo, más difícil de hallar articulada en la mayor parte de construcciones teórico-jurídicas disponibles.” Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería. SAMPEDRO, ALBERTO CARRIÓ. 21, Valencia: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2004, Vol. 1. ISSN 0518-0872.



internacional y lo nacional, como ha ocurrido en otros países⁴, sino que se dificulta el ejercicio práctico de las disposiciones desde su configuración teórica⁵ generando asimetrías en un sentido económico⁶.

Así las cosas, a través del presente estudio se revisó una parte del acuerdo a la luz de las normas colombianas, evidenciando inconsistencias al enfrentar los cuerpos normativos desde perspectivas teóricas, que están enfocadas al ejercicio práctico.

⁴ Un estudio realizado por METIS GAIA para reportar a la Comisión Europea en cuanto del TLC UE-PERU, acredita como han habido buenos esfuerzos para la implementación de políticas pero la realidad y la dinámica social dificultan su implementación “*En general, Perú aún enfrenta múltiples dificultades en la implementación total de los compromisos contenidos en los convenios internacionales firmados en el marco del SGP+. Esto se debe a problemas relacionados con la escasez de recursos de oficinas gubernamentales y a un débil nivel de aplicación de la ley. (...)*” **GALA, César. 2010.** Implementación de convenios internacionales: del dicho al hecho hay mucho trecho. [En línea] 28 de Mayo de 2010. [Citado el: 14 de Octubre de 2013.] <http://metisgaia.wordpress.com/2010/05/28/implementación-de-convenios-internacionales-del-dicho-al-hecho-hay-mucho-trecho/>.

⁵ Es importante tener presente que el análisis realizado en la presente tesis no pretende hacer referencia a la invalidez de las normas objeto de estudio, sino que pone de presente la dificultad desde la perspectiva del operador jurídico en su aplicación y organización teórica, en razón de contenidos inconsistentes. Por lo que se basa en el concepto de consistencia usado por el Profesor Sampedro así: “*(...) la descripción del Derecho en términos de relaciones formales de deber-ser internormativo tan sólo resulta viable si de ella se segregan las operaciones materiales práctico-jurídicas efectivamente realizadas por los operadores jurídicos que actúan en el seno del sistema jurídico. En otras palabras, la descripción normativa de este último en términos de validez intrasistemática es plausible siempre que se asuma que ésta no pretende dar cuenta de las prácticas jurídicas reales, sino que queda circunscrita al ámbito puramente abstracto o «doctrinal» de las relaciones y significaciones previamente introducido por las propias normas. El contacto con la verdadera realidad jurídica práctica parece conducirnos a un dilema que en realidad no es tal: o bien poner en entredicho las categorías teóricas con que solemos describir el ordenamiento jurídico o bien declarar hegelianamente que «si la realidad no se ajusta a la teoría, peor para la realidad». Lo primero nos exigiría revisar dichas categorías en una dirección menos formalista y más pragmática. Lo segundo, nos lleva a la crítica implacable de la práctica jurídica real. En todo caso, las apreciaciones críticas aquí realizadas con respecto a la legislación de extranjería -en lo que ellas conllevan de posibles tachas de inadecuación o inconsistencia frente a lo contemplado en otras normas jerárquicamente superiores- no nos autorizan a afirmar la no pertenencia, invalidez, o inaplicabilidad jurídica de las mismas. Éstas son, de hecho, las normas aplicadas en la actualidad para tomar decisiones jurídicas en este ámbito, al menos hasta que nuevas operaciones de la autoridad competente decidan lo contrario.*” **Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería. SAMPEDRO, ALBERTO CARRÍO. 21,** Valencia : Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2004, Vol. 1. ISSN 0518-0872.

⁶ En el presente estudio convergen análisis jurídicos a través de inconsistencias, con análisis económicos desde asimetrías que podrían justificar las mencionadas inconsistencias. Sin embargo, es importante tener presente que atendiendo al enfoque Jurídico y Administrativo de la Maestría se profundiza en lo jurídico reconociendo como limite aspectos economicos que deberían ser objeto de estudio en documentos complementarios.



Ahora, teniendo en cuenta la extensión de contenidos del Convenio, se hizo imperativo dirigir la investigación a una temática concreta. Puesto que todos los Tratados de Libre Comercio incluyen un capítulo que hace relación al ejercicio de las compras públicas, la investigación versa sobre tales; más cuando éste tema resalta por su importancia administrativa⁷.

Por lo anterior, la pregunta precisa que resuelve el presente escrito se simplifica así: ¿existen inconsistencias jurídicas de tipo teórico y práctico entre las obligaciones relativas a las compras públicas contenidas en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y las normas y procedimientos que regulan la contratación estatal en Colombia?.

Así las cosas, para resolver dicho interrogante se hizo indispensable tomar las disposiciones del Acuerdo relativas a las compras públicas, y analizarlas a la luz de la tradición jurídica colombiana de manera comparada, lo anterior, teniendo como criterio metodológico la práctica institucional frente al Tratado, para efectos de la aplicación de sus disposiciones por parte del operador jurídico. Por lo que la lógica del estudio presenta una estrecha relación con su aplicación, pues al final, es éste último quien debe soportar el impacto de lo acordado, en el ejercicio contractual cotidiano.

Por lo tanto, el estudio inicia específicamente, con un análisis de cobertura del Tratado, pues antes de empezar con un proceso de contratación se debe comenzar examinando el alcance del Acuerdo; por lo que en ésta parte se aborda la coherencia de los diversos criterios utilizados para delimitar su aplicación.

Continuando con la misma metodología, luego de delimitar la cobertura, el operador de la norma debe proceder a identificar las obligaciones dentro del

⁷ Por medio de las Compras Públicas, se materializan parte de los fines del Estado desde la descentralización por colaboración de tareas que corresponden al Estado en los particulares.



Tratado y armonizarlas con las instituciones reglamentarias internas para efectos de su aplicación. Por lo que en el estudio se empieza a comparar la compatibilidad de los procedimientos de contratación previstos en Colombia frente a los comprometidos en el instrumento; encontrando como contenidos más importantes los correspondientes a términos, plazos y su relación con el criterio de publicidad, los procedimientos propios de las modalidades de contratación, en contraste con los del Acuerdo. Para terminar revisando la compatibilidad institucional general del Tratado respecto del sistema colombiano principalmente en lo relativo a peticiones y reclamos, independencia institucional, criterios de adjudicación, subsanabilidad de documentos, entre otros aspectos, en donde se logró evidenciar una carga adicional hacia el proponente colombiano en razón a las diferencias entre el Tratado y la Ley nacional.

Luego, se dispone como segunda parte del estudio lo relativo a las Normas de Origen de los productos. Esto, atendiendo a que la aplicación del Tratado se soporta en ellas para su aplicación, por lo que intervienen de una manera tangencial pero a la vez determinante dentro del ejercicio contractual cotidiano. Cabe aclarar que el análisis se centra en la contribución de éstas al tema, por lo que su desarrollo obedece a dos puntos principales.

Primero; desde el estudio de cobertura del acuerdo, en atención a que en ciertos casos para poder otorgar los beneficios negociados en el Capítulo,⁸ se hace indispensable establecer el origen de los productos.

En segundo lugar; desde una práctica más habitual, a través del ejercicio operativo, pues la Ley 816 de 2003 otorga en el marco de algunas modalidades públicas de contratación, ventajas de calificación por acreditar la condición de

⁸ En el caso de la determinación de la cobertura del acuerdo, uno de los criterios de excepción para el caso de los servicios de la construcción corresponde al origen de los bienes y de los servicios.



origen de los bienes y servicios en virtud del Trato Nacional. Para lo cual, se prevén procedimientos y certificaciones que deben ser acreditadas por los proponentes en el marco del proceso contractual, por lo que también se realizó análisis de coherencia respecto de lo anterior, donde al final se continuó identificando cargas adicionales al operador jurídico respecto del proponente estadounidense.

Ahora, la última parte del estudio, si bien diverge unos grados del análisis directo de los contenidos del Tratado, aborda un dilema no menos importante en el ejercicio práctico frente a la internacionalización de las compras públicas. Se hace referencia a la coherencia institucional de soporte para efectos precontractuales, necesaria para efectos de la aplicación de ciertas obligaciones contenidas en el Capítulo.

Ello, a propósito de una disposición que está contenida en el Capítulo de Compras, a través de la obligación de implementar procedimientos que garanticen la inelegibilidad de contratistas que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas y el intercambio de dicha información como allí se estipuló. Presentando claramente una conexión práctica desde la obligación del Operador Jurídico para efectos de garantizar la mencionada inelegibilidad a la luz de la acreditación del estado de la responsabilidad como requisito habilitante de carácter jurídico en los procesos de contratación.

Como resultado, no se pretende impedir la apertura y el fortalecimiento de las relaciones internacionales; solamente se ponen en evidencia las mencionadas inconsistencias, para efectos de preparar jurídicamente los cuerpos normativos e instituciones en Colombia, precaviendo la fuga del presupuesto nacional a causa de litigios nacionales e internacionales como ha ocurrido en innumerables oportunidades.



EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANO FRENTE AL TLC CON ESTADOS UNIDOS

Actualmente, al iniciar un proceso de contratación, el Operador Jurídico deberá empezar a tener en cuenta dentro de su ejercicio, la influencia de los Tratados de Libre Comercio y demás acuerdos suscritos por Colombia que involucren especialmente aspectos relativos a las compras públicas. Para lo cual, iniciará identificando los criterios de cobertura del Acuerdo para efectos de determinar su aplicación, y así entrar a establecer la manera cómo se pueden hacer prácticamente compatibles las obligaciones instituidas en el acuerdo.

En el presente capítulo se analizan de manera comparada los criterios de cobertura del Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, el Anexo 1 al mencionado Capítulo para luego entrar a analizar los compromisos y procedimientos allí contenidos desde el Estatuto General de Contratación de Colombia, encontrando inconsistencias en cuanto a cobertura, imprecisiones en los procedimientos establecidos y en los plazos instituidos.

Las anteriores pueden interpretarse como ligerezas a la hora de adquirir obligaciones por parte del Gobierno Nacional, por no haber preparado el sistema normativo Colombiano para la firma de tales compromisos principalmente. Pues es plenamente identificable cómo los procedimientos allí contenidos concuerdan con el acuerdo plurilateral de Compras Públicas de la OMC, del cual Colombia es observador y que cabe aclarar, pretende unificar procedimientos de contratación estatal. Por lo que se tuvo la oportunidad de empezar a acercar el Estatuto



Colombiano con el Acuerdo de Compras de la OMC antes de que entrara en vigor éste último. Así las cosas, si bien caben diferentes aristas para abordar la temática⁹; aquí se pretende enfocar el análisis a partir de la aplicación práctica del Tratado desde lo teórico¹⁰.

1. INCONSISTENCIAS DESDE EL CAPÍTULO DE COMPRAS PÚBLICAS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS. UN ANÁLISIS DE COHERENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

El Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos es un Acuerdo de promoción comercial entre las dos naciones aprobado por el Congreso de los Estados Unidos el 10 de octubre de 2011, cuya vigencia inició el 15 de mayo de 2012¹¹. Las compras públicas fueron incluidas a través del capítulo noveno del Tratado; compuesto por el texto del capítulo en sí mismo, más cuatro documentos adjuntos que por ahora lo complementan¹². En cuanto al criterio de organización del capítulo, es principalmente temático desarrollando 16 subtítulos que se

⁹ Cabe destacar que recientemente el análisis de las compras estatales se ha focalizado en los efectos que se producen con la regulación supranacional de éstas en el marco de acuerdos comerciales, no sólo por sus implicaciones en materia de apertura y el correlativo desmonte de las prácticas discriminatorias, sino por su papel en la lucha contra la corrupción. **OÑATE ACOSTA, Tatiana.** Compras Públicas y TLC. [aut. libro] Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá. *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio.* Bogotá D.C : Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.

¹⁰ Se hará un análisis de las instituciones teóricamente incluidas en el acuerdo desde la aplicación práctica de la función contractual por parte del operador jurídico.

¹¹ Se toma como referente a la aprobación realizada por la nación norteamericana, puesto que luego de que Colombia ratificara el Tratado por medio de la Ley 1143 del 4 de julio de 2007 y la Corte Constitucional examinara su constitucionalidad a través de la Sentencia C-750 de 2008, pasaron cuatro años hasta la aprobación del mismo por la otra parte.

La noticia sobre la vigencia se dio en la cumbre de las Américas el 15 de abril de 2012 y entró en vigencia el 15 de mayo de 2012.

¹² El Tratado es constantemente complementado y modificado, por requerimientos, cartas, decisiones que precisan el contenido del instrumento. En el presente estudio se abordarán únicamente las vigentes para efectos de la aceptación del mismo.



analizarán en el presente escrito, parafraseando el Capítulo desde categorías jurídicas colombianas. Por lo que básicamente el análisis corresponderá a aspectos cualitativos y cuantitativos (umbrales), también a un criterio orgánico (entidades incluidas y excluidas) y por último un criterio de naturaleza (productos y función orgánica) para efectos de delimitar la cobertura¹³.

Es importante puntualizar que al hacer el análisis estructural del capítulo se hace evidente la influencia metodológica del Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (APC) en la disposición del capítulo¹⁴, influenciando la forma en cómo se establece su estructura como Tratado Reglamento¹⁵.

¹³ Resume la Dra. Tatiana Oñate respecto de la cobertura del Capítulo de Compras Públicas en el Tratado objeto de estudio: “(...) en primer lugar, a las que se encuentran incluidas dentro del umbral especificado. Esto significa que esas disposiciones sólo se aplican a las compras que se encuentren dentro del monto allí establecido. En segundo lugar, los acuerdos se aplican, en principio sólo a las compras que realice el sector central. En tercer lugar, los acuerdos se aplican sólo a las empresas que se listen (listas positivas) en el mismo. Por último algunos acuerdos incluyen sólo las compras de bienes remitiendo la contratación en materia de concesiones a los respectivos capítulos de inversiones.” **OÑATE ACOSTA, Tatiana.** Compras Públicas y TLC. [aut. libro] Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá. *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio.* Bogotá D.C : Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.

¹⁴ Menciona el profesor Ulloa haciendo referencia “En estructura y disciplina, estos acuerdos son similares al GPA. Tras comprometer ‘trato nacional’ y ‘no discriminación’ fijan normas de origen, procedimientos de licitación, compromisos en valoración de contratos, información y otras disposiciones. La determinación de una entidad contratante central y un punto único de información —idealmente en formato electrónico— es la norma. En su espíritu, el texto intenta igualar condiciones de acceso a los proveedores extranjeros respecto de los domésticos, especialmente en los plazos y el acceso a la información.” **ULLOA, Alfie A.** Serie Comercio Internacional. *El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico.* Santiago de Chile : Naciones Unidas (Cepal), 2006. Vol. 1, 69. ISSN 1680-872X.

¹⁵ “Luego de Marrakech, tras la incorporación de diversas disciplinas en la OMC, la creación del NAFTA, la “Iniciativa para las Américas” que impulsaría el ALCA, las negociaciones entre el MERCOSUR y la Unión Europea y la actual proliferación de tratados bilaterales, las formas jurídicas predominantes en los acuerdos de integración han sido los tratados reglamento. Éstos detallan y ponen fechas a compromisos y especifican excepciones. Definen en forma minuciosa las normas o procedimientos que deben cumplirse y los compromisos asumidos por las partes. Ya no se limitan a la liberalización comercial, sino que además incluyen negociaciones y regulaciones de toda la relación económica entre las partes, incorporando temas como acceso a mercados, procedimientos aduaneros y reglas de origen, inversión, normas y barreras técnicas al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, subsidios, antidumping y derechos compensatorios, compras gubernamentales, derechos de propiedad intelectual, servicios y política de competencia.” **CRIVELLI, Agustín.** Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino. *RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO.* [En línea] Octubre de 2005. [Citado el: 6 de Junio de 2014.] <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>.



De igual manera al evidenciar inconsistencias entre el texto del Tratado y la normatividad de compras colombiana se traslucen aspectos que trascienden contenidos jurídicos tales como asimetrías en las relaciones comerciales entre las dos partes, que impactan no sólo las cifras de la balanza comercial sino también las instituciones jurídicas que regulan la relación entre las dos naciones¹⁶, por lo que las condiciones de la negociación muy posiblemente afectaron el Capítulo para efectos no sólo de la delimitación de la aplicación del mismo, sino también para efectos de los procedimientos inmersos en él, los cuales encuadran más fácilmente en los Estados Unidos como se verá más adelante.

1.1 Alcance y Cobertura del Capítulo de Compras Públicas:

El capítulo comienza estableciendo un criterio general que afirma que éste aplica a: *“cualquier medida¹⁷ de una parte relativa a la contratación pública cubierta¹⁸”*, siendo necesario empezar a definir qué refiere una contratación pública cubierta, atendiendo a que el concepto es muy amplio¹⁹.

¹⁶ “Un tratado de libre comercio lleva a Colombia a evaluarse y evaluar aún más exhaustivamente al país con el que se va a firmar. Ya que de ahí dependerá si se da un acuerdo asimétrico o simétrico.

Un ejemplo de acuerdo simétrico es el que se desarrolló con Chile recientemente y que entró en vigencia el pasado 18 de Mayo. Porque a pesar de que pueden haber diferencias, son economías con niveles de desarrollo económico, social y político similares. Este Tratado de Libre Comercio abre significativas posibilidades de adelanto al intercambio comercial y el avance de nuevas áreas, como en el sector de servicios y compras públicas, para consumidores, empresarios e inversionistas de los dos países.

Ahora bien, un ejemplo de acuerdo asimétrico es el que se viene negociando ya hace unos años y que actualmente se encuentra en un limbo como es el TLC con EE.UU. pues se establece entre economías con amplias diferencias en los niveles de desarrollo, capacidad industrial, inversión, innovación y en tamaño geográfico y poblacional.” Consultorio de Comercio Exterior ICESI. 2010. Universidad ICESI. [En línea] 7 de Enero de 2010. [Citado el: 10 de 12 de 2014.] <http://www.icesi.edu.co/blogs/icecomex/2010/01/07/tratados-de-libre-comercio/>.

¹⁷ La Real Academia Española de la Lengua define la palabra medida para efectos del presente contexto como: *“Disposición, prevención”* por lo que el mencionado concepto aparece como amplio para efectos de determinar la aplicación del capítulo de compras públicas.

¹⁸ Capítulo IX del Tratado.

¹⁹ Al tomar el Acuerdo de Compras de la Organización Mundial del Comercio se encuentra la cercanía metodológica pues el ámbito de aplicación se determina de la misma manera así: *“Dado que no existe una definición de compras bajo el ACP, su ámbito es determinado en forma descriptiva, señalando que se aplica a todas las medidas aplicables a las adquisiciones de bienes y servicios mediante cualquier instrumento contractual, que celebren las entidades listadas en los Anexos del Acuerdo, cuando el valor del contrato no sea inferior al valor de umbral pertinente que se indica en el Anexo I del Apéndice I, y siempre y cuando esos bienes y servicios no hayan sido exceptuados”* ARAYA ALLENDE, Juan. *Las compras públicas en los*



Luego se entra a precisar la cobertura; el primer acercamiento consiste en enfatizar en la actividad concreta de aplicación como es la contratación pública²⁰, para luego cualificarla a través de los ítems a contratar. Por lo que se empieza a hacer mención de las mercancías, los servicios o actividades y en donde converjan los dos. Sin embargo el concepto de mercancía contiene bienes y servicios desde que sean intercambiables²¹ por lo que es impreciso diferenciar mercancías de servicios o actividades como lo hace el Tratado, puesto que lo importante es precisar el lenguaje del acuerdo para efectos de poder delimitar claramente su alcance²².

Acuerdos Regionales de América Latina con países desarrollados. Santiago de Chile : Naciones Unidas (Cepal), 2006. ISSN 1680-872X..

²⁰ Tomando Contrato Estatal y Contrato Público como equivalentes. Desde el Régimen legal colombiano se define desde una perspectiva orgánica de la siguiente manera: “*la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 creó un concepto único y comprensivo, el del contrato estatal, en una perspectiva orgánica y de definición del negocio jurídico, es decir, se entiende por contrato estatal todo acuerdo de voluntades que celebren el cúmulo de las entidades enunciadas en el artículo 2º de dicha ley*” **GOMEZ LEE, Iván Darío. 2010. Contratación Visible.** Bogotá : Auditoría General de la República en coedición con el Instituto de Estudios del Ministerio Público IEMP, 2010. ISBN: 978-958-99001-2-3. Y en efecto al revisar las entidades que define el artículo 2 se abarca todo tipo de órgano estatal dejando la lista abierta, inclusive algunos organismos que aún no han sido creados como es el caso de las regiones así: “*Se denominan entidades estatales:*

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

²¹ El concepto de mercancía es principalmente económico por lo que no solamente incluye bienes sino también servicios que al ser cuantificables dentro del mercado se convierten en mercancía así: “*Mercancía: bien o servicio que se produce con el fin de intercambiarlo. Una mercancía tiene dos valores principales: la utilidad y la capacidad de ser intercambiada*” **RODRIGUEZ LEDEZMA , María de los Angeles y VIDAL RODRIGUEZ , Camilo. 2007. Conceptos básicos de economía de la salud para el médico general.** México : Instituto Mexicano de Seguridad Social, 2007. ISSN 0484-7849.

²² “*Las compras del Estado son las adquisiciones de bienes y servicios – incluidos los servicios de construcción – hechas por el Estado, a través de licitaciones públicas, con fines gubernamentales y con inclusiones o exclusiones expresamente negociadas por las Partes (...) La definición hace referencia a la posibilidad con la que cuentan los Estados de excluir del acuerdo las compras que no deseen que queden cubiertas por el Tratado.*” **CRIVELLI, Agustín.** Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino. *RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO.* [En línea] Octubre de 2005. [Citado el: 6 de Junio de 2014.] <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>.



Luego se alude a una cobertura del Tratado desde cualquier medio contractual²³, y se enlistan ejemplos haciendo referencia a estos, así: *“la compra, alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción-operación-transferencia y contratos de concesión de obras públicas”*. Sin embargo, los anteriores para el sistema jurídico colombiano se entienden más como tipos contractuales²⁴ que como medios, por lo que en atención al significado del concepto, podría entenderse la palabra medio en un sentido general para efectos de satisfacer la necesidad de la administración. Aunque el inconveniente se presenta, puesto que desde tan amplia perspectiva cabe incluir como “medios” los no contractuales, tal como la satisfacción de la necesidad desde la propia función pública administrativa²⁵, aspecto que claramente estaría exento de la aplicación del capítulo. Así las cosas el primer acercamiento al Tratado se hace general desde definiciones de la actividad contractual o de compras como expone el capítulo.

Otro criterio complementario para determinar la cobertura, involucra el Anexo 9.1, en donde se relacionan las cuantías de la contratación y los organismos incluidos,

²³ La Real Academia de la Lengua define la palabra medio en su acepción once, la que se considera procedente para el presente contexto como: *“Cosa que puede servir para un determinado fin.”* **Real Academia Española de la Lengua. 2001.** Diccionario de la Lengua Española. Madrid : Espasa, 2001. Vol. 22. Lo anterior se afirma en atención que como medio aparecería el contrato y como contrato su tipología independientemente de esta (compraventa, suministro prestación de servicios) para alcanzar un fin, que sería la satisfacción de la necesidad de la entidad a través del objeto contractual como medio.

²⁴ Afirma María Elisa Camacho López citando a Karl ENGISCH. En la obra *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, Granada, Editorial Comares S.L., 2004, p. 61 y ss. *“Existen diversas formas de plantear el pensamiento jurídico, entre ellas, hay algunas que tienden a la abstracción, mientras que otras por el contrario procuran la concreción, estas dos formas se contraponen, así por ejemplo, del contenido de las formas abstractas se dice que no es perceptible, mientras que el contenido de las concretas sí es perceptible, en ocasiones las primeras aparecen como lo indeterminado, mientras que las segundas, como lo determinado, también se dice que las formas abstractas constituyen lo general, mientras que las concretas son lo singular. Dentro de las formas abstractas de plantear el pensamiento jurídico se identifican los conceptos y dentro de las formas concretas se identifican los tipos.”* Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. **CAMACHO LOPEZ, María Elisa. 2005.** 1, Bogotá : Universidad Externado , 2005, Vol. 4. ISSN 1692-3960.

²⁵ Al referir el retorno a la función pública administrativa se habla de la satisfacción directa de las necesidades por parte de la propia administración, como por ejemplo haber propuesto a contratación pública la prestación del servicio de restaurantes comunitarios en los colegios de un municipio y luego decidir terminar el contrato y hacer que el servicio se preste por funcionarios públicos directamente.



pues el capítulo IX al hacer referencia a los umbrales de aplicación²⁶ remite al anexo. Dicho documento clasifica la aplicación cuantitativa del instrumento dentro de cuatro categorías fundamentadas principalmente en los niveles de organización gubernamental equiparables entre las dos naciones,²⁷ otorgando cifras diferentes a cada nivel, presentándose una relación estrecha entre lo orgánico y cuantitativo²⁸, por lo que primero se hará referencia al criterio orgánico propiamente dicho.

1.1.1 Alcance Orgánico del Tratado desde Secciones

El criterio orgánico²⁹ opera por medio de listas, las cuales pueden ser positivas o negativas según la forma como se delimitan los organismos para su conformación. Por lo que afirma el profesor Crivelli que: *“El método de la lista positiva requiere que cada país enliste las entidades, a nivel nacional y regional, que quedarán sujetas al acuerdo, mientras que en el método de lista negativa se incluyen*

²⁶ “Los umbrales les distinguen según el nivel de gobierno y el sector, y únicamente los contratos valorados por sobre el umbral entran al ámbito de aplicación del acuerdo, por lo que aquellos contratos por valores inferiores al umbral, pueden adjudicarse mediante prácticas discriminatorias. En resumen, todos los contratos públicos de valor superior al umbral, demandados por una entidad cubierta y para productos incluidos, deben regirse por las disciplinas del capítulo.” ULLOA, Alfie A. 2006. Serie Comercio Internacional. *El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico*. Santiago de Chile : Naciones Unidas (Cepal), 2006. Vol. 1, 69. ISSN 1680-872X.

²⁷ Para el caso de Colombia se hace referencia al nivel nacional y departamental y para el caso estadounidense, se hace referencia al nivel federal y estatal. Aunque las demás categorías hacen referencia a otros niveles los cuales no presentan relación con los niveles territoriales o administrativos.

²⁸ *“El detalle comercial se encuentra en los anexos, listando los niveles de gobierno y entidades cubiertas (nacionales, federales, sub-federales, municipales, empresas públicas, etc.), las exclusiones en materias de bienes (i.e., lista negativa), las inclusiones de servicios y servicios de construcción (i.e., lista positiva), y los umbrales. Como en el GPA, los umbrales distinguen según el nivel de gobierno y el sector, y únicamente los contratos valorados por sobre el umbral entran al ámbito de aplicación del acuerdo, por lo que aquellos contratos por valores inferiores al umbral, pueden adjudicarse mediante prácticas discriminatorias. En resumen, todos los contratos públicos de valor superior al umbral, demandados por una entidad cubierta y para productos incluidos, deben regirse por las disciplinas del capítulo.”* ULLOA, Alfie A. 2006. Serie Comercio Internacional. *El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico*. Santiago de Chile. Naciones Unidas (Cepal), 2006. Vol. 1, 69. ISSN 1680-872X.

²⁹ *“Con el primer criterio –orgánico–, se distinguirían las distintas potestades estatales analizando cada uno de los órganos que se han creado para desarrollarlas” LAS FACULTADES JUZGADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN: UNA INVOLUCIÓN EN RELACIÓN AL PRINCIPIO CLÁSICO DE LA DIVISIÓN DE PODERES.* BORDALI SALAMANCA, Andrés y FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. 2002. Valdivia : Revista de Derecho Valdivia, 2002, Vol. 13. ISSN 0718-0950.



*automáticamente todas las entidades gubernamentales, a menos que un gobierno las excluya en forma explícita del acuerdo.*³⁰ En el caso del Tratado objeto de estudio se hacen presentes las dos metodologías de cobertura como se analizará más adelante.

Ahora, las listas de delimitación están compuestas por entidades inicialmente definidas en el anexo desde 4 niveles específicos, a partir de la división político-administrativa de los dos estados principalmente³¹. Dichas listas están compuestas por secciones así:

La primera sección denominada Sección A se refiere a aquellas entidades que conforman el “*nivel central del Gobierno*”.³² Que para el caso Colombiano, hace alusión inicial a las tres ramas del poder público descritas en el artículo 113 de la Constitución Política³³, para lo cual, inicialmente dentro de cada rama se enuncian de manera específica los organismos incluidos³⁴. Más adelante, el espectro de aplicación se profundiza puesto que vía nota³⁵ se incluyen de manera abierta a las

³⁰ **CRIVELLI, Agustín.** Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino. *RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO*. [En línea] Octubre de 2005. [Citado el: 6 de Junio de 2014.] <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>.

³¹ Si bien en aspectos muy específicos el federalismo difiere del centralismo; para efectos de delimitar algunas listas de entidades incluidas en el anexo respecto de la aplicación, es procedente equiparar a los estados de la Unión con los departamentos.

³² Anexo 9.1 del Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Colombia “*Este Capítulo se aplica a las entidades del nivel central de gobierno listadas por cada Parte en esta Sección, cuando el valor de la contratación se ha estimado, de acuerdo con los párrafos 8 y 9 del artículo 9.1*”

³³ “*Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”. **Asamblea Nacional Constituyente. 1991.** Constitución Política de Colombia. Bogotá : s.n., 1991.

³⁴ En el caso de la Rama Ejecutiva se colocan a un mismo nivel jerárquico los Ministerios y los Departamentos Administrativos.

³⁵ En el Anexo 9.2 del Tratado, las aclaraciones puntuales respecto del alcance del capítulo de compras públicas se realizan por medio de Notas. En el derecho internacional, las notas hacen referencia a acuerdos sobre temas de interés específico. Para definir puntualmente éstas se usará el concepto del Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN para tales efectos así: “*Canje de Notas. Es una forma de acuerdo simplificado que se caracteriza por un cruce de notas de igual naturaleza. Un Tratado puede concluirse por Canje de Notas reversales, paralelas o idénticas. Son dos notas, una de propuesta y otra de respuesta y aceptación, que*



Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, y los Establecimientos Públicos adscritos o vinculados a dichas ramas,³⁶ ampliando la cobertura a cualquiera de los entes descentralizados anteriores desde que su naturaleza jurídica sea típica³⁷, excluyendo otras entidades descentralizadas que pudieron ser incluidas atendiendo al régimen de contratación.³⁸

En este punto convergen las dos metodologías de aplicación por cuanto por vía de lista positiva se incluyen taxativamente los Ministerios y Departamentos Administrativos limitando la aplicación del Capítulo a dicho nivel. Sin embargo, al incluir las Superintendencias, las Unidades Administrativas Especiales, y los Establecimientos Públicos adscritos o vinculados a dichas ramas de manera amplia se recurre a la metodología de lista negativa, por cuanto todos los organismos con las mencionadas características estarían cubiertos a menos que se les excluya vía excepción.

También son contenidos dentro del anexo vía lista positiva algunos Organismos Autónomos previstos en la Constitución Política como son: los Órganos de Control; dentro de los cuales están incluidos: la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República³⁹, la Procuraduría General de la

transcribe textualmente la primera y en la que al final manifiesta su consentimiento en que las dos notas constituyan un Acuerdo. Estas notas por lo general entran en vigor con la firma, en la fecha de la respuesta o en alguna posterior” **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.** Glosario. [En línea] Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. [Citado el: 23 de Enero de 2014.] <http://www.dian.gov.co/DIAN/sentencias.nsf/pages/Glosario?OpenDocument#T>.

³⁶ Anexo 9.1 del Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Colombia: “*A menos que se disponga lo contrario, este Capítulo se aplica a las superintendencias, unidades administrativas especiales, y los establecimientos públicos de las entidades listadas en esta Sección*”

³⁷ Hace referencia a organismos que se caractericen según los parámetros establecidos en la Ley 489 de 1998 y jurisprudencia relacionada.

³⁸ Se excluyen de la nota las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades Públicas. Haciendo referencia a organismos que apliquen de manera directa el Estatuto General de Contratación.

³⁹ La Auditoría General de la República es sin discusión un organismo autónomo en virtud del artículo 274 de la Constitución Política de Colombia así: “*Artículo 274. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal.*” Ahora, es claro como la Constitución no lo incluye expresamente como organismo de control. Sin embargo para algunos autores la Auditoría



Nación y la Defensoría del Pueblo⁴⁰. Y por otro lado y del mismo tipo, también se enlista la Organización Electoral, en donde se incluye la Registraduría Nacional del Estado Civil⁴¹. Cabe acotar que a la vez se excluyen otros entes del mismo tipo que pudieron ser incluidos en la negociación, ya sean de creación constitucional⁴² o legal⁴³ a los que también les aplica el Estatuto General de Contratación.

El segundo nivel de aplicación⁴⁴ denominado en el documento como Sección B, hace alusión a las “*entidades del nivel sub-central de gobierno.*” Que para el caso colombiano refieren a las Gobernaciones, donde efectivamente se enlistaron positivamente los 32 entes descentralizados. En este caso particular se omite incluir a los organismos adscritos y vinculados a tales, como se hizo con los Ministerios y Departamentos Administrativos en el nivel central, cambiando el modelo de delimitación negativa; por lo que la lista ciertamente es solamente positiva.

pertenece a los organismos de control, caso de la Profesora Ileana Marlitt Melo Salcedo, quien en su escrito investigativo “Los Órganos Autónomos e Independientes” publicado por la Universidad Sergio Arboleda así lo desarrolla. En el mismo sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-499/98 le establece a su naturaleza el mismo alcance de los demás organos de control en los siguientes términos: “*Aunque la norma constitucional no especifica en qué términos debe desarrollarse la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República por parte del auditor, la vigencia del principio de legalidad y de los principios de moralidad y probidad en el manejo de los recursos y bienes públicos impone concluir que la anotada vigilancia debe producirse con la misma intensidad y de conformidad con los mismos principios que regulan el control fiscal que la Contraloría General de la República realiza frente a las restantes entidades y organismos del Estado. Si ello es así, la auditoría a que se refiere el artículo 274 de la Constitución Política debe contar con todas aquellas garantías de autonomía que el Estatuto Superior depara a los órganos que llevan a cabo la vigilancia de la gestión fiscal en Colombia para la realización de sus funciones.*” 1. **M.P CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.** *Sentencia de Constitucionalidad.* Expediente D-2003, C-499/98. Secretaría de la Corte Constitucional : Corte Constitucional, 1998.

⁴⁰ Desarrolla la Constitución Política de Colombia los organismos de control de la siguiente manera: “*Artículo 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control. Artículo 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.*”

⁴¹ Ente que realiza las adquisiciones para el Consejo Nacional Electoral también.

⁴² Se excluye la Comisión Nacional del Servicio Civil (Art. 130 Cons. Pol.) , la Autoridad Nacional de Televisión (Art. 76 Cons. Pol.) organismos que aplican el estatuto general de contratación.

⁴³ En el caso de las legales se esta haciendo referencia a las Corporaciones Autónomas Regionales, aunque el nivel de operatividad de las mismas es más departamental que nacional.

⁴⁴ En este nivel cambian los umbrales de contratación



Como excepción a la lista específica de organismos incluidos, se concede a las Gobernaciones una amplia potestad. Esta consiste en la posibilidad de denegar la aplicación de los beneficios del capítulo a los proveedores estadounidenses que no cumplan con por lo menos uno de los supuestos que se abordarán a continuación⁴⁵. Pues si bien los requisitos se estipulan por separado en el Anexo, aquí se unifican para facilitar su lectura.

Se podrán denegar los beneficios para Bienes, Servicios y Servicios de la Construcción a menos que:

- Se acredite el lugar principal de los negocios del proponente en un Estado enlistado en la sección B del tratado⁴⁶ o también cabe que el proponente sea directa o indirectamente propiedad o controlado por una empresa cuyo lugar principal de los negocios se encuentre en un estado incluido.
- El servicio o el bien materia de aplicación debe haber sido realizado de manera sustancial en uno o más de los estados participantes⁴⁷. Dicho requisito es inconsistente para los servicios, por cuanto es improcedente establecer una regla de origen por la realización y valorización del servicio en virtud del país de origen. Lo anterior atendiendo a que los servicios se prestan en el país que los contrata, por lo que todos los servicios que se adelanten

⁴⁵ En el caso de la sección B se acude a la lista positiva, sin embargo, se hace claro cómo no basta solamente la estipulación específica de las entidades para efectos de la delimitación, sino que también se acude a criterios excepcionales de limitación acercándose a la metodología negativa no sólo con relación a las entidades a las cuales aplica el Acuerdo, sino también respecto del origen de quien oferta el producto.

⁴⁶ Se hace referencia no al nivel federal sino al nivel estatal.

⁴⁷ El Anexo 9.1 del Tratado en la Sección B, numeral 4, Notas de Colombia Define el concepto ahora frente a los servicios: “Un servicio, distinto al de un servicio de construcción, será considerado que se realiza de manera sustancial en uno o más Estados participantes si la realización de dicho servicio en uno o más Estados participantes representa el 51 por ciento o más del valor del servicio.” Y a los bienes: “Un bien, será considerado que se realiza de manera sustancial en uno o más Estados participantes si la realización de dicho bien en uno o más Estados participantes representa el 51 por ciento o más del valor del bien.”



en Colombia tendrán como origen este mismo país independientemente del origen de quien los preste. Lo anterior puesto que el criterio de origen de los servicios apela a un criterio personal para determinarse, siendo incompatible el criterio de valorización⁴⁸.

Teniendo en cuenta la potestad de denegar los beneficios por parte de las Gobernaciones, desde las condiciones anteriormente establecidas, se hacen presentes dos categorías de soporte para ejercer la facultad. La primera de ellas hace referencia al origen de las mercancías y la segunda trata sobre el lugar principal de los negocios del proveedor.⁴⁹ Respecto de la primera; tal y como se acredita en el aparte relativo al origen de los bienes tratado en el presente estudio, la acreditación del origen varía según el sujeto; pues el trámite depende si es un nacional colombiano quien solicita la preferencia o si es un estadounidense quien lo hace⁵⁰. En el caso de los estadounidenses existe una libertad reglada para acreditar la mencionada condición, bajo los parámetros establecidos en el Capítulo IV del Tratado⁵¹.

Ahora, en el caso de que sea un colombiano quien requiera acreditar la condición, el procedimiento varía significativamente; pues ya no se cuenta con la misma libertad probatoria para acreditar tal condición. Por el contrario, la certificación de

⁴⁸ “El criterio aplicable a esta incipiente regulación de las reglas de origen en el sector terciario es el personal. El criterio personal aplicado para determinar el origen de un servicio, tratándose de personas físicas como prestadores de servicios, se basa en el lugar de residencia o establecimiento.” **WITKER, Jorge.** *Las Reglas de Origen en el Comercio Internacional Contemporáneo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. 220.

⁴⁹ Tomando el concepto proveedor de manera genérica para bienes, servicios y servicios de la construcción.

⁵⁰ Es importante tener presente que el nacional colombiano también debe acreditar la condición de origen de las mercancías para poder acceder a los beneficios otorgados por la Ley 816 de 2003.

⁵¹ Desde la sección B se desarrollan los Procedimientos de Origen empezando por el artículo 4.15 (Solicitud de Trato Preferencial) en donde aunque si se establecen criterios mínimos, se autoriza cierta libertad probatoria para acreditar el origen para los estadounidenses así: “Cada Parte dispondrá que un a certificación no necesita estar hecha en un formato preestablecido, siempre que la certificación sea en forma escrita o electrónica, incluyendo pero no limitado a los siguientes elementos: (...)”, el artículo 4.16 (Excepciones), el artículo 4.17 (Requisitos para mantener registros), el artículo 4.18 (Verificación).



origen se emite desde el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE) privativamente. La cuestión radica en la amplia potestad que se le otorga a las Gobernaciones para verificar los documentos allegados desde las condiciones del Capítulo IV del Tratado que presenta las Reglas de Origen⁵². El riesgo reside en el aumento de Inseguridad Jurídica, desde la actividad de los funcionarios que adelantarían la labor en las Gobernaciones, a quienes ya debería habérseles preparado en Normas de Origen. Pues además de tener que lidiar con inconsistencias en lo negociado, como la acreditada con el origen de los servicios desde la valorización, se están creando dentro de la contratación estatal más procedimientos y documentación no unificados. Estos pueden ocasionar la transgresión de derechos no sólo a los extranjeros⁵³ sino también al ciudadano colombiano que no acredite la condición de su proveeduría y por lo tanto no pueda acceder a los beneficios a los que tiene derecho, por aspectos de forma.

En cuanto a la segunda categoría que debe ser cumplida como condición, so pena de ser objeto de denegación de beneficios, se asienta en dos expresiones comunes en la Nota Aclaratoria. La primera de ellas aborda la localización geográfica del proveedor, y está particularmente estipulada como: *“el lugar principal de negocios”*, que en perspectiva con la normatividad colombiana hace relación directa con el domicilio como atributo de la personalidad⁵⁴.

⁵² Anexo 9.1 del Tratado Párrafo 2 *“Una Gobernación participante permitirá que un proveedor certifique por sí mismo que cumple con una o más de las condiciones establecidas en el párrafo 1 Si la Gobernación considera que la certificación es errónea o infundada, la Gobernación deberá, previa consulta con el proveedor, permitirle impugnar dicha decisión de conformidad con el artículo 9.11 del presente Capítulo.”* Dicha impugnación procede ante la Procuraduría General de la Nación y la jurisdicción contencioso administrativa desde la carta adjunta parte integral del Tratado.

⁵³ Se hace referencia a los compromisos de trato nacional eje teórico de los acuerdos de libre comercio

⁵⁴ El Anexo 9.1 del Tratado no hace referencia a domicilio, habla de lugar principal de los negocios, lo que para efectos comerciales compone el concepto de domicilio en Colombia desde la interpretación de la Superintendencia de Sociedades a través de concepto así: *“la interpretación del término “domicilio”, el cual resulta, para el caso de las sociedades, en uno sus atributos de su personalidad, que, en derecho, son aquellas propiedades o características de identidad, propias de las personas, sean estas naturales o jurídicas, como titulares de derechos. Por éste, según es definido por el Código Civil en su artículo 76, se entiende la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, lo cual, para el caso de las*



La segunda expresión relacionada también con el lugar principal de los negocios⁵⁵ pero aún mas con figuras de control empresarial, hace referencia específica a aquel proveedor que sea *“directa o indirectamente de propiedad o controlado por una empresa que tiene su lugar principal de negocios en un Estado participante”* por lo que aparecen nuevos fenómenos a tener en cuenta para la denegación del beneficio. Éstos se afianzan en las Situaciones de Control Empresarial y Grupos Empresariales regulados en el Capítulo V de la Ley 222 de 1995. Las primeras se presentan cuando frente a una o más sociedades se configuran los presupuestos de control del artículo 27⁵⁶ de la disposición, mientras que las segundas cuando además de la subordinación existe unidad de propósito y dirección en los términos del artículo 28⁵⁷.

sociedades se interpreta como el sitio donde éstas tienen el asiento principal de sus negocios. El numeral 3° del artículo 110 exige como una de las estipulaciones contractuales obligatorias del contrato de sociedad la indicación precisa del domicilio principal de la compañía”. (subrayado fuera de texto). Superintendencia de Sociedades. 2012. Conceptos jurídicos. [En línea] 22 de Octubre de 2012. [Citado el: 04 de Noviembre de 2013.] <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=40>.

⁵⁵ Hace referencia al domicilio de la empresa que controla a la unidad económica proveedora.

⁵⁶ “Artículo 27. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.” Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Bogotá : Diario Oficial 42.156.

⁵⁷ “Artículo 28. Grupo Empresarial. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.



En Colombia el Control Empresarial puede ejercerse de diversas maneras, ya determinados vía ley y jurisprudencia⁵⁸, además esta prevista la obligación de registro al presentarse tales situaciones de control⁵⁹. El inconveniente empieza a presentarse por cuanto, el empresario estadounidense deberá acreditar ante el operador jurídico de la Gobernación la existencia del mencionado fenómeno apelando a sus documentos desde su legislación. Para lo cual tendrá libertad probatoria, aumentando la Inseguridad Jurídica en el Funcionario Público para efectos del ejercicio contractual.

Continuando con el Alcance Orgánico de cobertura, se debe tomar el tercer nivel de aplicación, denominado en el documento como Sección C, hace referencia a aquellas entidades que desde un punto de vista académico no cuentan con un criterio orgánico común para ubicarlas dentro del nivel central o subcentral a partir

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.” Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Bogotá : Diario Oficial 42.156.

⁵⁸ “En cuanto a las modalidades del control financiero, la Superintendencia de Sociedades, con base en lo dispuesto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, dedujo que la legislación colombiana consagra que el control de una sociedad puede ser ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas, de naturaleza no societaria, y que las diversas formas como se ejerce el control son: individual, conjunto, directo e indirecto, y que el control conjunto e indirecto es el que permite en la operación de negocios con sociedades se ejerza por una pluralidad de personas, quienes de alguna manera expresan y hacen la voluntad de actuar en común, mediante circunstancias tales como participar simultáneamente en el capital de varias entidades, que en la toma de decisiones se evidencie que actúan “en bloque”, que aparezcan conjuntamente integrando varias juntas directivas, que compartan la operación de una pluralidad de actividades comerciales, situaciones éstas que deben apreciarse conjuntamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Para concluir que la posibilidad de control indirecto permite integrar a una misma situación de control o grupo empresarial a sociedades que aparecen como controladas por la matriz por intermedio o con el concurso de las subordinadas.” **C.P NAVARRETE BARRERO, Olga Ines. 2002. Apelación Sentencia. 25000-23-24-000-2001-0388-01, (7342). Secretaría Consejo de Estado, 2002.**

⁵⁹ “Artículo 30. Obligatoriedad de inscripción en el registro mercantil. Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control. (...)” Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Bogotá : Diario Oficial 42.156.



de los términos del Tratado. Si bien, en efecto aplican el Estatuto General de Contratación, solo es posible ubicarlas dentro la organización de la función pública colombiana en alguno de los mencionados niveles, por lo que las posibilidades de clasificación no son comunes para las dos naciones. En conclusión, atendiendo al diseño de las listas, a las notas y excepciones deben abordarse desde otra clasificación en un sentido positivo.

Dicha clasificación a la vez se subdivide en dos listas cuyo criterio diferenciador es la cuantía. Cabe acotar que se considera innecesario el manejo de dos listas por cuanto en el caso de Colombia se inscriben exclusivamente entidades en la lista A, mientras que en la lista B de los Estados Unidos solo se incluye una entidad; la RUS por sus siglas en inglés (*Rural Utility Services*,⁶⁰) la cual por demás debe ajustar sus procedimientos de compra a los criterios y procedimientos del Acuerdo Plurilateral sobre contratación pública, por lo que dicha entidad aún no cuenta con procedimientos comunes desde el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre compras públicas⁶¹.

Al analizar los organismos incluidos a través de una metodología positiva en la Lista A, de la Sección C de Colombia, se evidencia una inconsistencia profusa y grave, por cuanto se están incluyendo en este aparte del Tratado entidades que ya estarían circunscritas en la Sección A “*Entidades del Nivel Central de Gobierno*”,

⁶⁰ Es una Agencia del Departamento de Agricultura del Gobierno federal de los Estados Unidos cuyo objeto se describe en su web oficial así en inglés: “ *Los servicios públicos modernos llegaron a la América Rural a través de una de las más exitosas iniciativas gubernamentales en la historia Americana, llevada a cabo a través del departamento de Agricultura de los Estados Unidos siglas en inglés (USDA) trabajando con cooperativas rurales, asociaciones sin ánimo de lucro, cuerpos públicos, y empresas de servicios públicos con ánimo de lucro. Hoy la USDA y los Programas para el Desarrollo Rural continúan con esa tradición ayudando a que los servicios públicos rurales se expandan y actualicen su tecnología, ayudando a establecer nuevos y vitales servicios como el aprendizaje a distancia y la telemedicina.*” **United States Department of Agriculture. 2013.** Rural Utility Services. [En línea] USDA Rural Development, 24 de octubre de 2013. [Citado el: 06 de Noviembre de 2013.] http://www.rurdev.usda.gov/Utilities_LP.html.

⁶¹ “*El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) es, por ahora, el único acuerdo jurídicamente vinculante de la OMC que trata específicamente de la contratación pública. Es un tratado plurilateral administrado por un Comité de Contratación Pública, que está compuesto por los Miembros de la OMC que son Partes en el ACP y, por consiguiente, tienen derechos y obligaciones en virtud del Acuerdo.*” http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm



por cuanto dicha Sección incluye a las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales y Establecimientos Públicos adscritos o vinculados a los Ministerios o Departamentos Administrativos de manera general a través de una lista negativa, mientras que la Sección C los volvió a incluir de manera taxativa o positivamente. Acredita lo anterior una grave inconsistencia por cuanto en apariencia Colombia además de la Sección A, incluyó otras entidades que inducen a pensar una mayor cobertura del Tratado, eventualmente comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado⁶².

⁶² Las listas se convierten en uno de los criterios más importantes y desarrollados para efectos de determinar la cobertura de los Acuerdos de Comercio, existe un caso ante la OMC el cual versó sobre exactamente dicho tema reconociendo la importancia en la claridad de la delimitación del mismo para efectos de evitar malos entendidos y expectativas fallidas particularmente en aquellas listas abiertas (Listas Negativas) “(...) Una de las razones es que cuando se trata de reclamaciones no basadas en infracción de disposiciones lo importante es determinar cuáles eran las expectativas razonables de la parte demandante. Sin embargo, cuando es necesario ir más allá del texto en un caso de reclamación por infracción, lo importante es evaluar las pruebas objetivas del entendimiento mutuo entre las partes negociadoras. (...)”

Si una Parte excluye expresamente una entidad en una nota, no queda lugar a dudas. Un Miembro puede también enumerar afirmativamente entidades en un anexo distinto de aquel donde figura una entidad afiliada. Pero si el Apéndice nada dice acerca de una entidad, puede ser necesario trascender sus límites para determinar si dos entidades están afiliadas de tal forma que legalmente pueden considerarse como la misma entidad (lo que parece ser el caso del MOCT y el NADG) o si una puede estar actuando en nombre de la otra. (...)

Es cierto que los Apéndices están estructurados en términos de entidades, pero esa no es la base de las negociaciones. Los Miembros no negocian para que se incluyan entidades como tales entidades. No negocian para incluir nombres en una lista, sino para que queden incluidas las adquisiciones que son competencia de las entidades abarcadas. Como han observado otros grupos especiales, la finalidad de las negociaciones sobre compromisos incluidos en Listas es garantizar las oportunidades de competencia, que en el contexto del ACP están vinculadas al acceso a los proyectos, y no simplemente a una lista de nombres de entidades gubernamentales.” **Grupo Especial Organización Mundial del Comercio. 2000. COREA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.** Corea : Organización Mundial del Comercio, 2000. WT/DS163/R.



A continuación se relacionan las entidades que no debieron incluirse al ya ser incluidas indirectamente por vía de lista negativa.

CUADRO 1			
ENTIDAD	NATURALEZA JURÍDICA	NORMA DE REGULACIÓN	OBSERVACIÓN
La Agencia Logística de las Fuerzas Militares	Establecimiento Público del Orden Nacional adscrito al Ministerio De Defensa Nacional	Decreto 4746 de 2005 artículo 2	No debió ser incluida en la lista A.
El Fondo Rotatorio de la Policía	Establecimiento Publico del Orden Nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional	Acuerdo 12 de 2001 emitido por el Consejo Directivo del Fondo artículo 3	No debió ser incluido en la lista A.
Fondo Rotatorio del DAS	Establecimiento Público del Orden Nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional	En liquidación por decreto 4057 de 2011 artículo 12	Está en proceso de liquidación por lo que deben incluir en el Tratado una entidad equivalente
Instituto de Casas Fiscales del Ejército Nacional	Establecimiento Publico del Orden Nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional	Decreto 2345 de 1971 artículos 1 y 2	No debió ser incluido en la lista A.
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.	Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.	Decreto 4048 de 2008 artículo 2	No debió ser incluido en la lista A.
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC	Establecimiento Público del Orden Nacional adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia	Decreto 2160 de 1992 artículo 2	No debió ser incluido en la lista A. Está en proceso de liquidación por lo que deben incluir en el Tratado una entidad equivalente. La entidad pertinente podría ser la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - SPC
Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.	Establecimiento Público del Orden Nacional adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.	Ley 119 de 1994 artículo 1	No debió ser incluido en la lista A.
Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.	Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía.	Ley 142 de 1994 artículo 69	No debió ser incluida en la lista A.
La Unidad de Planeación Minero-Energética	Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía.	Ley 143 de 1994 artículo 13.	No debió ser incluida en la lista A.
Caja Nacional de Previsión	Empresa Industrial y Comercial del Estado adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.	Ley 490 de 1998 artículo 1.	Se encuentra en liquidación, deben incluir una entidad equivalente. La entidad pertinente podría ser Colpensiones.
Instituto de Seguros Sociales	Empresa Industrial y Comercial del Estado adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.	Decreto 2148 de 1992 artículo 1.	Está en liquidación, deben incluir una entidad equivalente. La entidad pertinente podría ser la Nueva EPS.
Empresa Territorial para la Salud – ETESA.	Empresa Industrial y Comercial del Estado adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.	Decreto 146 de 2004 artículo 1	Está en liquidación, deben incluir una entidad equivalente. La entidad pertinente podría ser Coljuegos.



Desde lo anterior la Sección C lista A sólo estaría conformada por nueve entidades, pues de las otras trece entidades, diez ya estaban incluidas en virtud de la Sección A y tres están en liquidación, sin perjuicio de la inconsistencia relacionada con los umbrales por lo que se haría presente una ambigüedad.

Las nueve entidades que en definitiva conformarían la Sección C lista A serían:

- Instituto Colombiano del Deporte – COLDEPORTES.
- Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología Francisco José de Caldas – COLCIENCIAS.
- Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior – ICFES.
- Administración Postal Nacional – ADPOSTAL.
- Imprenta Nacional de Colombia
- Industria Militar – INDUMIL
- Radio Televisión Nacional de Colombia – RTVC.
- Servicio Aéreo a Territorios Nacionales – SATENA.
- Empresa Colombiana de Petróleos, S.A. – ECOPETROL

Lo anterior acredita cómo combinar los dos métodos para efectos de determinar la cobertura permitió imprecisiones graves como la anterior. De igual manera hay autores que sostienen que el método de la lista positiva permite un mejor control para efectos del inventario de los organismos que se incluyen en los acuerdos⁶³, por cuanto la lista negativa requiere de una estructurada organización administrativa pública.

⁶³ Si bien en teoría con ambos métodos se podría abarcar el mismo número de entidades, con el método de la lista positiva se obliga a los gobiernos a analizar cuidadosamente qué entidades va a incluir en el Acuerdo.

CRIVELLI, Agustín. Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino. *RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO*. [En línea] Octubre de 2005. [Citado el: 6 de Junio de 2014.] <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>.



La cuarta sección denominada Sección D refiere las Entidades Especiales Cubiertas. Las cuales a diferencia de la Sección C (Otras Entidades Cubiertas) arriba tratadas, sí cuentan con un criterio común de clasificación. Este consiste en que ninguno de los organismos incluidos a través de esta lista aplica directamente el Estatuto General de Contratación; o sea que sus compras se hacen bajo un régimen privado. En dicha medida, el anexo únicamente hace extensivo el capítulo de compras públicas en lo correspondiente al párrafo 1 y 2 del artículo 9.2 sobre el principio de Trato Nacional⁶⁴ desarrollado a través de la no discriminación desde prohibiciones muy generales.⁶⁵ Lo anterior quiere decir que los procedimientos establecidos en el Tratado no le son aplicables, por cuanto, estos están previstos para el régimen público de contratación, menos aún la Ley 816 de 2003 que establece la ventaja ponderativa a los proponentes nacionales en su artículo 2, asunto tratado específicamente en el numeral 2.3 relativo a las Normas de Origen en el presente documento.

Esta lista en particular incluyó tres empresas como fueron: Interconexión Eléctrica S.A (ISA), ISAGEN y Colombia Telecomunicaciones; apoyándose en el método de lista positiva para efectos de su delimitación.

Por último desde el alcance orgánico, es importante tener presente que dentro de cada sección se excluyeron beneficios, teniendo como criterio el tipo de bien o

⁶⁴ Capítulo 9 artículo 9.1 párrafo primero: *“Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, cada Parte otorgará incondicionalmente a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado por dicha Parte a sus propias mercancías, servicios y proveedores.”*

⁶⁵ *“Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, ninguna Parte podrá:*

(a) Tratar a un proveedor establecido localmente de manera menos favorable que a otro proveedor establecido localmente, en razón de su grado de afiliación o propiedad extranjera; o (b) discriminar en contra de un proveedor establecido localmente sobre la base de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una contratación pública particular sean mercancías o servicios de la otra Parte.”



servicio a proveer específicamente⁶⁶, utilizando como guía la Clasificación Central de Productos⁶⁷.

Cabe aclarar que dicha clasificación lleva un largo proceso de implementación en Colombia y particularmente en lo que tiene que ver con la contratación estatal se realizó un acercamiento a través del Decreto 1510 de 2013⁶⁸ desde dos sistemas de clasificación distintos que deben ser incluidos en el pliego de condiciones. La primera hace referencia a la Clasificación Internacional Industrial Uniforme (CIIU), que debe estar contenida en el Registro Único de Proponentes para efectos contables y tributarios principalmente, codificación que ha sido criticada en el contexto del Decreto 1510 de 2013 recientemente reglamentario del Estatuto General de la Contratación⁶⁹. La segunda clasificación exigida en los pliegos de condiciones corresponde al sistema de codificación de las Naciones Unidas para

⁶⁶ Quiere decir lo anterior que la metodología de cobertura a través de listas positivas o negativas arriba explicada, presenta un doble contenido, en primera medida hace referencia a la lista de entidades u organismos cubiertos por el Tratado; tema ya abordado y en segundo lugar hace referencia a las listas de productos incluidos, aspecto que se profundizará más adelante al explicar la cobertura desde la naturaleza incluyendo sus exclusiones.

⁶⁷ “La Clasificación Central de Productos (CPC) surge como un instrumento básico de armonización, en 1977, y está basado en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (...) La CPC se publicó como versión provisional en 1989 por la Oficina de Estadística de Naciones Unidas, la cual recomendó a los países miembros comenzar a probar la clasificación con el fin de adquirir experiencia y obtener comentarios que permitieran crear una base sólida para cualquier revisión posterior”. **Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 2009. Metodología, Clasificación Central de Productos.** Bogotá : Imprenta Nacional de Colombia, 2009. ISSN 0120-7423.

⁶⁸ Decreto 1510 de 2013 en su artículo 40: “*Pliegos de condiciones. En los pliegos de condiciones para contratar Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, la entidad estatal debe indicar: 1. La ficha técnica del bien o servicio que debe incluir: a) la clasificación del bien o servicio de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios*” Artículo 162. “*Régimen de transición. El siguiente es el régimen de transición del presente decreto: 1. Régimen de transición de las normas sobre el RUP. Los proponentes que a la fecha de expedición del presente decreto no estén inscritos en el RUP o su inscripción no haya sido renovada, pueden solicitar el registro sin utilizar la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU). La inscripción de los proponentes en el RUP, vigente a la fecha de expedición del presente decreto, mantendrá su vigencia hasta tanto las cámaras de comercio estén en posibilidad de recibir las renovaciones utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, sin exceder el 1 de abril de 2014(...)*”.

⁶⁹ “*El otro escollo han sido las nuevas clasificaciones del Código CIIU, que el Gobierno delimitó a solo cuatro posibilidades. Pero si una compañía tiene múltiples líneas de trabajo, se queda sin poder contratar en otras áreas si agota sus cuatro clasificaciones.*” **La Silla Vacía.** La Silla Vacía. La ‘Paca’ Zuleta vs. el decreto que tiene enredada la contratación. [En línea] 14 de Junio de 2013. [Citado el: 1 de Noviembre de 2013.] <http://lasillavacia.com/queridodiario/la-paca-zuleta-vs-el-decreto-que-tiene-enredada-la-contratacion-45014>.



estandarizar productos y servicios (UNSPSC) para generalizar la denominación de los objetos contractuales desde el artículo 3 de las definiciones del ya mencionado Decreto⁷⁰.

1.1.2 Alcance Cuantitativo del Tratado

Una vez abordada la perspectiva orgánica se debe empezar a delimitar lo cuantitativo que en sentido estricto hace referencia a los umbrales o montos que deben acreditar las futuras transacciones para ser objeto del Acuerdo⁷¹, cabe indicar que los umbrales operan tradicionalmente por razones de eficiencia, y no solo para efectos de la aplicación de Tratados, sino también respecto de la aplicación de procedimientos de contratación⁷².

Sin embargo, antes de entrar a abordar lo cuantitativo, se hacen presentes criterios cualitativos que establecen la metodología para obtener las cifras.⁷³

El primer criterio establecido para determinar el valor de una contratación aparece en el Capítulo IX artículo 9.1 numeral 9 literal (a) del Tratado y determina que una entidad contratante: *“no deberá dividir una contratación pública en contrataciones*

⁷⁰ Decreto 1510 de 2013 en su artículo 3°. *“Definiciones. Clasificador de Bienes y Servicios es el sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por las siglas UNSPSC.”*

⁷¹ Los umbrales operan en dos sentidos, primero respecto de la aplicación del Acuerdo en general y en segundo sentido para efectos de cerrar los procesos para efectos de proteger la industria nacional.

⁷² *“Algo similar sucede con el tema de los umbrales. Tradicionalmente se ha utilizado como argumento para su existencia una razón de eficiencia económica, sosteniéndose que no es adecuado que todos los procesos estén sujetos a licitaciones públicas, ya que en compras de escaso monto por ejemplo, la licitación pública no sería eficiente. La misma explicación se utiliza en materia del ACP, argumentándose que los umbrales permiten establecer un rango a partir del cual resulta conveniente para los proveedores de otras Partes concurrir a procesos de compra. Se agrega que esa es la razón de que el umbral en materia de servicios de construcción sea considerablemente más elevado, ya que por sus características, sólo resultan convenientes en contratos más elevados que para el resto de los servicios”.* ARAYA ALLENDE, Juan. *Las compras públicas en los Acuerdos Regionales de America Latina con países desarrollados*. Santiago de Chile : Naciones Unidas (Cepal), 2006. ISSN 1680-872X.

⁷³ Si bien en el aparte de alcance y cobertura, los aspectos cualitativos refieren criterios de valorización, luego vuelven a aparecer para efectos de la división que se hace en el Anexo 9.1 del Tratado referente a cuatro niveles de clasificación para la aplicación taxativa de las entidades incluidas (central, subcentral, otras entidades y Entidades especiales).



públicas separadas, ni utilizar un método en particular para estimar el valor de la contratación pública con el propósito de evadir la aplicación de este capítulo". El anterior aparte puede contextualizarse en primera medida desde los principios que establece la Ley 80 de 1993; particularmente el de Transparencia⁷⁴. Pero su importancia es tal que dentro del tipo penal que prohíbe la celebración de los contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, se incluye el subtipo del fraccionamiento de los contratos⁷⁵. Encontrando regulación semejante en el régimen colombiano. Esta prohibición al hacer parte de un tipo penal con conducta alternativa, apoya el régimen para efectos de la tipificación del delito.⁷⁶ Por lo que dicha prohibición se soporta desde la legislación contractual, siendo igualmente prohibida desde el derecho penal.

⁷⁴ Pronuncia el Consejo de Estado respecto del fraccionamiento que: *"la contratación directa se realiza burlando el proceso licitatorio a través del fraccionamiento del contrato, es decir, buscando que ninguno de los contratos resultantes de dividir un mismo objeto supere el monto de la cuantía requerida para la licitación, se están desconociendo los principios que inspiran la contratación pública. Al respecto, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual"* **M.P VALLE DE DE LA HOZ, Olga Mérida**. Sentencia adversarial. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), 17767. Secretaría del Consejo : Consejo de Estado, 2011.

⁷⁵ *"(...) fenómeno que tiene lugar, como lo ha dicho la sala, en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración deben confluír las circunstancias siguientes: i) que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuales fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues sólo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de contratación pública"* **M.P ESPINOZA PEREZ, Sigfredo**. 2007. Sentencia. 26857, Secretaría de la Corte Suprema de Justicia : Corte Suprema de Justicia, 2007.

⁷⁶ *"En cuanto a la conducta prohibida descrita en el tipo penal imputado al procesado, debe recabarse que ella se concreta a "tramitar contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o celebrarlo o liquidarlo sin verificar su cumplimiento. De manera que se está ante un tipo penal de conducta alternativa, que contempla tres hipótesis a partir de las cuales se desencadena la reacción punitiva respecto del servidor público revestido de la función contractual, o parte de ella, a saber: por la "tramitación" del contrato sin la observancia de requisitos legales esenciales para su formación, etapa contractual que esta Sala ha precisado comprende "los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de "celebración" del compromiso contractual" ; por la "celebración" del contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales del mismo, incluidos, claro está, aquellos que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 son de forzoso acatamiento dentro de la fase precontractual y que constituyen solemnidades insoslayables; y, finalmente, por su "liquidación" en similares condiciones."* **M.P PULIDO DE VARÓN, Marina**. 2005. El Estado contra Arnaldo José Rojas Tomedes. 21547, Secretaría de la Corte Suprema : Corte Suprema de Justicia, 2005.



Otro criterio contenido en el artículo 9.1 numeral 9 ahora en el literal (b) complementa la contabilización de la cuantía al establecer la obligación de: *“tomar en cuenta toda forma de remuneración, incluyendo las primas, cuotas, comisiones, intereses, demás flujos de ingreso que podrían estipularse bajo un contrato y, cuando la contratación pública estipule la posibilidad de cláusulas de opción, el valor máximo de la contratación pública, inclusive las compras opcionales”*. Dicha obligación tiene relación con el literal c) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, colombiana que establece: *“Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato”*.

Desde la anterior estipulación se puede concatenar la obligación del Acuerdo con lo establecido en el Estatuto General de Contratación. Sin embargo, el tema no está del todo claro, desde la jurisprudencia a partir de lo mencionado por el Consejero de Estado Jaime Orlando Santofimio, quien no cree que los criterios de valorización del contrato estatal sean tan simples de obtener; pues el concepto de recurso público particularmente en el caso de la obra pública y la concesión está rondando entre lo público y lo privado de manera difusa.⁷⁷

El siguiente criterio de apoyo para determinar el valor de la contratación, está contenido en el artículo 9.1 del literal (c). Es un poco confuso, pues establece el deber de basar el cálculo de valorización de la contratación desde un criterio geográfico y temporal así: *“cuando la contratación pública haya de realizarse en*

⁷⁷ “La reglamentación que siempre hemos criticado, la reglamentación del orden nacional en este tema es igualmente insuficiente pues no da los parámetros para efecto de entender cuál es el alcance del concepto de recurso público en materia de contrato. Este es el primer punto que me parece genera Inseguridad Jurídica y la genera en la medida en que los operadores mismos de los procesos de contratación, en un determinado momento, no van a tener claridad de cuáles son los procedimientos que deben aplicar.....El problema es que a nivel de la Ley de contratación y de las normas presupuestales entender qué es recurso público, qué es lo que hace que un recurso sea público o privado, en qué momento el recurso público sale de la órbita de lo público y se convierte en recurso privado” *El balance a la contratación estatal: Seguridad jurídica y control fiscal*. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. 2010. Bogotá : Auditoría General , 2010. ISSN 0124 - 471X.



múltiples partes, y traiga como resultado la adjudicación de contratos al mismo tiempo o en un período dado a uno o más proveedores". El inconveniente detectado radica en que debe tenerse en cuenta que en Colombia el ejercicio contractual es delegable, y existen casos en donde una misma entidad ejecuta el presupuesto desde varios frentes. Caso de algunos Ministerios, donde a la vez se pueden estar haciendo el mismo tipo de contrataciones en el mismo lugar o en diferentes y en ambos casos corresponde al Ministerio tal como ocurre con la Defensa⁷⁸. De igual manera desde la perspectiva del Tratado, no se debe olvidar que el organismo aparece incluido en el Anexo 9.1 del Tratado como un organismo en sí mismo, mas no cada Unidad Militar delegataria por separado para efectos del ejemplo.

Ahora, como bien se ha analizado, para efectos del Tratado el criterio orgánico se complementa con el cuantitativo, que a su vez se apoya en lo cualitativo para valorizarse. Por lo que una vez se tiene certeza de la aplicación de los beneficios a una entidad determinada, se deben revisar los montos establecidos en el Anexo 1 del capítulo IX del Acuerdo. Estos valores varían según se aplique a Bienes, a Servicios en General o a Servicios de la Construcción. En algunos casos, a los Bienes y Servicios en General se les otorga una misma cifra para efectos de la aplicación del Tratado; sin embargo a los servicios de la construcción se les establece siempre un valor superior, según las secciones⁷⁹ que conforman el Anexo 1 del capítulo de compras públicas.

El siguiente cuadro ha sido elaborado a partir de la información contenida en el Tratado, en él se incluyen los valores o cuantías asignadas a cada Sección y Lista, en Dólares estadounidenses con sus respectivas observaciones. También se

⁷⁸ El Ministerio de Defensa Nacional incluido en el TLC delega a través de la Resolución 0001 de 2012 la contratación de sus bases militares, por lo que cada Unidad militar cuenta con su ordenador del gasto.

⁷⁹ En el caso de las secciones del anexo, como atrás se abordó, dependen en primera medida de los niveles de gobierno (central-federal y estatal-gubernamental) y en el caso de las secciones C y D de otros criterios.



incluye el umbral restrictivo que protege a la industria nacional desde las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas:

CUADRO 2			
SECCIÓN DEL TRATADO		CUANTÍA BIENES Y SERVICIOS	CUANTÍA SERVICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN
SECCIÓN A (NIVEL CENTRAL DEL GOBIERNO)		US\$ 64.786;	US\$ 7.407.000
SECCIÓN B (NIVEL SUBCENTRAL DEL GOBIERNO)		US\$ 526.000	US\$ 7.407.000
SECCIÓN C (OTRAS ENTIDADES CUBIERTAS)	Lista A	US\$ 250.000	US\$ 7.407.000
	Lista B	US\$ 593.000	No incluye proyectos de obra pública y solamente aplica para una entidad estadounidense.
OBSERVACIONES		La Sección A y C lista A varía el umbral de aplicación, agravando el inconveniente de haber incluido en las dos listas Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales y Establecimientos públicos.	Se incrementa US\$ 8.000.000. Tres años después de entrar en vigor el Acuerdo se aumentará a este valor.
		Estos umbrales hacen muy difícil la aplicación del Tratado a nivel de las Gobernaciones, ya que en algunas sus presupuestos son reducidos.	
		En el caso de la Sección D, al aplicar únicamente el principio de Trato Nacional y el de No Discriminación, no se aplica cuantía alguna.	
Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)*		US\$ 125.000	
*Este valor hace referencia a otro criterio cuantitativo de contratación para efectos de incluir preferencias, exclusividad, desagregación tecnológica, subcontratación, etc. encaminadas a beneficiar a las micro, pequeñas y medianas empresas, tema que se abordó en el presente estudio de manera más profunda.			

Para efectos de la aplicación de los umbrales contenidos en el cuadro, es importante tener presente que en Colombia los procedimientos de contratación varían según la naturaleza⁸⁰ y según la cuantía⁸¹. Teniendo en cuenta esta última,

⁸⁰ “la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable” **M.P ANDRADE RINCÓN, Hernán. 2011. Apelación Sentencia.** 68001-23-15-000-1997-00942-01, 16246. Secretaría : Consejo de Estado, 2011.

⁸¹ Conceptúa el autor citando a Eduardo J Couture cuantía como: “especificación económica del asunto disputado en juicio, ya sea por el valor de los bienes, el monto del crédito o la estimación ficta de aquel, hecha por la ley o por las partes.” **LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA EN LOS**



la Ley 1150 de 2007 establece los criterios a partir del artículo 2º de la norma, por lo que evidentemente las modalidades⁸² no se calculan de manera universal para todas las entidades públicas de la nación; pues dicha aplicación depende del presupuesto asignado para cada entidad⁸³, y a la vez este presupuesto obedece a la Categoría a la que pertenezca el ente en el caso de las Gobernaciones⁸⁴ y de la

JUICIOS INDIVIDUALES DE TRABAJO. GUEVARA AGUIRRE, Roberto. 1991. 3, Guayaquil : Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 1991, Vol. 1.

⁸² Desde la cuantía únicamente, aparece la primera modalidad denominada Licitación Pública; como regla general para todo proceso. En segundo lugar está la Selección Abreviada de Menor Cuantía como principal excepción; aplica a aquellos procesos cuya cuantía se clasifique como menor según criterios discriminados en el numeral 2 literal b del artículo 2º. y en tercer lugar aparece la Mínima Cuantía que se apoya en los criterios de la menor cuantía y aplica para aquellos procesos cuyo valor no supere el 10% de la menor cuantía según los mencionados criterios. Para el caso de las demás modalidades a las que apliquen los beneficios del Tratado; atendiendo a que el criterio es la naturaleza el factor valor no incide en la modalidad.

⁸³ Para la menor cuantía el artículo 2 numeral 2 Literal B establece los criterios cuantitativos de aplicación según el presupuesto asignado así: “*La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.*

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales”

⁸⁴ Ley 617 de 2000 “**ARTÍCULO 1o. CATEGORIZACIÓN PRESUPUESTAL DE LOS DEPARTAMENTOS.** En desarrollo del artículo 302 de la Constitución Política, teniendo en cuenta su capacidad de gestión administrativa y fiscal y de acuerdo con su población e ingresos corrientes de libre destinación, establécese la siguiente categorización para los departamentos:

Categoría especial. Todos aquellos departamentos con población superior a dos millones (2.000.000) de habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a seiscientos mil (600.000) salarios mínimos legales mensuales.

Primera categoría. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre setecientos mil uno (700.001) habitantes y dos millones (2.000.000) de habitantes, cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales igualen o superen ciento setenta mil uno (170.001) salarios mínimos legales mensuales y hasta seiscientos mil (600.000) salarios mínimos legales mensuales.

Segunda categoría. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre trescientos noventa mil uno (390.001) y setecientos mil (700.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean iguales o superiores a ciento veintidós mil uno (122.001) y hasta de ciento setenta mil (170.000) salarios mínimos legales mensuales.

Tercera categoría. Todos aquellos departamentos con población comprendida entre cien mil uno (100.001) y trescientos noventa mil (390.000) habitantes y cuyos recursos corrientes de libre destinación anuales sean



misión que se realiza para el caso de los Ministerios y Departamentos Administrativos.

En cuanto a los ajustes a las cifras, éstas se realizarán con una periodicidad de dos años, empezando el primero de enero de 2008. Pero debe tenerse presente que el Tratado entró en vigor el 15 de mayo de 2012 debiéndose aclarar este aspecto, lo que aún no se ha hecho⁸⁵.

Por otro lado, se implementaron varios procedimientos de ajuste a los umbrales previstos según la Sección y la Lista de los órganos a los que aplica el Tratado, haciendo más compleja la conversión a Pesos colombianos, en primera medida puesto que el Tratado viene en Dólares estadounidenses para Bienes y Servicios y DEG⁸⁶ para Servicios de la Construcción. Segundo, atendiendo a que existen varios referentes respecto de la tasa de cambio a los cuales se puede recurrir, debiendo especificar la fuente y el procedimiento. Y tercero, porque una vez se apliquen los criterios de actualización por parte de Estados Unidos especificado en el cuadro 3, el Gobierno Colombiano debe ajustar los umbrales al Peso colombiano basándose en la conversión oficial del Banco de la República, utilizando el promedio de los valores diarios convirtiendo nuevamente a dólares americanos, moneda en la que se acordaron los umbrales. Haciendo verdaderamente compleja la actualización de los umbrales.

superiores a sesenta mil uno (60.001) y hasta de ciento veintidós mil (122.000) salarios mínimos legales mensuales.

Cuarta categoría. Todos aquellos departamentos con población igual o inferior a cien mil (100.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean iguales o inferiores a sesenta mil (60.000) salarios mínimos legales mensuales.”

⁸⁵ Establece el Anexo 9.1 las primeras cifras a aplicar para efecto de los umbrales así:

- 355,000 DEG para los bienes y servicios de las entidades de la Sección B;
- 400,000 DEG para los bienes y servicios de las entidades de la Sección C, Lista B.
- 5 millones de DEG para los servicios de construcción de las entidades de la Sección A, B y C.

⁸⁶ “El DEG es un activo de reserva internacional creado en 1969 por el FMI para complementar las reservas oficiales de los países miembros. Su valor está basado en una cesta de cuatro monedas internacionales fundamentales. Los DEG se pueden intercambiar por monedas de libre uso.” **Fondo Monetario Internacional. 2013.** [En línea] 1 de Octubre de 2013. [Citado el: 6 de Noviembre de 2013.] <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>.



El siguiente cuadro es elaborado desde la información contenida en el Tratado para efectos ilustrativos y comparativos.

CUADRO 3				
SECCIÓN	TIPO DE PROVEEDOR	MONEDA DE REFERENCIA	CONSULTA DE REFERENCIA	PROCEDIMIENTO DE INCREMENTO
SECCIÓN A (Sector Central)	Bienes y servicios	US Dollar	Producer Price Index for Finished Goods (Índice de precios al productor)	Aplicación de la siguiente formula: $T_0 \times (1 + \Pi_i) = T_1$ Donde T_0 = valor del umbral en el período base Π_i = tasa de inflación de Estados Unidos, acumulada en el i período bienal T_1 = nuevo valor del umbral
	Servicios de la construcción			
SECCIÓN B (Sector Sub central) SECCIÓN C (Otras entidades)	Bienes y servicios	DEG (Derechos especiales de giro del FMI)	Apéndice 1 de los Estados Unidos del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC	Estados Unidos calculará los ajustes de estos umbrales basándose en un promedio de la conversión de la tasa diaria de dólares norteamericanos (US\$) en términos de (DEG) publicada mensualmente por el FMI en sus "Estadísticas Financieras Internacionales"

1.1.3 Alcance desde un Criterio de Naturaleza y Exclusiones a los Beneficios Otorgados por el Tratado

Además de lo correspondiente a los anteriores criterios ya abordados, se hace presente otro que complementa la delimitación del Acuerdo. Se está haciendo referencia al criterio de naturaleza, analizado dentro del contexto de la contratación estatal.



En primer lugar procede manifestar que la naturaleza se debe abordar desde dos sentidos puntualmente. El primero de ellos hace referencia a la función que realiza la entidad compradora para efectos de determinar la aplicación del Acuerdo⁸⁷, por lo que en este sentido la primera delimitación lógica corresponde a la aplicación general del Tratado, por cuanto contratos estatales solamente pueden realizar entidades cuya naturaleza sea pública⁸⁸ y desde allí se estipula la cobertura orgánica a través de los anexos y sus secciones. Sin embargo, a medida que se van ahondando en las tareas específicas de cada entidad, se comienzan a excluir de manera difusa a través de todo el Capítulo⁸⁹ beneficios, teniendo en cuenta ciertos sectores económicos en específico, sensibles para los Estados como por ejemplo la seguridad, la salubridad, entre otros⁹⁰.

En segundo lugar se hace referencia a las características de las mercancías que se pretenden adquirir, las cuales son las que terminan otorgando la tipología contractual ya tratada en el presente escrito, tomadas en el Tratado como medios⁹¹. Lo relevante es hacer mención a aquellas exclusiones realizadas, en algunos casos apelando al sistema de Clasificación Central de Productos (CPC)

⁸⁷“la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable” **M.P ANDRADE RINCÓN, Hernán. 2011. Apelación Sentencia. 68001-23-15-000-1997-00942-01, 16246. Secretaría : Consejo de Estado, 2011.**

⁸⁸Lo Anterior a la luz del artículo 32º de la Ley 80 de 1993 el cual a su vez remite al artículo 2º como se trató al inicio del presente aparte.

⁸⁹ Dichas exclusiones no solamente hacen referencia al capítulo en sí mismo, puesto que en el Anexo 9.1 también se presenta el fenómeno.

⁹⁰ “Ésta exclusión se puede realizar de diversas maneras: a través de inclusiones o exclusiones en el texto del Acuerdo; estableciendo umbrales a partir de los cuales el Acuerdo será aplicable o estableciendo – a través de un anexo – una lista positiva (por inclusión) o una lista negativa (por exclusión) de las entidades a las cuáles el Acuerdo será aplicable.” **CRIVELLI, Agustín.** Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino. *RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO.* [En línea] Octubre de 2005. [Citado el: 6 de Junio de 2014.] <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>.

⁹¹ Como ya se acreditó los medios contractuales hacen referencia a los tipos contractuales, ya desarrollados en el presente estudio.



por sus siglas en inglés, o de manera más abierta se apela al criterio de naturaleza para efectos de fijar la exclusión.

Para los dos asuntos anteriormente abordados pueden utilizarse medios de lista; quiere decir que la metodología es útil para establecer la cobertura de entidades y a la vez de productos. Estas a la vez se clasifican en positivas o negativas en el sentido que fuere. Sin embargo, la lista positiva más común en la estipulación de servicios; es utilizada desde el Acuerdo Plurilateral de Compras de la OMC⁹² y la lista negativa, generalmente para incluir los bienes. Aunque los Estados Unidos apela a la lista negativa indistintamente⁹³.

Ahora, analizando específicamente el criterio de naturaleza, el documento se divide en 4 Secciones ya analizadas, el criterio de exclusión procede haciendo pronunciamientos específicos respecto del tipo de mercancías excluidas por cada entidad en específico. Cabe manifestar que las notas correspondientes a éste anexo para efectos de delimitar las mercancías, apelan principalmente a la Clasificación Central de Productos (CPC) versión 1.0 para Colombia y en el caso

⁹²Manifiesta la Dra Oñate haciendo referencia a la cobertura del Acuerdo Plurilateral de Compras de la OMC que: *“el ámbito de aplicación del Acuerdo se encuentra restringido a aquellos contratos que de manera expresa se hayan incluido en él. Nos encontramos, entonces frente a un sistema de listas positivas, y ello implica que las obligaciones del Acuerdo vinculan, en primer lugar, sólo a los contratos que celebren las entidades que cada parte haya relacionado en las listas comprendidas en los anexos 1 a 3 del apéndice I; en segundo lugar, a los contratos relativos a los productos y servicios que se especifican en las listas positivas que figuran, respectivamente, en los anexos 4 y 5 del apéndice I, y, por último, a los contratos públicos que superen determinados valores de umbral. OÑATE ACOSTA, Tatiana. Compras Públicas y TLC. [aut. libro] Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá. Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio. Bogotá D.C : Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.*

⁹³ *“se utiliza un enfoque de lista negativa para determinar la cobertura en las compras de bienes. Es decir, todo está cubierto, salvo lo expresamente explicitado. En cambio, las compras de servicios se basan en una lista positiva: sólo estarán sujetas a las normas del Acuerdo las adquisiciones que realicen entidades expresamente incluidas. Siendo solamente, Estados Unidos el que utiliza el enfoque negativo”* **OSTERLOF OBREÓN, Doris, VILLASUSO MORALES, Ana Marcela y HERDOCIA SACASA, Mauricio.** Universidad Nacional de San Martín. [En línea] Noviembre de 2011. [Citado el: 06 de Junio de 2014.] <http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/Documento%20de%20Trabajo%20N%C2%BA%209.pdf>.



de Estados Unidos al *Federal Supply Classification*⁹⁴. Por el grado de complejidad de estas listas el nivel de especificidad es profuso, haciendo la complejidad del Tratado una regla general para efectos de la aplicación del mismo.

Como ya se aclaró al inicio del presente numeral, el capítulo de compras públicas propiamente dicho, también dispone de manera específica respecto de la inclusión o exclusión a través de listas de mercancías teniendo en cuenta criterios de naturaleza, en donde se relaciona el tipo de producto que se van a adquirir desde la Clasificación Central de estos, de acuerdo a la función que cada entidad específicamente incluida realiza.

En primera medida, se concede específicamente un numeral para evitar exclusiones relacionadas con la aplicación del Capítulo XV⁹⁵. Es importante tener presente que desde dicho capítulo se estimula el comercio electrónico, otorgándole a éste la oportunidad de generar crecimiento económico, y en un sentido particular a partir del artículo 15.7 la posibilidad de administrar el comercio sin acudir al papel⁹⁶. Para efectos de la normatividad colombiana la Ley 1150 de 2007 implementó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, abriendo la posibilidad de automatizar la manera de realizar las compras públicas en Colombia.

⁹⁴ “La Clasificación Federal de Suministros en inglés (*The Federal Supply Classification (FSC)*) es una herramienta logística desarrollada para buscar por ítems en un suministro identificado bajo el Sistema de Catálogo Federal. La estructura del (FSC) “siglas en inglés”, está recientemente establecida en, 78 grupos, los cuales están subdivididos en más de 600 clases”. **Data.gov Program Management Office. 2011.** Data.gov. [En línea] An Official Website of the United States Government, 03 de Mayo de 2011. [Citado el: 08 de Noviembre de 2013.] <https://explore.data.gov/National-Security-and-Veterans-Affairs/Federal-Supply-Classification-Cataloging-H2-Search/3gub-ppd8>.

⁹⁵ Este regula lo correspondiente al comercio electrónico y medidas para impulsarlo.

⁹⁶ Capítulo 9º del Tratado, artículo 15.7: “*Administración del Comercio sin Papeles*:

1. Cada Parte se esforzará por poner a disposición del público en forma electrónica todos los documentos de administración del comercio.

2. Cada Parte se esforzará por aceptar los documentos de administración del comercio presentados electrónicamente como el equivalente legal de la versión en papeles de dichos documentos.”



Regulada desde el Decreto 4170 de 2011, la entidad Colombia Compra Eficiente ha continuado la implementación del Sistema Electrónico de Compras Públicas (SECOP), que no sólo incluye aspectos relativos a la publicidad y manejo de información, sino que a la vez pretende implementar aspectos dispositivos o transaccionales como ya se trataba desde el Decreto 3485 de 2011, derogado⁹⁷. Finalmente no debe perderse de vista que el Gobierno de Colombia al implementar estas medidas no debe transgredir los compromisos adquiridos a través de estos acuerdos es decir garantizar el acceso a los mercados en lugar de restringirlo.

Más adelante en el artículo 9.1 (Alcance y Cobertura), numeral 4 se excluye de manera directa la aplicación de algunos supuestos, que el Acuerdo denomina *“Acuerdos no contractuales o cualquier forma de asistencia que una Parte, incluyendo una empresa gubernamental, otorgue”*, aspecto que para el caso de Colombia se compadece con el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, el cual da la posibilidad de regular la relación contractual al margen del Estatuto General de Contratación así: *“Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.”*

Lo mismo ocurre para determinar la no aplicación del acuerdo frente a las denominadas proveedurías a nivel regional y local así: *“el suministro gubernamental de mercancías o servicios a personas o gobiernos del nivel*

⁹⁷Manifiesta el Decreto 3485 de 2011 en cuanto a la fase transaccional que: *“Artículo 2º. (...) En la fase Transaccional, conforme lo establezcan los términos y condiciones de uso del SECOP, las entidades públicas, proponentes, contratistas y ciudadanos dispondrán de reglas particulares para la sustanciación y notificación por medios electrónicos de sus actuaciones; en la expedición de todos los actos, documentos y contratos derivados de la actividad precontractual y contractual de la administración pública; así como también, se desarrollarán disposiciones que garanticen la publicidad, la recepción de las ofertas electrónicamente y otros aspectos relacionados con la contratación con cargo a recursos públicos. Esta fase será implementada de forma gradual y progresiva, en las condiciones técnicas establecidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o el organismo administrador del SECOP que designe el Gobierno Nacional.”*



regional o local”. Pues el inconveniente del enunciado para efectos de la inaplicación consiste en determinar qué entidades se consideran regionales o locales en Colombia, en razón a que el concepto es ambiguo y puede entenderse en un sentido administrativo⁹⁸ y también desde su concepto lingüístico⁹⁹. En el caso del primero aún no se ha creado la primera región en Colombia y en el caso del segundo se complicaría asociar aspectos administrativos con regionales pues los departamentos no corresponden de manera específica a las regiones en un sentido natural o sociológico¹⁰⁰.

También se excluyen de los beneficios del capítulo, los casos de cooperación con otras naciones, en los siguientes términos: *“las contrataciones con el propósito directo de proveer asistencia extranjera”* Aunque cabe tener presente que Colombia al ser un país cuya crisis humanitaria persiste, no cuenta con recursos para proveer a otras naciones en un sentido humanitario¹⁰¹. Por lo que en la práctica no es muy común esta excepción.

⁹⁸ Ley 1454 de 2011 (Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial) Artículo 19. *“Regiones de planeación y gestión. En virtud de lo estipulado en el artículo 285 de la Constitución Política, créanse las Regiones de Planeación y Gestión (RPG). Para los efectos previstos en esta ley, se consideran regiones de Planeación y Gestión las instancias de asociación de entidades territoriales que permitan promover y aplicar de manera armónica y sostenible los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad en el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas a las entidades territoriales por la Constitución y la ley.”*

⁹⁹ Se toman dos acepciones del concepto desde el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española así:
1ª *“Porción de territorio determinada por caracteres étnicos o circunstancias especiales de clima, producción, topografía, administración, gobierno, etc.”*

2ª *“Cada una de las grandes divisiones territoriales de una nación, definida por características geográficas e histórico-sociales, y que puede dividirse a su vez en provincias, departamentos,”* **Real Academia Española de la Lengua. 2001.** Diccionario de la Lengua Española. Madrid : Espasa, 2001. Vol. 22.

¹⁰⁰ *“Región” es una palabra que tiene tantos significados y “planeación” un término con tanto contenido político, que es raro encontrar dos personas que tengan la misma idea acerca de lo que significa planeación regional. Cada profesión usa “región” en sentido diferente, y si bien la nomenclatura no debería constituir una barrera para el pensamiento claro – para el examen lúcido- del tema relativo a la planeación regional, no hay duda de diferentes interpretaciones de lo que es una “región” pueden indicar y en realidad indican, enfoques fundamentalmente diferentes, por lo que se refiere a la solución apropiada de los problemas que derivan del desarrollo y la planeación referidos a grandes extensiones de tierra.”* Significado del Término *“Región”*. **GINSBURG, Leslie y URIBE VILLEGAS, Oscar. 1958.** 3, Ciudad de México : Revista Mexicana de Sociología, 1958, Vol. 20.

¹⁰¹ Este informe del ICG sostiene que es esencial emprender de inmediato una acción mucho más decidida para enfrentar la crisis humanitaria en Colombia. Las dificultades y los sufrimientos masivos se han convertido en una forma constante de vida, en la medida en que el conflicto armado se ha extendido e intensificado. La política humanitaria del gobierno ha enfrentado muchas dificultades, en gran parte debido a



Luego se continúa con: “Las contrataciones financiadas mediante donaciones, préstamos u otras formas de asistencia internacional, cuando la entrega de dicha ayuda esté sujeta a condiciones incompatibles con este Capítulo.” Los dos últimos supuestos pueden malinterpretarse, en relación con lo establecido por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007¹⁰² reglamentado por el Decreto 1510 de 2013 en su artículo 157¹⁰³, por cuanto el criterio para excluir de la normatividad de compras

la magnitud de la crisis, la falta de capacidad del Estado, la renuencia a desviar recursos fiscales del sector militar hacia los programas sociales, y la amplia brecha entre la planeación de políticas y la realidad. **International Crisis Group. 2003.** ICG Informe de América Latina N. 4. *LA CRISIS HUMANITARIA EN COLOMBIA*. Bogotá/Bruselas : International Crisis Group, 2003. 4.

¹⁰² Ley 1150 de 2007, artículo 20 “De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

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

Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.”

¹⁰³ Decreto 1510 de 2013 “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



públicas en el caso de la asistencia internacional es en primer lugar cuantitativo para Colombia¹⁰⁴, mientras que es de naturaleza para el Tratado¹⁰⁵, haciéndose presente una inconsistencia por la diferencia del tipo de exclusión. Así las cosas, se corre el riesgo de excluir del estatuto compras que deben ser adquiridas por tales reglas, presentando contradicción entre los dos regímenes.

En segundo lugar, los mencionados artículos incluyen un segundo criterio frente a la exclusión de los beneficios, relacionado con la naturaleza o calidad del organismo o de la tarea que se va a realizar, para efectos de las compras.

La lista ahora pasa a excluir: *“La contratación de servicios de agencias fiscales o servicios de depósito, servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas, y servicios de venta y distribución para la deuda pública”* ni tampoco se aplica lo correspondiente a: *“servicios bancarios, financieros o especializados”* y aun más se especifica la no aplicación para *“el endeudamiento público o la administración de pasivos”* En este sentido, la exclusión del capítulo presenta relación con la Ley 1150 de 2007, en donde el artículo 15 que modifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; excluye del régimen de contratación aquellos contratos que: *“celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal”*. Además cabe manifestar que dentro de las modalidades de contratación en Colombia hay una causal de contratación directa que hace referencia a los contratos de empréstito; los cuales estarían exentos de la aplicación del capítulo¹⁰⁶.

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.”

¹⁰⁴ Depende del monto de los recursos.

¹⁰⁵ No hace referencia a cuantía; es un criterio abierto.

¹⁰⁶ Ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 4 literal (b) “contratación de empréstitos”



También se omite: *“la contratación de empleados públicos y las medidas relacionadas con el empleo”* numeral que hace referencia principalmente a asuntos relacionados con la legislación laboral y proveeduría de cargos públicos desde lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad que regula la materia¹⁰⁷.

1.2 Procedimientos Contractuales Previstos en el Tratado.

Se procede a analizar la coherencia de los procedimientos particularmente establecidos en el Capítulo IX del Tratado. Estos deben ser respetados por el operador jurídico desde las modalidades y procedimientos establecidos en el Estatuto General de Contratación, para lo cual el orden a desarrollar el análisis corresponderá al del Tratado, para poner en evidencia las inconsistencias frente al sistema de compras colombiano. Empezando por la diferencia en la denominación de los procedimientos, los cuales en el instrumento aparecen como métodos de contratación, lo que para el estatuto colombiano son modalidades de contratación.

Así las cosas, se realiza un cuadro comparativo para poder analizar cada procedimiento y la correspondencia entre los dos sistemas abordados, incluyendo la existencia del procedimiento estipulado en el Tratado dentro de la legislación colombiana, agregando el elemento de condicionalidad frente al Acuerdo de Compras Públicas de la Organización Mundial del Comercio, instrumento donde

¹⁰⁷ La Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- es un órgano autónomo e independiente, del más alto nivel en la estructura del Estado Colombiano, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y no hace parte de ninguna de las ramas del poder público. Según el artículo 130 de la Constitución Política, es "responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial" **Comisión Nacional del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública. 2011. Compendio de Normatividad y Doctrina en Empleo Público y Carrera Administrativa.** Bogotá : Escuela Superior de Administración Pública ESAP, 2011.



claramente aparecen los procedimientos incluidos en el Tratado¹⁰⁸. Lo anterior con las correspondientes observaciones respecto de la correspondencia de los procedimientos en otra columna.

CUADRO 4		
Métodos de contratación (TLC) vs Modalidades de contratación (Estatuto)		
Licitación Abierta (art 9.2 del Tratado)	Licitación Pública (art. 2 numeral 1 Ley 1150 de 2007 y art 38 y Ss Decreto 1510 de 2013)	Observaciones
Concepto: “Procedimientos de licitación abiertos significa un tipo de método de contratación pública en que todos los proveedores interesados pueden presentar una oferta” (art 9.3 numeral 3 del Tratado): Se establece como procedimiento general y desde las excepciones se desarrollan los demás métodos (art 9.2 numeral 3 del Tratado) Este método aparece previsto en el sistema de compras de la Organización Mundial del Comercio desde el ACP¹⁰⁹	Concepto: No se define dentro de la norma, pero al ser un procedimiento abierto cualquier proveedor interesado puede presentar propuesta. (Art 2 Ley 1150 de 2007) Se establece como procedimiento general y desde las excepciones se desarrollan las demás modalidades (art 2 numeral 1 Ley 1150 de 2007)	Característica fundamental del concepto en el Tratado: “<i>todos los interesados pueden presentar propuesta</i>” igual que en la Ley colombiana. Se da en común la licitación como regla general en los dos casos. Plazos: Se presenta diferencia en los plazos de los dos procedimientos, pero el tema se abordará de manera puntual más adelante.
Licitación Selectiva: (art. 9.7 del Tratado)	No hay equivalente directo en la legislación colombiana.	Observaciones:
Concepto: “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” (art. 9.16 del Tratado) Se basa en una lista multiusos que consiste en una “<i>lista de proveedores que la entidad contratante ha determinado que satisfacen las condiciones de participación en esa lista y que la entidad contratante pretende utilizar más de una vez.</i>” (art. 9.16 del Tratado) Aparece previsto en el sistema de compras de la Organización Mundial del Comercio desde el ACP¹¹⁰ de la	Concepto: No existe un concepto concreto. Sin embargo, en el caso del Concurso de Méritos se hace presente el elemento, lista multiusos en una de sus formas (Ley 1150 de 2007 Art 2)¹¹². Si bien podría incluirse dentro de la Licitación Selectiva, no cabe afirmar que lo sea, por cuanto se restringe únicamente para la selección de consultores o elaboración de proyectos, dejando un amplio espacio para la satisfacción de las demás necesidades. Por lo que sólo queda acudir a las otras modalidades de contratación como es la Selección Abreviada y la Mínima Cuantía¹¹³. Desde la Selección Abreviada (art. 2 Ley 1150 de 2007) se intentó crear un punto intermedio entre la Contratación	En el método de Licitación Selectiva convergen elementos del Concurso de Méritos desde la precalificación y de la Selección Abreviada desde la simplificación de la licitación. La licitación selectiva se prevé para la adquisición de bienes de consumo¹¹⁸ a diferencia de la Selección Abreviada que es para Bienes de Características Técnicas Uniformes y de Común Utilización¹¹⁹, por lo que esa diferencia es el primer inconveniente a solucionar, pues hay bienes de capital que son de características técnicas uniformes y de común utilización que deben adquirirse por esta modalidad, evidenciándose una diferencia

¹⁰⁸ Organización Mundial del Comercio. 2013. El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP). [En línea] 2013. [Citado el: 06 de Noviembre de 2013.] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.

¹⁰⁹ Artículo VII numeral 3 literal (a) “*Las licitaciones públicas son aquellas en que todos los proveedores interesados pueden presentar ofertas*” **Organización Mundial del Comercio. 2013. El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP).** [En línea] 2013. [Citado el: 06 de Noviembre de 2013 .] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.

¹¹⁰ Artículo VII numeral 3 literal (b) “*Las licitaciones selectivas son aquellas en que, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo X y en las demás disposiciones pertinentes del presente Acuerdo,*



CUADRO 4		
Métodos de contratación (TLC) vs Modalidades de contratación (Estatuto)		
cual Estados Unidos es parte y Colombia es país observador. Protege la concurrencia de oferentes desde la publicación previa de las contrataciones futuras y de la lista multiusos. El criterio principal que permite adquirir los productos o mercancías por medio de la licitación selectiva, radica en la adquisición de bienes de consumo ¹¹¹ .	Directa y la Licitación pública. Se reglamenta por medio del Decreto 1510 de 2013, donde se prevén nuevos procedimientos para adquirir Bienes de Características Técnicas Uniformes y de Común Utilización caso de la Bolsa de Productos ¹¹⁴ , Acuerdo Marco de Precios ¹¹⁵ y la Subasta Inversa ¹¹⁶ , sin embargo se presentan inconsistencias por los procedimientos y la manera por la que se establece la modalidad.	irreconciliable entre los dos procedimientos. La selección abreviada no prevé dentro de su procedimiento ni la elaboración ni la publicación de una lista multiusos que permita disminuir los plazos de la licitación pública (o abierta). Hay causales de la Selección abreviada que podrían considerarse inermes frente al Tratado puesto

pueden presentar ofertas los proveedores a quienes la entidad invite a hacerlo” **Organización Mundial del Comercio. 2013. El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP).** [En línea] 2013. [Citado el: 06 de Noviembre de 2013 .] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.

¹¹² Afirma el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 haciendo referencia al Concurso de Méritos “*se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso*”.

¹¹³ Esta modalidad pierde relevancia para efectos del Tratado, pues al aplicársele un criterio netamente cuantitativo, está prevista para contrataciones cuyo valor no alcanzaría ninguno de los umbrales previstos, según el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011: “*La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas*”

¹¹⁸ Concepto de Bienes de Consumo y Capital: “*Los bienes de consumo son bienes que no buscan producir otros bienes o servicios. Un bien de consumo es aquel que se usa para satisfacer las necesidades específicas del último consumidor que lo demanda y lo adquiere.*” A diferencia de los bienes de capital que: “*son aquellos que tienen como fin producir o contribuir con la producción de otros bienes de consumo, por lo tanto, no satisfacen necesidades directamente sino indirectamente. Un ejemplo serían las máquinas, ya que su utilidad radica en ponerlas a trabajar para producir otros bienes.*” **Biblioteca Virtual del Banco de la República. 2005. Bienes-Ayuda de tareas sobre economía.** [En línea] Biblioteca Luis Angel Arango, 14 de Julio de 2005. [Citado el: 09 de Noviembre de 2013.] <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/econo12.htm>.

¹¹⁹ El artículo 2° numeral 2° literal (a) de la Ley 1150 de 2007 define los Bienes de Características Técnicas Uniformes y de común utilización como aquellos que: “*corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.*”

¹¹¹ Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) o en inglés “Government Procurement Agreement” de la Organización Mundial del Comercio OMC, ya definido en otro aparte del estudio. “*El GPA permite la licitación selectiva y, en circunstancias especiales, la licitación restringida y la negociación con los oferentes.*”

La licitación selectiva es aquella en la cual sólo podrán presentar ofertas los proveedores a quienes la entidad haya invitado a hacerlo, y podrán ser de dos tipos, con o sin listas permanentes de proveedores. Según el Tratado de Compras Públicas, la licitación selectiva queda justificada en los casos en los cuales la entidad promotora deba limitar el número de oferentes para asegurar el funcionamiento eficaz del sistema de contratación. En otras palabras, para determinados aprovisionamientos (como por ejemplo, compras de bienes de consumo), una licitación abierta daría lugar a la recepción de multitud de ofertas, cuyo estudio y valoración absorbería demasiado tiempo y recursos. En estas circunstancias, la licitación selectiva es permisible, siempre y cuando la selección de los proveedores se lleve a cabo por métodos justos y no discriminatorios.”



CUADRO 4		
Métodos de contratación (TLC) vs Modalidades de contratación (Estatuto)		
	Otra subclase de la Selección Abreviada es la Menor Cuantía , su criterio de uso es el presupuesto de la contratación y algunos aspectos de naturaleza ¹¹⁷ . (Art. 2 numeral 2 literal (a) Ley 1150 de 2007.)	que desde las excepciones establecidas en el artículo 9.14 se abarcan. Punto que se tratará al final del presente cuadro.
Contratación Directa	Contratación Directa y Selección abreviada de Menor Cuantía	Observaciones
Concepto: No aparece. Se establecen los presupuestos para su procedencia así: <i>“a) cuando, en respuesta a un aviso anterior de participación o invitación para participar, (i) ninguna oferta fue presentada; (ii) ninguna oferta que cumpliera con los requisitos esenciales exigidos en los documentos de licitación fue presentada; o (iii) ningún proveedor cumplió con las condiciones de participación; y la entidad no modifica sustancialmente los requisitos esenciales de la contratación pública;”</i> “	Concepto: No aparece. Dentro del procedimiento arriba estudiado de Selección Abreviada de Menor cuantía se prevé, una causal similar a la del art 9.8 del Tratado en el Decreto 1510 de 2013 así: <i>“Artículo 61. Contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto. La entidad estatal que haya declarado desierto una licitación puede adelantar el Proceso de Contratación correspondiente aplicando las normas del proceso de selección abreviada de menor cuantía, para lo cual debe prescindir de: a) recibir manifestaciones de interés, y b) realizar el sorteo de oferentes. En este caso, la entidad estatal debe expedir el acto de apertura del proceso de contratación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierto.”</i>¹²⁰	En la Contratación directa del Tratado se establecen supuestos que están contenidos en dos modalidades diferentes para la legislación colombiana como es la Contratación Directa y la Selección Abreviada.

¹¹⁴ Desde el Tratado se abordan las bolsas de productos desde el Mercado Básico de Productos desde la Contratación Directa.

¹¹⁵ El procedimiento empieza con varias compras por parte de la Agencia Colombia Compra Eficiente, en donde al determinar que productos de Características Técnicas Uniformes y de Común Utilización puede adquirir, realiza por orden de la norma (art 49 Dto 1510 de 2013) un proceso vía “Licitación” valga aclarar contradictorio, pues si Colombia compra eficiente va adquirir productos con características técnicas uniformes y de común utilización debe realizar es una Subasta Inversa, presentándose una contradicción dentro de la norma. Luego la Agencia publica en su página web un catálogo con productos en donde establece qué acuerdos marco ha realizado, obligando a las entidades del orden nacional remitirse a tal Acuerdo antes de establecer la modalidad de su compra. (Artículo 46 a 49 del Decreto 1510 de 2013).

¹¹⁶ Opera para la adquisición de productos de características técnicas uniformes y de común utilización, es una modalidad que consiste en la puja dinámica presencial o electrónica respecto del precio. Su procedimiento también reduce los términos de la licitación y tampoco se compadece ninguna modalidad del Tratado. (art 41 a 45 Decreto 1510 de 2013)

¹¹⁷ Caso de la prestación del servicio de salud (art. 60), y compras de empresas Industriales y Comerciales del Estado (art. 63), Contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto (art. 61), Contratación de entidades estatales dedicadas a la protección de derechos humanos y población con alto grado de vulnerabilidad (art. 64), Selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional (art. 65). Todos los anteriores reglamentados desde el Decreto 1510 de 2013.

¹²⁰ Ley 80 de 1993 *“La declaratoria de desierto de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.”*



CUADRO 4		
Métodos de contratación (TLC) vs Modalidades de contratación (Estatuto)		
(b) cuando una mercancía o servicio únicamente pueda ser suministrado por un proveedor particular y no exista una alternativa razonable o mercancía o servicio sustituto debido a cualquiera de las siguientes razones: (i) el requerimiento es para una obra de arte; (ii) la protección de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos, o información propietaria; o (iii) debido a la ausencia de competencia por razones técnicas;	Ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 4 literal (h): “Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales” Ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 4 literal (g) “Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado”	Convergen en el numeral (b) del tratado dos causales diferentes de contratación directa desde el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 como son la “prestación de servicios (...) para la ejecución de trabajos artísticos (...)” y la “No (...) pluralidad de oferentes” en el sentido que al ser un concepto tan amplio cabe incluir los numerales (ii) (patentes) y (iii) (razones técnicas) del Tratado, entre otros supuestos en el incluidos.
“(c) para entregas adicionales de mercancías o servicios por parte del proveedor original que tengan por objeto ser utilizados como repuestos, ampliaciones o continuidad del servicio del equipo existente, software, servicios o instalaciones, cuando un cambio de proveedor obligaría a la entidad contratante a contratar mercancías o servicios que no cumplan con los requisitos de compatibilidad con el equipo, software, los servicios o las instalaciones existentes”;	Ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 4 literal (g) “Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado”	Esta causal no aparece contemplada específicamente dentro del sistema de compras colombiano. Sin embargo podrían tomarse los adicionales a los contratos como una institución parecida y la No pluralidad de oferentes también.
“(d) para mercancías adquiridas en el mercado de productos básicos”;	Este supuesto de manera estricta no se regula dentro de las causales de contratación directa previstas por la norma en Colombia. Los mercados básicos de productos se regulan desde la Selección Abreviada de Menor Cuantía desde el artículo 50 al 58 del Decreto 1510 de 2013 en donde se definen y se establecen algunas de sus reglas, remitiéndose a las reglas de cada bolsa en particular¹²¹.	Como se acredita es habitual encontrar supuestos de hecho contemplados desde métodos de contratación distintos.
“(e) cuando una entidad contratante adquiere un prototipo o una primera mercancía o servicio que es	Ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 4 literal (e) “Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y	Podría considerarse concordante lo incluido en el Tratado respecto de la legislación colombiana, sin

¹²¹ Este procedimiento se adelanta al margen de los procedimientos de contratación, pues una vez la entidad decide adquirir un bien o servicio de Características Técnicas Uniformes y de Común Utilización, entra a aplicar el régimen correspondiente a la Bolsa de Productos en donde se pretenda adquirir. Bien indica el artículo 50 del Decreto 1510 de 2013 sobre la Bolsa de Productos que: “Régimen aplicable. Además de lo previsto en el Decreto número 2555 de 2010 y las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan y los reglamentos internos de las bolsas de productos, las siguientes disposiciones son aplicables a la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en bolsas de productos.” Cabe aclarar que el Decreto 2555 de 2010 hace referencia a: “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.”



CUADRO 4		
Métodos de contratación (TLC) vs Modalidades de contratación (Estatuto)		
desarrollado a solicitud expresa de dicha entidad, en el curso de, y para, un contrato particular de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original. Para mayor certeza, una vez cumplido dicho contrato, la adquisiciones posteriores de las mercancías o servicios estarán sujetas a los artículos 9.4 al 9.7 y 9.9”; “(f) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de extrema urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevistos por la entidad contratante, no se pueda obtener las mercancías o servicios a tiempo, mediante procedimientos consistentes con los artículos 9.4 al 9.7 y el uso de esos procedimientos podría ocasionar un grave perjuicio para la entidad contratante o la Parte correspondiente;” “(g) cuando servicios adicionales de construcción que no fueron incluidos en el contrato inicial, pero que figuraban dentro de los objetos de la documentación original de licitación y que debido a circunstancias imprevistas, resulten necesarios para completar los servicios de construcción descritos en dicho contrato. En tales casos, el valor total de los contratos adjudicados para dichos servicios adicionales de construcción no excederá el 50 por ciento del monto del contrato inicial.”	tecnológicas” Complementado por el Decreto 1510 de 2013 artículo 79. “Contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. La contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas debe tener en cuenta la definición contenida en el Decreto-ley 591 de 1991 y las demás normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.” Ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 4 literal (a) Urgencia manifiesta. Decreto 1510 de 2013 artículo 74. Declaración de urgencia manifiesta. “Si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la entidad estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos” Este supuesto de manera estricta no se regula dentro de las causales de contratación directa previstas por la norma en Colombia. Se hace presente una modalidad de Contratación directa que no esta prevista en el Tratado como es la Interadministrativa, incluida desde la Ley 1150 de 2007 artículo 2 numeral 4, literal (c), reglamentada por el Decreto 1510 de 2013, en su artículo 76¹²².	embargo el Acuerdo es más específico que la norma contractual nacional. Concuerdan aunque el Tratado hace referencia específica imprevisibilidad del acontecimiento, por lo que la categoría del Capítulo del Tratado es más restrictiva. Sin embargo, en la legislación colombiana aparecen contemplados los imprevistos desde los contratos adicionales¹²³. Ahora, de manera específica y organizada no se regulan las adiciones, pero a través del Estatuto se realizan pequeñas menciones a la institución principalmente desde Ley 80 de 1993¹²⁴. De manera específica se prohíbe en el segundo inciso del parágrafo del artículo 4º que: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales” preocupa en este sentido que los adicionales, en Colombia estén previstos más allá de los servicios de la construcción (obra Pública), por lo que se presenta una inconsistencia flagrante entre el Estatuto en Colombia y el Tratado.

¹²² Decreto 1510 de 2013, artículo 76: “Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre entidades estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 73 del presente decreto.”



CUADRO 4		
Métodos de contratación (TLC) vs Modalidades de contratación (Estatuto)		
Excepciones a la aplicación del capítulo de compras públicas artículo 9.14	Régimen legal colombiano relacionado con las excepciones	Observaciones
<i>“se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas:</i> <i>“(a) necesarias para proteger la moral, la seguridad o el orden públicos;”</i>	Desde la Selección Abreviada de Menor Cuantía¹²⁵ y la Contratación Directa¹²⁶ se incluyen dos listados taxativos de supuestos (bienes, servicios y servicios de la construcción) en donde aquellas adquisiciones	En este caso, desde la legislación colombiana solo se abarca lo correspondiente a la seguridad y orden público, pues el concepto de moral no aparece incluido de manera directa en los listados.

¹²³ Concepto adición desde la jurisprudencia: “Solamente habrá verdadera “adición” a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato” **MONTES DE ECHEVERRY, SUSANA . 2002. Contratos Estatales de Obra. Adición del Contrato y Contratos Adicionales: límites.** 1439. s.l. : Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, 2002.

¹²⁴ Apartes de Ley 80 de 1993 donde se mencionan las adiciones: (art 5 numeral 3) “Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”, (art. 16) “De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios” (art 16) “De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios” (art. 22) “En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizados, los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán, igualmente los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración” (art. 27) “Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.” Ley 1150 de 2007 (art 31) “los procesos de contratación en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación. Los contratos o convenios a que se refiere el artículo 20 de la presente ley que se encuentren en ejecución al momento de su entrada en vigencia, continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos.”

¹²⁵ Desde el artículo 65 del Decreto 1510 de 2013 se regula lo correspondiente así: “Selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional. Las entidades estatales que adquieren bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para las siguientes categorías: (...)”

¹²⁶ Desde el artículo 68 del Decreto 1510 de 2013 se regula lo correspondiente así “Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición. Las entidades estatales no están obligadas a publicar los documentos del proceso para adquirir bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que requieren reserva. En estos procesos de contratación la adquisición debe hacerse en condiciones de mercado sin que sea necesario recibir varias ofertas. Los siguientes bienes, obras y servicios requieren reserva para su adquisición: (...)”



CUADRO 4		
Métodos de contratación (TLC) vs Modalidades de contratación (Estatuto)		
	<i>"bienes y servicios para la Defensa y Seguridad Nacional". Se adelanten evitando la Licitación pública.</i>	
<i>"(b) necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal;"</i>	En este sentido la Selección Abreviada de Menor Cuantía regula lo correspondiente a los servicios de salud desde el Decreto 1510 de 2013 así: <i>"Artículo 60. Contratos de prestación de servicios de salud. La entidad estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces."</i>	El contenido del Acuerdo hace referencia a <i>"medidas necesarias"</i> mientras que la Selección Abreviada las plantea de manera definitiva y constante. Así las cosas habría que repensar la manera como se adquieren los servicios de salud. Por otro lado no aparece mención alguna respecto de la vida y salud animal o vegetal. Aunque cabría declarar que desde la Urgencia Manifiesta podrían adquirirse de manera directa productos en el caso de que haya un riesgo personal animal o vegetal.
<i>(c) necesarias para proteger la propiedad intelectual; o"</i>	En este caso hay cierta relación con la Contratación Directa por No Pluralidad de oferentes por cuanto se protege la propiedad intelectual.¹²⁷	
<i>"(d) relacionadas con mercancías o servicios de personas discapacitadas, de instituciones filantrópicas o del trabajo penitenciario."</i>	En este caso convergen dos causales; de la Selección Abreviada de Menor Cuantía; la primera a partir del artículo 64 del Decreto 1510 de 2013, donde se abordan las personas con un alto grado de vulnerabilidad¹²⁸ y en segundo lugar el trabajo penitenciario desde la Contratación Directa del sector reserva que en el artículo 65 numeral 4 tales productos¹²⁹.	

¹²⁷ La no pluralidad cabe en este supuesto también, pues el artículo 80 del Decreto 1510 de 2013, hace mención expresa a la titularidad de derechos de propiedad industrial o de autor así: *"Artículo 80. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. Estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación."*

¹²⁸ Cita el profesor Karlos Perez de Armiño a Chambers, R. (1989), "Vulnerability, Coping and Policy", en IDS Bulletin, vol. 20, n° 2 (monográfico: Vulnerability: How the Poor Cope), Institute of Development Studies, University of Sussex, Brighton (Inglaterra), abril, pp. 1-7. al construir el concepto de vulnerabilidad así "la exposición a contingencias y tensión, y la dificultad para afrontarlas. La vulnerabilidad tiene por tanto dos partes: una parte externa, de los riesgos, convulsiones y presión a la cual está sujeto un individuo o familia; y una parte interna, que es la indefensión, esto es, una falta de medios para afrontar la situación sin pérdidas perjudiciales. **PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos. 2005.** Diccionario de Acción Humanitaria. [En línea] Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional (Hegoa), 2005. [Citado el: 10 de Noviembre de 2013.] <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/228>.

¹²⁹ Decreto 1510 de 2013, artículo 65, numeral 4 *"Los elementos necesarios para mantener el orden y la seguridad en los establecimientos de reclusión nacional del sistema penitenciario y carcelario colombiano, tales como sistemas de seguridad, armas y equipos incluyendo máquinas de rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás"*.



Es importante resaltar que los procedimientos del Tratado se identifican con el Acuerdo de Compras Públicas de la Organización Mundial del Comercio en lo que a la Licitación pública y selectiva se refiere, por lo que la contratación directa más que considerarse un procedimiento es simplemente la excepción a los otros dos métodos.

En el cuadro anterior, el criterio de comparación consistió en el análisis a los Métodos de Contratación, conocidos como Modalidades en Colombia. Las diferencias más significativas consistieron en que existen métodos incluidos en el Tratado no previstos en el Régimen de contratación colombiano y viceversa. Caso del método de la Licitación Selectiva principalmente. El problema de que dicho método no exista en Colombia, trasciende de su simple denominación; pues muchos de los procedimientos contenidos en el Tratado, simplemente no existen, por lo que no se pueden aplicar. Lo mismo ocurre con Métodos o Modalidades existentes en el Estatuto General de Contratación colombiano y que simplemente no se integran en el Tratado. Caso de la Selección Abreviada de Menor Cuantía, el Concurso Público de Méritos¹³⁰, y la Contratación Directa, que más que un método es la excepción a ellos. Poniendo en riesgo el equilibrio institucional, por cuanto se encuentran vigentes compromisos que no es posible cumplir por la incompatibilidad de los dos sistemas.

1.2.1 Plazos y Trámites de Publicación

Dos instituciones que se interrelacionan respecto de la participación desde el Tratado, corresponden al plazo para la entrega de las ofertas y a la publicación de la información para presentarse a contratar. Dicha relación es inversamente proporcional. Por cuanto, entre más tiempo esté disponible la información de la

¹³⁰ Cabe aclarar que este procedimiento incluye una lista de precalificación igual que la Licitación Selectiva. Aunque la esencia del procedimiento es incomparable con el Tratado, presentando también contradicción.



contratación, es decir, publicada, menos serán los plazos otorgados para allegar la oferta.

Por lo anterior, primero se entrarán a abordar de manera separada los plazos para entregar las ofertas. Es importante acotar que en el caso del Tratado, los plazos no dependen del método o modalidad de contratación sino de la anticipación con que el contratista conoció sobre la contratación, a diferencia del Estatuto General de Contratación donde depende de la modalidad, poniendo en evidencia aun más las diferencias en la manera como están concebidos los dos sistemas.

La primera publicación que interviene con los plazos se aborda en el Tratado dentro de su artículo 9.3 del Capítulo IX. denominada *“Aviso de Contratación Futura”*. Es una publicación obligatoria¹³¹ que debe hacer cada entidad cubierta por el Tratado, ya sea por medios electrónicos o impresos de amplia circulación, con la siguiente información mínima¹³² según el numeral 2 del mencionado artículo así:

- A) *“el nombre y dirección de la entidad contratante y cualquier otra información que sea necesaria para contactar a la entidad y obtener toda la documentación relevante relacionada con la contratación pública; y, de ser el caso, el monto que deba pagarse por los documentos de contratación;*
- B) *una descripción de la contratación pública, incluyendo la naturaleza y, si se sabe, la cantidad de mercancías o servicios a ser contratados, y cualquier condición de participación;*
- C) *períodos para la entrega de las mercancías o servicios a ser contratados o la duración del contrato;*
- D) *el método de contratación que se utilizará y si se realizará negociaciones;*

¹³¹ Se exceptúa la Contratación Directa

¹³² Es importante tener presente que para el caso de la Licitación selectiva el artículo prevé *“solicitudes para participar en la contratación pública”* en lugar de avisos, lo que es muy lógico, atendiendo a que los proveedores se seleccionan de la lista multiusos antes analizada.



- E) la dirección y plazos para la presentación de ofertas y, cuando sea apropiado, los plazos para la entrega de una solicitud para participar en una contratación pública; y*
- F) una indicación de que la contratación pública está cubierta por este Capítulo”.*

Este aviso puede equipararse al que se reglamentó desde el Decreto 1510 de 2013 en el artículo 21 en donde los requisitos mínimos establecidos en el Tratado se aparejan¹³³.

El segundo tipo de publicación se establece como opcional para las partes. Pues el artículo 9.4 del Capítulo IX del Tratado, deja abierta la posibilidad de realizar “*Avisos Sobre Planes de Contratación Futura*”. Éstos corresponden a publicaciones por medios electrónicos o impresos de amplia circulación, que deben contener como mínimo el objeto de cada contratación pública planificada y la fecha estimada de la publicación del aviso de contratación futura para que tenga efecto.

¹³³ Artículo 21. 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 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.



Ahora, existe compatibilidad frente al Aviso Sobre Planes de Contratación Futura y el ordenamiento colombiano. Ya que desde el Decreto 1510 de 2013 (Art 4 a 7) se incluyó el deber de elaborar un Plan Anual de Adquisiciones que debe publicarse en la web de la entidad y en el Sistema Electrónico para la Contratación Estatal, cuyo contenido se circunscribe a lo siguiente desde el artículo 4 del Decreto así: *“La lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación (...)”* Por lo que desde el mencionado Decreto aparece un procedimiento equivalente, disponiendo el procedimiento para lo establecido en el Tratado.

Antes de proceder a analizar los plazos de manera específica, es necesario tener en cuenta que para efectos del Tratado, estos se establecieron de corrido o calendario¹³⁴, mientras que para el Estatuto General de Contratación estos se toman principalmente hábiles.¹³⁵ Otro aspecto más que deben tener en cuenta los operadores de la norma para efectos de aplicar lo acordado adecuadamente. Por otro lado, los plazos se cuentan desde la fecha de publicación del aviso o desde la invitación a los proveedores en el caso de la Licitación Selectiva.

¹³⁴ En el Capítulo Primero del Tratado en la Sección B (Definiciones Generales), artículo 1.3 (Definiciones de Aplicación General) se establece la definición de días así: *“significa días calendario”*.

¹³⁵ Si la norma o contrato no establecen de manera específica si los plazos son hábiles o calendario, estos se entenderán hábiles o laborales. Desde lo establecido en la Ley 4 de 1913 así: *“Artículo 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”*



Entrando a abordar específicamente los plazos, el primero de ellos y más largo establece 40 días calendario o su equivalente promedio¹³⁶ de 29 días hábiles sin contar festivos.

Éste plazo es la regla general respecto de los oferentes interesados en participar en una contratación. Sin embargo, podrá ser reducido previo cumplimiento de las publicaciones o envíos correspondientes, como ya se explicó.

El segundo plazo contenido en el Tratado, hace referencia a 30 días calendario o su equivalente promedio 21 días hábiles sin contar festivos.

Éste plazo es la primera posibilidad de reducción por parte de las entidades para lo cual deben cumplir con dos requisitos:

- Haber realizado el Aviso de Contratación Futura
- A la vez que se realiza el Aviso de Contratación Futura, se provean los documentos de contratación por medio electrónico¹³⁷.

El último plazo y más corto hace referencia a 10 días calendario o su equivalente promedio de 8 días hábiles. Éste plazo es la segunda posibilidad de reducción por parte de las entidades para lo cual deben cumplir con lo siguiente:

- Haber publicado el Aviso de Contratación Pública Planificada.
- Publicar un aviso separado¹³⁸ con una anticipación de no menos de 40 días calendario, ni más de 12 meses de anticipación¹³⁹.

¹³⁶ Se hace referencia a un promedio por cuanto al enfrentar los días calendario con los hábiles, estos últimos dependerán si la cuenta empieza desde el lunes o el viernes restando dos días en el último caso.

¹³⁷ En este punto vale la pena manifestar que el formato PDF u equivalentes, son unos medios electrónicos que NO facilitan la presentación de las ofertas, por su grado de seguridad. Por lo que se recomendaría aclarar que se debe facilitar en medio electrónico manipulable como formatos procesadores de texto.

¹³⁸ El artículo 9.5 numeral 4 literal (a) del Tratado establece los requisitos precisos del aviso como son: “(...) una descripción de la contratación pública, los plazos relevantes para la presentación de ofertas o, cuando



- Los productos deben ser comerciales.
- Una situación de urgencia debidamente justificada que imposibilite el cumplimiento de los plazos.

En conclusión, el presente es un plazo excepcional, evitando que las entidades apelen a su uso de manera constante por la cantidad de requisitos que reúne.

Ahora, para efectos ilustrativos se pondrán en perspectiva los plazos del Tratado respecto de los plazos mínimos establecidos en los métodos de contratación o modalidades para la entrega de ofertas.

CUADRO 5			
Plazos del Tratado	Plazo Licitación Pública	Plazo Selección Abreviada	Concurso de méritos
1. 40 días calendario	10 días hábiles publicación información inicial ¹⁴⁰ .	5 días hábiles publicación información inicial ¹⁴¹ .	5 días hábiles publicación información inicial ¹⁴² .
2. 30 días calendario	10 días hábiles para entrega de ofertas.	5 días hábiles para entrega de ofertas.	5 días hábiles para entrega de ofertas.
3. 10 días calendario	Total 20 días hábiles Hasta 28 días calendario	Total 10 días hábiles Hasta 14 días calendario	Total 10 días hábiles Hasta 14 días calendario
Como se acredita los plazos establecidos para las modalidades previstas en Colombia no concuerdan con los plazos previstos en el Tratado, pues no se debe olvidar que el plazo mínimo de 10 días es excepcional, y recurre a un gran número de requisitos, calificando su uso hasta el punto de una urgencia.			

Por último, respecto de los plazos se pondrá de presente el inconveniente relativo al gran número de Tratados que Colombia ha suscrito y ratificado con otros países, y que en efecto incluyen términos correspondientes a las compras públicas, cada instrumento con particularidades únicas respecto de trámites

sea apropiado, las solicitudes para la participación en una contratación pública, y la dirección donde se pueda obtener la documentación relativa a la contratación pública”

¹³⁹ En el caso de la licitación pública y de la Selección Abreviada se puede tomar como el aviso separado la publicación del proyecto de pliego de condiciones previsto en los artículos, pues cumple con los requisitos previstos al contener toda la información de la contratación.

¹⁴⁰ Este procede luego de la publicación del aviso de convocatoria, estudios previos y proyecto de pliego de condiciones en el medio correspondiente.

¹⁴¹ Este procede luego de la publicación del aviso de convocatoria, estudios previos y proyecto de pliego de condiciones en el medio correspondiente.

¹⁴² Este procede luego de la publicación del aviso de convocatoria, estudios previos y proyecto de pliego de condiciones en el medio correspondiente.



modalidades y plazos¹⁴³. Complicando cada vez más el ejercicio contractual hasta el punto de tener que incluir artículos en donde se traslade al funcionario la responsabilidad de decidir el plazo menos gravoso¹⁴⁴ para cumplir con la totalidad de los acuerdos, tarea que a todas luces se convierte en un riesgo jurídico para la Nación.

A propósito de los Tratados de Libre Comercio suscritos en Suramérica¹⁴⁵, al hacer un análisis selectivo respecto de las modalidades y plazos de algunos acuerdos vigentes adoptados por Colombia y publicados en la página web del Ministerio de Comercio Industria y Turismo,¹⁴⁶ se identifica mayor dispersión y diferencias respecto de los métodos o modalidades y plazos.

- a. TLC COLOMBIA MÉXICO: El primer inconveniente detectado hace referencia a que los plazos varían según una descripción de modalidades que no coinciden con las establecidas en la ley 80 de 1993 ni Ley 1150 de 2007.

Licitación Abierta: No puede ser inferior a 40 días.

¹⁴³ En la Página del Ministerio de Comercio Industria y Turismo aparecen delimitados los acuerdos contabilizando hasta el momento trece vigentes. **Ministerio de Comercio Industria y Turismo de Colombia. 2013.** Acuerdos Comerciales y de Inversión . [En línea] Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia., 5 de Noviembre de 2013. [Citado el: 11 de Noviembre de 2013.] <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=5398>.

¹⁴⁴ Decreto 1510 de 2013 “*Artículo 148. Cronograma del proceso de contratación. Cuando el proceso de contratación está sometido a uno o varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe elaborar el cronograma de acuerdo con los plazos previstos en dichos Acuerdos Comerciales.*

Artículo 149. Concurrencia de varios acuerdos comerciales. Si un mismo proceso de contratación está sometido a varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la totalidad de los compromisos previstos en los Acuerdos Comerciales.”

¹⁴⁵ “Respecto a los tratados de libre comercio suscritos en nuestro continente, el tema de compras del Estado se ha incluido solo en los más recientes acuerdos, cuyo exponente principal es el TLCAN, y siguiendo este modelo, los tratados de libre comercio entre México, Venezuela y Colombia” **OÑATE ACOSTA, Tatiana.** Compras Públicas y TLC. [aut. libro] Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá. *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio.* Bogotá D.C: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.

¹⁴⁶ **Ministerio de Comercio Industria y Turismo de Colombia. 2013.** Acuerdos Comerciales y de Inversión . [En línea] Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia., 5 de Noviembre de 2013. [Citado el: 11 de Noviembre de 2013.] <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=5398>.



Licitación Selectiva (en Colombia no existe): No puede ser inferior a 25 días.

Licitación Restringida (en Colombia no existe): No aparece plazo.

- b. TLC COLOMBIA – CHILE: Se debe dar un plazo mínimo de 10 días.
- c. TLC COLOMBIA - ASOCIACIÓN EUROPEA DE LIBRE COMERCIO (AELC - EFTA): El primer inconveniente detectado hace referencia a que los plazos varían según una descripción de modalidades que no coinciden con las establecidas en la ley 80 de 1993 ni Ley 1150 de 2007.

Licitación Pública (En TLC con México le dicen abierta): No puede ser inferior a 40 días.

Licitación Selectiva (en Colombia no existe): No puede ser inferior a 25 días.

- d. TLC COLOMBIA – CANADÁ: El primer inconveniente detectado hace referencia a que los plazos varían según una descripción de modalidades que no coinciden con las establecidas en la ley 80 de 1993 ni Ley 1150 de 2007.

Licitación Pública (En TLC con México le dicen abierta): No puede ser inferior a 40 días.

Lista de Uso Múltiple (en Colombia sólo hace referencia al Concurso de Méritos pero en este TLC se toma abierta) Depende de las publicaciones previas realizadas por la entidad y pueden llegar a reducirse hasta a cinco días calendario.

Ahora, para solucionar las diferencias entre los Tratados suscritos por el Gobierno de Colombia, la Agencia de compras, Colombia Compra Eficiente¹⁴⁷ implementó

¹⁴⁷ El único inconveniente detectado a la nueva forma de concebir las compras públicas en Colombia, desde la Agencia de Compras Colombia Compra Eficiente, parte desde la expedición del mismo Decreto 1510 de 2013 reglamentario de la Ley 80 de 1993, puesto que se dejó al mencionado organismo la obligación de



un manual en donde se extractan algunos aspectos comunes de los Tratados,¹⁴⁸ ayudando al funcionario público en la tarea para la aplicación de los mismos, a través de la aplicación de tres reglas principalmente.

La primera regla hace referencia a la inclusión, sea expresa o tacita del organismo en el Tratado¹⁴⁹, la segunda regla acude al umbral acordado para la aplicación del instrumento con relación al presupuesto asignado por la entidad para la contratación¹⁵⁰ y la tercera regla hace referencia a las excepciones específicas acordadas. Sin embargo, si bien el manual otorga una guía al funcionario, en el contenido del mismo texto se recomienda acudir directamente a la fuente o sea el texto del Tratado¹⁵¹, aspecto que se considera un mensaje confuso por cuanto si el mismo manual desarrolla de manera específica las tres reglas, no debería ser

definir aspectos sustanciales y procedimentales a través de manuales llegando a contradecir inclusive su norma de creación; el Decreto 4170 de 2011 que solo tomó al organismo para efectos de unificación de políticas apoyo técnico, administración del SECOP y difusión normativa. El riesgo asumido por el Gobierno radica en dejar en manos de una Unidad Administrativa Especial la posibilidad de regular el ejercicio contractual colombiano autorizado por el congreso desde la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 al autorizar al Gobierno reglamentar materias que la Agencia está reglamentando a través de sus manuales desde el artículo 1º del Decreto 1510 de 2013 así: “*Objetivos del Sistema de Compras y Contratación Pública. Las Entidades Estatales deben procurar el logro de los objetivos del sistema de compras y contratación pública definidos por Colombia Compra Eficiente.*”. entre otras normas que específicamente dejan al Organismo la tarea de reglamentar materias particularmente.

¹⁴⁸ **Agencia de Compras "Colombia Compra eficiente"**. Colombia Compra Eficiente. [En línea] 27 de Noviembre de 2013. [Citado el: 13 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf

¹⁴⁹ Regla 1: “*Si la Entidad Estatal no hace parte de las Entidades Estatales incluidas en el Acuerdo Comercial, el Proceso de Contratación no está cubierto por este y en consecuencia, no es necesario hacer análisis adicional alguno*” **Agencia de Compras "Colombia Compra eficiente"**. Colombia Compra Eficiente. [En línea] 27 de Noviembre de 2013. [Citado el: 13 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf

¹⁵⁰ Regla 2: “*Si la Entidad Estatal está incluida en el Acuerdo Comercial y el presupuesto oficial del Proceso de Contratación es inferior al valor a partir del cual el Acuerdo Comercial es aplicable, el Proceso de Contratación no está cubierto y en consecuencia, no es necesario hacer análisis adicional alguno.*” **Agencia de Compras "Colombia Compra eficiente"**. Colombia Compra Eficiente. [En línea] 27 de Noviembre de 2013. [Citado el: 13 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf

¹⁵¹ “*Sin embargo, Colombia Compra Eficiente recomienda a cada Entidad Estatal revisar el texto de los Acuerdos Comerciales y sus anexos, los cuales de forma general incluyen: (i) una lista de las Entidades Estatales obligadas por el Acuerdo Comercial; (ii) los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al Proceso de Contratación; y, (iii) las excepciones a la aplicación del Acuerdo Comercial según lo que la Entidad Estatal quiera contratar.*” **Agencia de Compras "Colombia Compra Eficiente"**. Colombia Compra Eficiente. [En línea] Gobierno en Línea, 27 de Noviembre de 2013. [Citado el: 13 de Febrero de 2014.]

http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf.



necesario acudir a los acuerdos, los cuales son todos distintos y complejos entre sí. A menos claro está, que el manual presente las mismas ligerezas encontradas desde las obligaciones del Capítulo IX del Tratado principalmente abordado en el presente trabajo.

En tal sentido es importante tener presente que el documento no hace mención alguna respecto de las inconsistencias existentes entre la legislación colombiana y los acuerdos, particularmente el de Libre Comercio con Estados Unidos, por el contrario, al intentar unificar los plazos, acude a los Bienes de Características Técnicas Uniformes y de Común Utilización, característica que desde el Acuerdo con los Estados Unidos no es relevante para efectos de reducir los términos y aun menos, respecto de las diferencias en las modalidades de contratación o métodos antes detectadas¹⁵². Lo mismo ocurre al hacer referencia a la cobertura referente a la regla uno, en donde al abordar a las entidades cubiertas del Nivel Nacional el manual hace referencia a “la mayoría” sin ofrecer certeza de lo allí contenido¹⁵³.

1.2.2 Análisis frente a Aspectos Procedimentales Generales **Contenidos en el Tratado**

Por medio del siguiente cuadro se analizarán aspectos procedimentales generales que se encuentran dispersos a través del Capítulo IX del Tratado, para ubicar su equivalente dentro del Sistema de Compras Públicas Colombiano y de esa manera hacer referencias a las inconsistencias en el caso de existir.

¹⁵² Esta unificación aparece en el cuadro explicativo de los plazos en la página 11 del manual. **Agencia de Compras "Colombia Compra Eficiente**. Colombia Compra Eficiente. [En línea] Gobierno en Línea, 27 de Noviembre de 2013. [Citado el: 13 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf.

¹⁵³ “La mayoría de las Entidades Estatales del nivel nacional están obligadas por los Acuerdos Comerciales. De forma general están incluidos los Ministerios; los Departamentos Administrativos; las Superintendencias; los Establecimientos Públicos; las Unidades Administrativas Especiales; las Ramas Judicial y Legislativa; los Órganos de Control y la Organización Electoral.” **Agencia de Compras "Colombia Compra Eficiente**. Colombia Compra Eficiente. [En línea] Gobierno en Línea, 27 de Noviembre de 2013. [Citado el: 13 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf.



CUADRO 6		
DISPOSICIONES DEL TRATADO	RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO	OBSERVACIONES
ACCESO A LA NORMATIVIDAD Y DEMÁS PRONUNCIAMIENTOS		
Artículo 9.3 (PUBLICACIÓN DE MEDIDAS PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA) "1. Cada Parte deberá publicar oportunamente la siguiente información relativa a una contratación pública cubierta, y toda modificación o adición a esta información, ya sea por medios electrónicos o impresos de amplia difusión y de fácil acceso para el público: (a) Leyes, reglamentos, y procedimientos; y (b) Sentencias judiciales y decisiones administrativas de aplicación general".	No se regula o reglamenta nada actualmente al respecto	Se encuentra complejo aplicar esta disposición atendiendo al grado de dispersión de las normas que regulan el sistema de compras públicas en Colombia puesta de presente a través del presente estudio. Pues si bien las Leyes y los Decretos se publican en el Diario Oficial y las sentencias judiciales en la relatorías de las Altas Cortes. Existen pronunciamientos administrativos que aun no se unifican. Para efectos ilustrativos se hace remisión al capítulo segundo, numeral 2.2 del presente documento, relativo a las normas de origen, en donde la ambigüedad de la certificación de Origen de los Bienes se resuelve a través de un pronunciamiento cuya publicación no fue de amplia circulación como allí se acredita.
ADENDOS (MODIFICATORIOS A LAS CONDICIONES ANTES DEL CIERRE Y ENTREGA DE OFERTAS)		
Artículo 9.5 (PLAZOS PARA LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS) "5. Una entidad contratante requerirá que todos los proveedores participantes presenten sus ofertas de conformidad con una fecha límite común. Para mayor certeza, este requisito también se aplica cuando: (a) como resultado de la necesidad de enmendar la información entregada a los proveedores durante el proceso de contratación pública, la entidad contratante extienda el plazo para la calificación o los procedimientos de licitación; o (b) en el caso de negociaciones, estas negociaciones concluyan y los oferentes puedan presentar nuevas ofertas"	Decreto 1510 de 2013 artículo 25. Modificación de los pliegos de condiciones. "La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas. La Entidad Estatal puede expedir adendas para modificar el cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato. La Entidad Estatal debe publicar las adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación".	Respecto del literal b, cabe manifestar que la normatividad colombiana no prevé negociaciones de ningún tipo respecto de la Licitación Pública, la selección abreviada o el concurso de méritos, por lo que dicho aparte no aplica respecto del sistema de compras actualmente vigente.



CUADRO 6		
DISPOSICIONES DEL TRATADO	RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO	OBSERVACIONES
CONDICIONES EN LA RECEPCIÓN DE OFERTAS		
Artículo 9.9 (TRATAMIENTO DE LAS OFERTAS Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS) <i>“1. Una entidad contratante recibirá y abrirá todas las ofertas bajo procedimientos que garanticen la igualdad e imparcialidad del proceso de contratación pública. 2. Una entidad contratante le dará trato confidencial a las ofertas, al menos hasta la apertura de las mismas. En especial, la entidad contratante evitará proporcionar información a los proveedores que pudiera perjudicar la competencia justa entre proveedores.”</i>	No se regula o reglamenta nada actualmente al respecto	Este procedimiento se reglamentaba desde el Decreto 734 de 2012 ¹⁵⁴ pero fue derogado por el Decreto 1510 de 2013, ahora debe pasar a ser regulado por la Agencia de Compras Colombia Compra Eficiente o dejar al arbitrio del operador jurídico el cumplimiento de esta obligación.
SUBSANABILIDAD		
Artículo 9.9 (TRATAMIENTO DE LAS OFERTAS Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS) <i>“3. Cuando una entidad contratante proporcione a los proveedores la oportunidad de corregir cualquier</i>	No se regula o reglamenta nada actualmente al respecto	Este supuesto se contemplaba desde el Decreto 734 de 2012 ¹⁵⁵ y se desarrollaba jurisprudencialmente ¹⁵⁶ . En este momento ya no se encuentra reglamentación al respecto.

¹⁵⁴ Decreto 734 de 2012, artículo 2.2.5 Parágrafo 5°. *“La entidad no proporcionará información a terceros sobre el contenido de las propuestas recibidas antes del cierre del proceso contractual. Para tal efecto, las propuestas y todos los documentos que las acompañen deben entregarse en sobres cerrados a la entidad y sólo hasta cuando se venza el término para su entrega se pueden abrir en acto público, de lo cual se dejará constancia en el acta de cierre para examinar de manera general su contenido. Lo anterior, sin perjuicio de las reglas particulares que sobre la subasta inversa, el concurso de méritos y la mínima cuantía se disponen en el presente decreto.*

La entidad dejará constancia en el acta de cierre de las propuestas que no se entreguen en las condiciones indicadas en el inciso anterior, así como, si alguna de ellas hubiera sido abierta con anterioridad al cierre. En este último evento, la entidad deberá declarar desierto el proceso contractual.”

¹⁵⁵ Decreto 734 de 2012, artículo 2.2.8. Reglas de subsanabilidad. *“En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.*

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.”

¹⁵⁶ En cuanto al desarrollo jurisprudencial se presentaba una contradicción entre dos pronunciamientos del Consejo de Estado que determinan criterios distintos de subsanabilidad.



CUADRO 6		
DISPOSICIONES DEL TRATADO	RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO	OBSERVACIONES
error involuntario de forma entre el período de apertura de las ofertas y la adjudicación del contrato, la entidad deberá dar la misma oportunidad a todos los proveedores participantes”		
PETICIONES		
Artículo 9.6 (INFORMACIÓN SOBRE CONTRATACIONES PÚBLICAS FUTURAS) “2. Una entidad contratante responderá sin demora a toda solicitud razonable de información presentada por los proveedores que participan en una contratación pública cubierta, siempre que la entidad no ponga a disposición información que le dé al proveedor solicitante una ventaja sobre sus competidores en la contratación pública específica.” Artículo 9.7 (CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN) “6. Cuando un proveedor solicita participar en una contratación pública cubierta, una entidad contratante deberá informar sin demora a dicho proveedor acerca	Dentro del proceso de contratación se otorgan dos plazos en particular para discutir aspectos de las condiciones de la contratación. 1. PLAZO ANTES DE LA APERTURA, Corresponde a observaciones al Proyecto de Condiciones¹⁵⁷ y observaciones al pliego de condiciones, las cuales se dan en una audiencia obligatoria. 2. PLAZO DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN. En la licitación las observaciones a la evaluación de requisitos, se resuelven principalmente en audiencia. En el caso de la Selección Abreviada puede ser así aunque no es obligatorio como en la licitación.¹⁵⁸	Estas disposiciones particularmente hacen referencia al derecho a la información regulado desde el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, en cuanto a las entidades estatales y privadas, en el Título II (Derecho de Petición), desde el artículo 24 hasta el 33

¹⁵⁷ Decreto 1510 de 2013, artículo 23. “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”.

¹⁵⁸ Decreto 1510 de 2013 “Artículo 39. 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.

En la audiencia de asignación de riesgos, la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva.

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.”



CUADRO 6		
DISPOSICIONES DEL TRATADO	RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO	OBSERVACIONES
de su decisión con respecto a su solicitud.” Artículo 9.13 (DIVULGACIÓN DE LA INFORMACIÓN) 1. “A solicitud, una Parte proveerá a la Parte solicitante información relativa a la licitación y los procedimientos de evaluación utilizados en la conducción de una contratación pública, que sea suficiente para determinar si una contratación pública en particular se realizó de manera justa, imparcial y de conformidad con este Capítulo. La información incluirá información con respecto a las características y ventajas relativas del oferente ganador y el precio del contrato.”	3. LO NO RESUELTO DENTRO DE LOS ESPACIOS PREVISTOS EN EL PROCESO: Las peticiones que no se resuelvan en los mencionados escenarios se resolverán en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 desde el artículo 13 así: “Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.”	
INFORMACIÓN RESPECTO DE LO ADJUDICADO		
Artículo 9.8 (CONTRATACIÓN DIRECTA) “Para cada contrato adjudicado de conformidad con el párrafo 1, una entidad contratante preparará y, a solicitud, presentará a la otra Parte un informe por escrito que incluya: (a) el nombre de la entidad contratante; (b) el valor y descripción de las mercancías o servicios incluidos en el contrato; y c) una declaración indicando las circunstancias y condiciones descritas en el párrafo 1 que justificaron el uso de un procedimiento distinto al de licitación abierta o selectiva. (e) el valor del contrato; y (f) el método de contratación pública utilizado y en los casos en que la entidad utilice un procedimiento de licitación de conformidad con el artículo 9.8.1, una descripción de las circunstancias que justificaron la utilización de dicho procedimiento. Mantenimiento de Registros 9. Una entidad contratante mantendrá informes y registros de los procedimientos de contratación pública relacionados con las contrataciones públicas cubiertas, incluidos los informes estipulados en el artículo 9.8.2, y mantendrá dichos informes durante un plazo de por lo menos tres años después de la fecha de adjudicación de un contrato. Artículo 9.10: Asegurando la Integridad en las Prácticas de Contratación Pública Además de lo dispuesto en el artículo 19.9 Artículo 9.9 (TRATAMIENTO DE LAS OFERTAS Y ADJUDICACIÓN	Desde la Ley 1150 de 2007 se comenzó a incluir la posibilidad de medios electrónicos en la contratación estatal desde el artículo 3° que reza que: “De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional. o anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.” “Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual: a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento; b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía (...);” y el Decreto	Se centralizó a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública Secop, toda la información y documentos contractuales para efectos de consulta. Dicho sistema ofrece herramientas con criterios de búsqueda. Luego de la Derogatoria del Decreto 734 de 2012, se omiten criterios antes determinados como la permanencia de los documentos en el sistema. Aspecto que debe ser regulado. Por otro lado el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, manifiesta que: “La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación” y al hacer remisión a las definiciones generales establecidas en el artículo 3 del mencionado decreto se encuentra que: “Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.” Por lo que mínimo deben ser publicados los anteriores más los actos administrativos emitidos.



CUADRO 6		
DISPOSICIONES DEL TRATADO	RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO	OBSERVACIONES
DE CONTRATOS) 8. A más tardar 60 días después de una adjudicación, una entidad contratante publicará en una publicación oficialmente designada, ya sea por medios electrónicos o impresos, un aviso que incluya, como mínimo, la siguiente información sobre el contrato: (a) el nombre y dirección de la entidad contratante; (b) una descripción de las mercancías o servicios adquiridos; (c) la fecha de la adjudicación; (d) el nombre y dirección del proveedor al cual se adjudicó el contrato"	1510 de 2013 así: Artículo 19. "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 23 del presente decreto".	
REGISTRO DE ACTIVIDADES ILEGALES		
Artículo 9.10 (ASEGURANDO LA INTEGRIDAD EN LAS PRÁCTICAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA) "Cada Parte establecerá o mantendrá procedimientos para declarar la inelegibilidad para participar en las contrataciones públicas de la Parte, ya sea indefinidamente o por un período establecido, de proveedores que la Parte determine que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación pública. Previa solicitud de la otra Parte, la Parte que reciba la solicitud identificará a los proveedores determinados como inelegibles bajo estos procedimientos y, cuando resulte apropiado, intercambiará información con respecto a estos proveedores o a la actividad fraudulenta o ilegal"	Ley 80 de 1993 Artículo 31º.- "De la Publicación de los Actos y Sentencias Sancionatorias. Modificado por el art. 218, Decreto Nacional 019 de 2012. La parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará por dos (2) veces en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario Oficial y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación (...)." Decreto 1510 de 2013 "Artículo 14. Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual. Las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de	Además de aspectos relacionados con conductas punibles. Dentro de del Régimen Contractual Colombiano, también se le otorgan facultades excepcionales¹⁵⁹ a la Administración no solo relacionadas con actividades ilegales, si no también con el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el ejercicio contractual, desde la Ley 80 de 1993¹⁶⁰. Por lo que en dicho sentido puede haber una extralimitación frente a los compromisos adquiridos, pues dentro de las exclusiones del tratado no aparece, el incumplimiento de obligaciones o el retraso en la ejecución de las mismas, para efectos de excluir a los extranjeros de futuros procesos contractuales.

¹⁵⁹ "Las cláusulas o facultades excepcionales son prerrogativas que la ley otorga a la administración para que declare la caducidad de los contratos que celebra, los termine, modifique o interprete unilateralmente, cuando estas medidas resulten necesarias para la satisfacción de los intereses generales, comprometidos en la actividad contractual de la administración". DIAZ DEL CASTILLO, Stella Conto. 2012. Acción Contractual. 08001-23-31-000-1995-09261-01, 22893. Secretaría : Consejo de Estado, Sección Tercera, 2012.

¹⁶⁰ Ley 80 de 1993 Desde el artículo 14 al 19 se regulan las facultades excepcionales de la administración



CUADRO 6		
DISPOSICIONES DEL TRATADO	RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO	OBSERVACIONES
	<i>las inhabilidades resultantes de los contratos que haya suscrito, y de la información de los Procesos de Contratación en los términos del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007. Para el efecto las cámaras de comercio pueden establecer mecanismos electrónicos para recibir la información mencionada. El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma. Las cámaras de comercio deben tener un mecanismo de interoperabilidad con el Secop para el registro de la información de que trata el presente artículo."</i>	
REVISIÓN INDEPENDIENTE DE LAS IMPUGNACIONES		
Artículo 9.11 (REVISIÓN NACIONAL DE LAS IMPUGNACIONES DE LOS PROVEEDORES) <i>"1. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial imparcial, que sea independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a la aplicación por una entidad contratante de las medidas de una Parte que implementan este Capítulo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación.</i> <i>3. Cada Parte dispondrá que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 pueda adoptar medidas provisionales oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad del proveedor de participar en la contratación pública y garantizar</i>	Anexo B al Capítulo 9 del Tratado Esta es una aclaración del Gobierno Colombiano respecto del tema en mención frente a las obligaciones establecidas en el artículo 9.11 objeto de revisión: <i>"Con respecto al artículo 9.11, en el caso de Colombia, el Tribunal Contencioso Administrativo y el Consejo de Estado son autoridades imparciales para los propósitos del párrafo 1 del artículo 9.11. Como es tas autoridades imparciales no tienen la autoridad de disponer medidas cautelares de conformidad con el párrafo 3 del artículo 9.11, las medidas atribuidas a la Procuraduría General de la Nación se consideran suficientes para satisfacer los requisitos de ese párrafo. La Procuraduría General de la Nación es una entidad independiente que tiene la autoridad de suspender los procedimientos de licitación y la adjudicación de los contratos en el curso de cualquier proceso disciplinario que se siga en contra los agente de gobierno responsable de la contratación pública".</i>	Como se lee, atendiendo a que el Consejo de Estado no puede disponer de medias cautelares (suspender el proceso de contratación) se le otorgó a la Procuraduría General de la Nación la posibilidad de adelantar tal tarea. Afirmación no completamente precisa pues la Procuraduría solamente puede solicitar la suspensión del proceso de contratación al evidenciar una irregularidad, pero bajo ninguna circunstancia puede llegar a disponer de la suspensión. Así lo manifiesta el Consejo de Estado en Sentencia así: <i>"Cuando el Procurador, su delegado especial para el efecto, o el Personero Distrital de Bogotá, ante la evidencia de circunstancias que le permiten inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público, solicita la suspensión del procedimiento administrativo, acto o contrato para hacer cesar sus efectos y evitar posibles perjuicios, y el respectivo servidor público no atiende la solicitud, entonces este último asume los riesgos jurídicos que implica permitir que tales procedimientos, actos y contratos sigan surtiendo efectos. Aunque la solicitud de suspensión no tiene efectos vinculantes ya que no es una orden, sí obliga al destinatario de la medida a adoptar una decisión al respecto."</i>¹⁶¹. Por otro lado, la creación del órgano independiente responde al Acuerdo de Compras de la Organización Mundial del Comercio, por

¹⁶¹ M.P CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. 2002. *Sentencia de Constitucionalidad*. D-3998, C-977/02. Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 2002.



CUADRO 6		
DISPOSICIONES DEL TRATADO	RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO	OBSERVACIONES
que las entidades contratantes de la Parte cumplan con sus medidas en la implementación de este Capítulo. Tales medidas precautorias pueden incluir la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado. 4. Cada Parte asegurará que sus procedimientos de revisión estén públicamente disponibles en forma escrita y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del debido proceso. 5. Cada Parte asegurará que sus procesos de revisión se realicen de acuerdo con lo siguiente: (a) se le otorgará al proveedor un plazo suficiente para preparar y presentar una impugnación por escrito, que en ningún caso será menor a 10 días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por éste; (b) una entidad contratante responderá por escrito la reclamación del proveedor y dará a conocer todos los documentos relevantes a la autoridad de revisión; (c) el proveedor que inicie una reclamación tendrá la oportunidad de contestar la respuesta de la entidad contratante antes que la autoridad de revisión tome una decisión con respecto a la reclamación; y (d) la autoridad de revisión dará a conocer sin demora y por escrito su decisión con respecto a la impugnación, junto con una explicación de los fundamentos utilizados para tal decisión.”		lo que se continúa con la influencia del mencionado Instrumento ¹⁶².

¹⁶² Menciona la Dra. Oñate respecto del Acuerdo de Compras Públicas que: “el artículo XX del Acuerdo sobre Contratación Pública prescribe requisitos obligatorios para el establecimiento de un sistema interno de impugnación de las licitaciones(...) El órgano que entiende de la impugnación deberá estar facultado para ordenar la rectificación de la infracción del Acuerdo o una compensación por los daños o perjuicios sufridos por el proveedor(...) En tanto no se haya resuelto la impugnación, tendrá que poder ordenar medidas provisionales rápidas, incluida la suspensión del proceso de contratación.” **OÑATE ACOSTA, Tatiana.** Compras Públicas y TLC. [aut. libro] Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá. *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio.* Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.



Haciendo el análisis al presente cuadro, se hacen evidentes aspectos que efectivamente pueden concordarse con instituciones ya existentes o recientemente implementadas desde el Decreto 1510 de 2013, reglamentario de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, las inconsistencias institucionales se hacen presentes en aspectos tan importantes como la publicación de decisiones administrativas que orienten a los oferentes a título de norma o directriz, incluyendo negociaciones en métodos de contratación por demás inexistentes en Colombia; dejando los espacios para efectos de la subsanabilidad de documentos de un oferente participante y estableciendo como autoridades independientes para revisión de trámites estamentos que no se compadecen con la función establecida en la misión de los mismos.

En el presente capítulo se analizaron dos aspectos del Tratado principalmente; la cobertura y los procedimientos frente al sistema de compras colombiano, encontrando varios inconvenientes teóricos y prácticos para efectos de la aplicación óptima del acuerdo.

No obstante, podría menguarse importancia a las inconsistencias detectadas a partir del presente estudio bajo el argumento de prevalencia de la norma internacional sobre la nacional para efectos de definir rápidamente la aplicabilidad de los procedimientos; argumentó que se desestimarán de dos maneras; en primer lugar, es imperativo tener presente la necesidad de simplificación del aparato legal que conforma las compras públicas colombianas para efectos de su aplicabilidad, aspecto abordado por numerosos tratadistas¹⁶³ que ponen en evidencia la

¹⁶³ Dentro de las investigaciones realizadas por el Dr. Iván Darío Gómez Lee en donde seleccionó los Decretos que versaban sobre materias contractuales, cabe mencionar que en el año 2009 en un documento previo a visita de la Auditoría General de la República a la Contraloría de Manizales evidenció más de 3.000 reglas contenidas en el articulado de Decretos contractuales; en dicho sentido se hizo la siguiente manifestación: *“infringir cualquiera de estos 3,000 supuestos normativos o reglas, trae graves consecuencias para los operadores jurídicos: ordenadores, asesores, contratistas e interventores, es decir, este es un gran riesgo. La ignorancia de la ley, o mejor dicho, la ignorancia de la regla no sirve de excusa.”* Gómez Lee, Iván Darío. Contraloría General Municipio de Manizales. [En línea] 4 de Agosto de 2009. [Citado el: 24 de Octubre de 2013.]



inestabilidad jurídica del tema en Colombia; por lo que de adoptar tal postura, la total responsabilidad del ejercicio de compras recaería en el criterio del Operador Jurídico quien tendrá numerosas interpretaciones y criterios según su formación, generando riesgo judicial y administrativo. En segundo lugar, desde una óptica global, la ausencia de claridad del derecho interno para efectos del ejercicio de un acuerdo de compras publicas genera responsabilidad internacional, tal y como se acredita en el caso Estados Unidos-Corea del Sur en el marco de la OMC¹⁶⁴.

Ahora, una vez analizadas las condiciones de cobertura del Tratado y de revisar el régimen aplicable, para la determinación de los plazos de entrega de las ofertas según la modalidad, entre otros aspectos, procede analizar un principio de soporte, apenas mencionado en el Capítulo IX del Acuerdo, correspondiente a las compras públicas; se trata del principio de No Discriminación.

El mencionado principio se convierte en un criterio de soporte para el ejercicio contractual, por cuanto desde la aplicación de sus componentes¹⁶⁵ y herramientas de aplicación¹⁶⁶ prevé el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Capítulo objeto de análisis. Procedimientos que deben pasar a ser estudiados comparativamente con la legislación colombiana por cuanto se convierten en el

http://www.contraloriamanizales.gov.co/n_portal/index.php?option=com_content&view=article&id=121:visita-agr&catid=10:destacados&Itemid=73.

¹⁶⁴ “Las negociaciones entre las partes en el marco del ACP no tienen la ventaja de disponer de un marco generalmente aceptado como el Sistema Armonizado, por lo que respecta a las mercancías, o incluso la Clasificación Central de Productos, por lo que respecta a los servicios. Los Anexos del ACP que contienen las entidades cuyas adquisiciones están sujetas a la aplicación del Acuerdo son en lo fundamental listas preparadas por el país que las presenta y cuya interpretación a veces requiere un profundo conocimiento de la organización gubernamental y los sistemas de contratación pública de otro país. Creemos, por tanto, que la transparencia y la franca comunicación de toda la información pertinente son fundamentales en las negociaciones sobre los Apéndices del ACP” **Grupo Especial Organización Mundial del Comercio. 2000. COREA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.** Corea : Organización Mundial del Comercio, 2000. WT/DS163/R.

¹⁶⁵ El Principio de No Discriminación se compone de dos deberes que pasarán a ser estudiados en el capítulo siguiente; éstos son el deber de Trato Nacional y el deber de Nación Mas Favorecida.

¹⁶⁶ El principio de No Discriminación se materializa a través de la determinación de origen de las mercancías, aspecto procedimental fundamental para efectos de ejercer el comercio en el marco del tratado cumpliendo con los compromisos adquiridos.



soporte conceptual y procedimental del principio de No Discriminación, materializado en la práctica por el operador jurídico, por lo que su coherencia sustantiva y adjetiva debe ser analizada a continuación.

2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS DE ORIGEN EN LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL COLOMBIANA. UN ACERCAMIENTO PRÁCTICO DESDE EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON LOS ESTADOS UNIDOS.

Una vez analizados los procedimientos del Tratado y evidenciadas las inconsistencias, y al abordar los criterios de cobertura del Capítulo de compras públicas, se hace indispensable revisar lo correspondiente al Principio de No Discriminación¹⁶⁷, sobre todo en lo referente al Trato Nacional. Sin embargo, se abordarían todos los componentes del mencionado principio en virtud de la unidad de materia, aproximándolo a las compras públicas.

2.1 El principio de No Discriminación

Históricamente, el origen de la No Discriminación precede al orden mundial como hoy funciona¹⁶⁸. No obstante, el concepto como opera en el presente, aparece

¹⁶⁷ “El principio de no discriminación tiene dos componentes: la cláusula de la nación más favorecida y el principio del trato nacional. Mientras que la cláusula de nación más favorecida establece que las ventajas que se acuerden mutuamente dos Estados en un tratado bilateral se extienden automáticamente a los tratados que éstos celebren con otros Estados, mientras que el Trato Nacional se expresa como el compromiso de reconocer a otra Parte o a sus nacionales un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a los nacionales o residentes o a las actividades preexistentes desarrolladas dentro del territorio nacional.” CRIVELLI, A. (Octubre de 2005). *Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino*. Recuperado el 6 de Junio de 2014, de RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>

¹⁶⁸ “La inclusión de cláusulas relativas al trato no discriminatorio en los acuerdos comerciales se remonta al siglo XII; la primera referencia a la “nación más favorecida” aparece a finales del siglo XVII. El concepto de no discriminación emanó de la declinación del mercantilismo y del deseo de establecer vínculos entre



luego de la segunda guerra mundial desde los antecedentes de la Organización Mundial del Comercio, a partir del *General Agreement on Tariffs and Trade*¹⁶⁹ o GATT por sus siglas, como primer precedente reciente¹⁷⁰. Es importante tener presente que el principio de No Discriminación apareció proyectado para regular la actividad de la comercialización de mercancías en general¹⁷¹, en donde se incluyen indistintamente los dos componentes que la conforman como son el Trato Nacional y la Nación Más Favorecida¹⁷².

Se empezará abordando el deber "Nación Más Favorecida" atendiendo a que para efectos del presente estudio el concepto pierde relevancia, por lo que su análisis será menor, lo anterior se acreditará a medida que avanza el estudio de la definición¹⁷³.

tratados comerciales a través del tiempo y entre los Estados". Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

¹⁶⁹La denominación del Tratado traduce: "*Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*" por sus siglas en ingles, dicho acuerdo es el primer antecedente de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

¹⁷⁰"*la finalidad del artículo III del GATT de 1994, al exigir un trato no discriminatorio entre productos importados y nacionales, es prohibir o limitar la utilización de medidas de política comercial que causen restricción o distorsión del comercio.*" Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

¹⁷¹"*En 1947 se acordaron los principios y normas multilaterales que regularían el comercio de mercancías entre las Partes Contratantes del GATT. Tras la conclusión de la Ronda Uruguay y la entrada en vigor del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC (1° de enero de 1995), el principio básico de no discriminación formulado en el GATT de 1947 se mantuvo en lo fundamental sin cambios. Desde 1995, ese principio está consagrado en el GATT actualizado (denominado "GATT de 1994"), que es ahora el Acuerdo de la OMC por el que se rige el comercio de mercancías.*" Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

¹⁷²Algunos autores consideran los mencionados componentes (Nación Más Favorecida y Trato Nacional) a título de cláusulas caso del argentino Agustín Crivelli, mientras que otros lo consideran principios como se abordan en los instructivos de los cursos online de la OMC. Sin embargo, en el presente estudio se comparte la posición de la Dra Tatiana Oñate quien los toma como deberes, atendiendo a que son disciplinas específicas desagregadas de un principio como es la No Discriminación.

¹⁷³La Profesora Oñate menciona el principio de No Discriminación desde el GATT, sin embargo al hacer referencia al aparte de compras públicas, solo hace referencia al componente Trato Nacional así: "*El fundamento de éste acuerdo es el principio de no discriminación consignado en el artículo III. En la práctica, éste principio se concreta en un deber de otorgar trato nacional – no menos favorable que el concedido a los nacionales- a los productos provenientes de los países sus entidades no le den a un proveedor establecido en su territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros, y que sus entidades no ejerzan discriminación, por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio. De esta manera, y para garantizar la aplicación del*



La Tratadista Doris Osterlog define la Nación Más Favorecida a partir del artículo XXIV del GATT como: "cualquier concesión que se haga a un Estado parte, debe extenderse a los otros Estado parte del acuerdo". La anterior noción, ha sido emitida dentro del marco del Tratado, por lo que parte de la existencia de un nexo jurídico entre naciones. Además, denota como el acuerdo está conformado por varios países, por lo que se pretenden unificar los beneficios o concesiones otorgados a un país, a los demás miembros del Acuerdo¹⁷⁴.

Ahora, teniendo en cuenta que el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos es bilateral y no multilateral, se hace presente la primera divergencia con el concepto GATT, pues en este último los beneficios otorgados a una parte se extienden a los demás Estados parte en el Acuerdo desde el ya mencionado principio de Nación Más Favorecida¹⁷⁵ con las singularidades que correspondan¹⁷⁶, mientras que para efectos del Tratado de Libre Comercio se ajusta el texto a medida, para garantizar los beneficios otorgados por parte de los suscribientes independientemente de marcos jurídicos externos, o de la existencia de un Tratado con otros países a quienes se les otorguen mejores beneficios, ya

principio básico de no discriminación, el Acuerdo hace énfasis en los procedimientos destinados a garantizar la transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y practicas relativos a la contratación pública." OÑATE ACOSTA, C. (2005). *Compras Públicas y TLC*. En C. M. Bogotá, *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio*. Bogotá D.C: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.

¹⁷⁴ Cabe manifestar que se prevén algunas excepciones al deber de Nación Más Favorecida a la Luz del GATT así: "*las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras son aceptadas como excepciones de la aplicación de esta cláusula*" OSTERLOF OBREÓN, D., VILLASUSO MORALES, A. M., & HERDOCIA SACASA, M. (Noviembre de 2011). *Universidad Nacional de San Martín*. Recuperado el 06 de Junio de 2014, de <http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/Documento%20de%20Trabajo%20N%C2%BA%209.pdf>

¹⁷⁵ "*El principio NMF obliga a los países a imponer los mismos derechos arancelarios y demás formalidades aduaneras a las importaciones procedentes de cualquier país.*" Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

¹⁷⁶ "*Hasta la época en que se estableció el GATT, los tratos comerciales NMF bilaterales y plurilaterales se concertaban utilizando tanto la forma condicional de ese principio -según la cual las concesiones se otorgaban a cambio de una compensación adecuada- y la forma incondicional, según la cual las concesiones se otorgaban sin compensación recíproca.*" Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf



que no existen otros países que intervengan directamente en el convenio, ni tampoco existe vocación de incrementar suscribientes como ocurre con la OMC¹⁷⁷. Visto desde las compras públicas, el deber de Nación Más Favorecida pierde aplicabilidad, atendiendo a que los beneficios se otorgan desde un criterio de comparación con los nacionales, quienes inicialmente aparecen como usuarios del sistema de Compras Estatales omitiendo el espacio designado a comparaciones con beneficios otorgados a extranjeros.

Históricamente, al hacer un acercamiento al GATT desde las compras públicas y en perspectiva con el principio de No Discriminación aparece el deber de Nación más Favorecida sin excluirlo de la actividad contractual. Sin embargo, en el caso del deber de Trato Nacional es excluida su aplicación explícitamente. Cabe tener presente que el modelo de aplicación del GATT difiere de los Tratados de Libre Comercio, como se mencionó anteriormente, por lo que si bien el aludido Acuerdo aparece como antecedente al principio de No Discriminación, no obstante, la aplicación de éste en las compras públicas cuenta con otro antecedente.¹⁷⁸

Teniendo en cuenta que inicialmente en la órbita de la OMC aún no se contaba con instrumentos referidos a las compras públicas¹⁷⁹, aparece como primer

¹⁷⁷ Puede evidenciarse en la web oficial de la OMC cómo desde 1995 ha ido incrementándose la adhesión de países al Tratado hasta contar con 159 miembros para el 2 de marzo de 2013. Por otro lado aquellos países con la condición de observadores deben comenzar con las negociaciones de adhesión cinco años después de haber obtenido la condición de observadores. Organización Mundial del Comercio (OMC). (2 de Marzo de 2013). Recuperado el 15 de Junio de 2014, de Organización Mundial del Comercio - Miembros y Observadores: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm

¹⁷⁸ “Con respecto al GATT 94, en su artículo I contempla el principio del trato general de NMF, sin exceptuar expresamente las compras del sector público. Sin embargo, en su artículo III, donde hace referencia al principio de trato nacional (TN) en materia de tributación y de reglamentaciones internas, las compras del sector público sí son excluidas. Por otro lado, en el artículo XVII, se hace nuevamente una referencia a las compras del sector público en el caso de las empresas comerciales del Estado. En resumen, dentro del marco del GATT, no se hace referencia a las compras del sector público en el artículo I (NMF), se las excluye expresamente en el artículo III (TN) y en el artículo XVIII (empresas comerciales del Estado) existe una obligación de “trato equitativo”.”

¹⁷⁹ Desde el GATT como antecedente de la OMC, se han realizado varios esfuerzos por unificar procedimientos y perspectivas en favor de la apertura comercial. Los tratados de libre comercio aparecen como un instrumento intermedio para efectos de la apertura implementando obligaciones interpartes, sin embargo, muchas de esas obligaciones se trasplantaron a instrumentos más universales caso del NAFTA al



antecedente para efectos del principio de No Discriminación, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá (NAFTA)¹⁸⁰. Es decir que, el Acuerdo Plurilateral de Compras en adelante (APC) toma muchas disposiciones de aquel¹⁸¹ por lo que los dos documentos se identifican como antecedentes directos del principio de No Discriminación.

El siguiente elemento constitutivo del principio de No Discriminación corresponde al deber de otorgar Trato Nacional, en dicha medida el concepto tomado desde el artículo XXIV del acuerdo GATT por la profesora Osterlog se define así: *“La segunda cláusula (trato nacional) se refiere a la no discriminación entre bienes y servicios originarios del país y los que sean importados de los otros Estados parte del respectivo acuerdo.”* Por lo que como se evidencia el primer elemento del concepto hace referencia a bienes y servicios¹⁸² en un sentido general sin incluir los servicios de la construcción como otra clasificación; sí incluida a través del Tratado de Libre Comercio. El siguiente elemento corresponde al origen de las mercancías por lo que prohíbe la discriminación entre aquellas procedentes de los estados parte del acuerdo con aquellas naturales de cada país. Ahora en un sentido general el mencionado deber ha ido mutando a través de variados

APC. Se menciona en uno de los módulos de estudio de la OMC el fenómeno así: *“El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por su sigla en inglés) fue el primer acuerdo en la región sobre compras. Suscrito por Canadá, Estados Unidos y México, su principal característica fue que por la época en que se negoció (entró en vigencia el 1 de enero de 1994), se inspiró en el ACP previo a la modificación de la Ronda de Uruguay, pero a la vez, muchas de sus innovaciones fueron introducidas luego en el ACP de 1996.”* Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

¹⁸⁰ Por sus siglas en ingles “North American Free Trade Agreement” Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

¹⁸¹ *“El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por su sigla en inglés) fue el primer acuerdo en la región sobre compras. Suscrito por Canadá, Estados Unidos y México, su principal característica fue que por la época en que se negoció (entró en vigencia el 1 de enero de 1994), se inspiró en el ACP previo a la modificación de la Ronda de Uruguay, pero a la vez, muchas de sus innovaciones fueron introducidas luego en el ACP de 1996.”* ARAYA ALLENDE, J. (2006). *Las compras públicas en los Acuerdos Regionales de America Latina con países desarrollados*. Santiago de Chile: Naciones Unidas (Cepal).

¹⁸² *“el principio de trato nacional se aplica en el contexto del comercio de servicios únicamente en la medida en que los Miembros de la OMC hayan contraído compromisos expresos”.* Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf



instrumentos internacionales, hasta llegar a especificar su aplicación en lo referente a las compras estatales a la par con el deber de Nación Más Favorecida. Sin embargo, en el caso del Trato nacional los criterios de aplicación se han transformado de manera más significativa en el marco de la OMC¹⁸³.

Para efectos de las compras públicas el Deber de Trato Nacional se promueve desde el APC principalmente¹⁸⁴, el inconveniente radica en que aquellos países miembros de la OMC que aun no han ratificado el acuerdo se encuentran fuera de cobertura respecto del principio de no Discriminación en cuanto a compras públicas se trata¹⁸⁵. Por lo que intervienen los Tratados de Libre Comercio, los

¹⁸³ “El criterio aplicable al principio de trato nacional varía en función del párrafo y/o la frase pertinente del artículo III: párrafo 1 del artículo III (principio general), primera o segunda frase del párrafo 2 del artículo III (tributación interior) y párrafo 4 del artículo III (leyes, reglamentos o prescripciones interiores que afecten a la venta, el transporte, la distribución y el uso de los productos en el mercado interior).

Para determinar que existe infracción de la primera frase del párrafo 2 del artículo III es preciso demostrar que: 1) los productos importados y los productos nacionales son similares; y 2) los productos importados están sujetos a un impuesto superior al aplicado a los productos nacionales. Para determinar que existe infracción de la segunda frase del párrafo 2 del artículo III, es preciso demostrar que: 1) los productos importados y los productos nacionales son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí; 2) los productos nacionales y los productos importados no están sujetos a un impuesto similar; y 3) los impuestos no similares se aplican de manera que se proteja la producción nacional. Por último, para determinar que existe infracción del párrafo 4 del artículo III es preciso demostrar que: 1) los productos importados y los productos nacionales en litigio son “productos similares”; 2) la medida en litigio es una “ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso [...] en el mercado interior” de los productos importados; y 3) los productos importados reciben un trato menos favorable.” Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

¹⁸⁴ “La obligación de Trato nacional y no discriminación es la base sobre la que se estructura el ACP. Para ello se exige que las entidades no discriminen en razón del grado de afiliación foránea de una empresa, o por ser esa empresa una filial o de propiedad extranjera; ni en razón del país de producción de un bien” ARAYA ALLENDE, J. (2006). *Las compras públicas en los Acuerdos Regionales de América Latina con países desarrollados*. Santiago de Chile: Naciones Unidas (Cepal).

¹⁸⁵ “El ACP cuenta con catorce Estados miembros (treinta y ocho si consideramos los veinticinco Estados que conforman la Unión Europea), mientras que nueve países se encuentran negociando su adhesión. Ninguno de los países de América Latina y el Caribe (ALC) ha adherido a este acuerdo, mientras que Panamá es uno de los países que negocia su adhesión. Asimismo, el ACP cuenta con veintiún gobiernos y cuatro organizaciones intergubernamentales con la condición de observadores. De los países de América Latina y el Caribe, la Argentina, Chile, Colombia y Panamá se encuentran en esta condición. No debe perderse de vista que, dado que se trata de un acuerdo plurilateral, el ACP rige únicamente para los países que adhirieron al mismo. De esta manera, tanto en el marco del GATT 94 como en el GATS, sigue vigente la excepción del trato nacional para las compras del sector público.” CRIVELLI, A. (Octubre de 2005). *Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino*. Recuperado el 6 de Junio de 2014, de RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE



cuales implementan el Principio de No Discriminación ya sea bilaterales o multilaterales¹⁸⁶ los cuales hacen extensivos los deberes a aquellos países que no cuentan con la imperatividad del mencionado principio. En el caso del Tratado suscrito entre Colombia y Estados Unidos, incluyen como principio general el Trato Nacional y la No discriminación, encerrándolos en el mismo enunciado y al mismo nivel de manera nivel anti-técnica¹⁸⁷.

Por último, cabe desarrollar el principio de Trato Nacional estableciendo sus objetivos desde el artículo III del GATT el cual establece que la medida debe: *“Evitar la utilización de medidas proteccionistas, mantener la igualdad de las condiciones de competencia y Proteger las consolidaciones arancelarias.”*¹⁸⁸ Como excepción aparece el trato preferencial con intenciones de desarrollo económico¹⁸⁹, aunque las posiciones más radicales consideran abiertamente contradictorias las leyes de “compre nacional” pues rebaten de manera directa la aplicación del principio,¹⁹⁰ para lo cual, la discriminación desde el deber Nación

CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>

¹⁸⁶ La relevancia de la diferencia entre los Acuerdos Multilaterales y los bilaterales radica en que el deber Nación Más Favorecida puede aplicarse a aquellos multilaterales, unificando las concesiones entre todos los suscribientes, mientras en los acuerdos bilaterales prevalece la aplicación del deber de otorgar Trato Nacional frente a los ciudadanos nacionales.

¹⁸⁷ “Al igual que la NMF, el trato nacional está basado en el principio de la no discriminación. Esta regla garantiza que los proveedores extranjeros obtengan el mejor de los tratos brindados a los proveedores nacionales. CRIVELLI, A. (Octubre de 2005). *Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino*. Recuperado el 6 de Junio de 2014, de RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>

¹⁸⁸ Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

¹⁸⁹ “La provisión de bienes públicos, a través del gasto público, es sin dudas la principal función económica del Estado capitalista contemporáneo. Mediante el gasto público, promoviendo el desarrollo económico del país, apoyando la industrialización y la consecuente creación permanente de nuevos puestos de trabajo, que el Estado puede influir en la mejora de las condiciones de vida de la población.” CRIVELLI, A. (Octubre de 2005). *Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino*. Recuperado el 6 de Junio de 2014, de RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>

¹⁹⁰ Afirma el Tratadista Crivelli haciendo referencia al Trato Nacional que: “Esta regla garantiza que los proveedores extranjeros obtengan el mejor de los tratos brindados a los proveedores nacionales, incluso si algunas empresas nacionales (por ejemplo las PYMES o empresas de regiones deprimidas) reciben un trato



Más Favorecida y Trato Nacional, se presenta de Facto y de Derecho; en el primer caso la medida debe provenir de medidas no relacionadas con la aplicación del instrumento, mientras que en el segundo supuesto la discriminación debe provenir del instrumento directamente¹⁹¹.

El mencionado análisis adquiere relevancia, por cuanto para efectos de determinar la cobertura del Capítulo desde el principio de la No Discriminación ya abordado, convergen dos criterios de apoyo para definir la aplicación de las obligaciones. El primero, corresponde a los sujetos involucrados y el segundo a los productos, mercancías u objetos.

Respecto de los sujetos, se está haciendo referencia en un sentido general a quien realiza una actividad o tarea, extendiendo el concepto a personas naturales o jurídicas también. O sea que, para el efecto puede referirse a una entidad en un sentido genérico, independientemente de contar con personería bajo los preceptos de la Ley colombiana¹⁹²; en virtud de la cual, para efectos de las compras

preferencial con propósitos de desarrollo económico. De esta manera, deberían derogarse las denominadas leyes de “compre nacional” que suponen los regímenes preferenciales de compras del sector público. Estos regímenes procuran favorecer la adquisición de proveedores nacionales, al menos para cierto tipo de productos y servicios.” CRIVELLI, A. (Octubre de 2005). *Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino*. Recuperado el 6 de Junio de 2014, de RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>

¹⁹¹ “Al igual que el principio NMF, el principio de trato nacional abarca también la discriminación de jure y de facto. Una medida es discriminatoria de jure cuando del texto del instrumento jurídico se desprende claramente que éste establece un trato discriminatorio entre productos similares importados y nacionales. Cuando la discriminación no se desprende claramente del propio texto del instrumento jurídico, éste puede ser de todas formas discriminatorio de facto o en la práctica. En el caso del principio de trato nacional, la discriminación de facto tiene lugar cuando un instrumento jurídico en efecto o de hecho favorece a los productos nacionales en detrimento de los productos similares importados.” Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *WTO/OMC E-Learning Bridging distance*. Recuperado el 12 de Junio de 2014, de http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

¹⁹² “Así, la persona jurídica es un concepto que se funda en la realidad social de las personas singulares y concretas que la conforman. La comunidad jurídica, como ideal común objetivo, se puede comportar y expresar como sujeto de derechos y de deberes, por cuanto es apto para que se le predique la juridicidad. El interés colectivo se ve facultado para tener movimiento autónomo con consecuencias jurídicas, de similar manera a como se desenvuelven las personas naturales, mas nunca de idéntica manera. La entidad moral, por tanto, puede ser considerada como sujeto de derechos y de deberes” Sentencia de Tutela, Expediente T - 13373 (Corte Constitucional 16 de Septiembre de 1993).



estatales la facultad se otorga a algunas entidades independientemente de su autonomía administrativa. Desde otra arista, igualmente se incluyen las instituciones privadas con o sin personería jurídica, pero facultadas para contratar también¹⁹³. En resumen, para el caso de las compras estatales el criterio subjetivo opera en dos sentidos, primero frente al organismo que realizará la compra y por otro lado, también se hace referencia a quien presentará la oferta.

En el segundo criterio, el de los productos, se hace referencia a las mercancías como característica principal, por lo que dentro del mismo cabe cualquier bien, servicio, obra, servicio de la construcción, etc.¹⁹⁴ que sea cuantificable y comercializable para efectos de satisfacer la necesidad que la entidad pretenda. Ahora, para efectos del principio de No Discriminación es necesario diferenciar el criterio subjetivo y el objetivo, por cuanto para ejercer el principio es indispensable lograr identificar el origen de las mercancías y de los sujetos intervinientes, más cuando las concesiones y obligaciones se restringen solamente para las partes suscribientes en el Tratado, por lo que se presenta una estrecha relación entre los productos objeto de comercio, los sujetos que ejercen el comercio y la identificación del origen de los mismos.

Desde lo anterior, en la primera parte del capítulo inicial correspondiente a la cobertura, se establecen los organismos incluidos a través de Listas positivas principalmente, las cuales ya han sido estudiadas, mientras que en el caso de los bienes, podría considerarse que todos se encuentran incluidos atendiendo a que

¹⁹³ “Los consorcios y, después de la ley 80 de 1993, las uniones temporales, son un conjunto de personas naturales o jurídicas que comparten un objetivo común, responden solidariamente por las obligaciones derivadas de la adjudicación y del contrato y no constituyen una persona jurídica distinta de sus integrantes, quienes mantienen su personalidad individual” Sentencia de Tutela, expediente T-1533887 (Corte Constitucional 6 de Julio de 2007).

¹⁹⁴ En el presente estudio se abordan las diferencias conceptuales para referenciar bienes, servicios, obra pública o servicios de la construcción. Entre la legislación colombiana y el texto del Acuerdo, para lo cual a través de los sistemas de codificación UNSPSC y CIU se pretenden unificar las divergencias.



la definición general de cobertura para las compras es muy amplia¹⁹⁵. Por lo que se implementan excepciones vía lista teniendo como criterio el producto a adquirir. El inconveniente se presenta para efectos de identificar el origen más desde el criterio objetivo que desde el criterio subjetivo, pues si bien la determinación del origen desde el criterio subjetivo es relativa por cada país, se cuenta con un mayor número común de herramientas de identificación para las personas naturales¹⁹⁶ y entidades estatales¹⁹⁷. Ahora, aunque en el caso de las personas jurídicas particulares se problematice¹⁹⁸, sigue siendo más fácil determinar el origen en el caso de los productos¹⁹⁹ razón por la cual debe entrarse a profundizar sobre las normas de origen de los productos, más cuando en la práctica el principio de No Discriminación depende en una gran medida de dicha diferenciación.

Después de analizar el Capítulo de compras públicas y ponerlo en perspectiva con respecto al Régimen de Contratación Colombiano, evidenciando las

¹⁹⁵ Artículo 9.1, Capítulo 9, Tratado entre Colombia y Estados Unidos: *"Este Capítulo se aplica a cualquier medida de una Parte relativa a la contratación pública cubierta."*

¹⁹⁶ Para la determinación de la nacionalidad en el caso de las personas se han previsto por parte del derecho Internacional documentos homogenizados y conocidos como el pasaporte y la visa.

¹⁹⁷ La nacionalidad de las entidades estatales es simple de identificar, pues el nexo con el estado de origen es determinable desde instituciones administrativas existentes según el sistema de gobierno imperante.

¹⁹⁸ *"(...) en los TLC con EE.UU. y con Corea del Sur se contempla un capítulo independiente dedicado a la inversión extranjera. La diferencia entre estas dos formas de regulación consiste en que la última abarca tanto el derecho al establecimiento dentro del país receptor, sobre la base del principio de no discriminación, como los mecanismos de protección de los intereses de los inversionistas en la etapa posterior a su establecimiento (...)"*.

¹⁹⁹ *"La determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional contemporáneo se desarrolla en un ambiente de tensión creada por la oposición de dos principios. Por un lado, se encuentra el principio de la personalidad jurídica propia de la sociedad, distinta a la de los socios. De ello se desprende que la nacionalidad de las sociedades se determina prima facie por el lugar de su constitución. El principio opuesto puede describirse en forma abreviada como el de la realidad económica y permite, en casos excepcionales, pasar por alto la personalidad jurídica propia de las sociedades y juzgar la conducta de las personas naturales que se encuentran tras su apariencia. En materia de inversiones transfronterizas, la técnica del levantamiento del velo societario se ocupa para ampliar el ámbito de protección que se brinda a los inversionistas extranjeros. Es decir, el principio de la realidad debe prevalecer en el marco regulatorio de la inversión extranjera, para que este régimen cumpla sus objetivos sin quedar estancado en limitaciones de carácter formal."* 1. NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL. MEREMINSKAYA, Elina. 1, Santiago de Chile: Universidad Austral de Chile, 2005, Vol. XVIII. ISSN 0718-0950.



inconsistencias para efectos de su aplicación, se debe entrar a analizar lo correspondiente a las Normas de Origen de los Bienes.

La procedencia de este análisis surge en primera medida por cuanto el sistema de compras públicas colombiano acredita una ventaja en la calificación de los oferentes que se presenten a un proceso público, quienes deben acreditar la condición de origen de sus bienes para acceder al beneficio. Además, porque el Tratado contempla presupuestos para no aplicar los beneficios del acuerdo por consideraciones de origen.

2.2 Las Reglas de Origen de las Mercancías. Un contexto general

Una herramienta particularmente importante utilizada por los Estados para efectos de desarrollar las relaciones de interdependencia económica, es la calificación, clasificación y en general el desarrollo de las Normas de Origen de Las mercancías²⁰⁰; en tal sentido, cabe afirmarse que estas reglas deben considerarse como: *“disposiciones específicas aplicadas por un país para determinar el origen de las mercancías”*²⁰¹. Los inconvenientes surgen en la medida que existen diversos mecanismos que pueden utilizar los Estados para determinar el origen de los bienes y servicios²⁰². En muchos casos, en razón de la diversidad de los métodos, se ralentiza la interrelación económica cuando la complejidad del mecanismo utilizado para determinar el origen es alta.

²⁰⁰ La importancia de abordar este tema en el estudio es que tal y como lo afirma la Profesora Gloria Stella Plazas Peralta las normas de origen preferenciales: *“garantizan que la preferencia se destine a los países con los cuales se tiene un acuerdo comercial”*. **bastardilla fuera de texto** (PLAZAS PERALTA, G. S. (02 de marzo de 2009). *Cámara de Comercio de Bogotá*. Recuperado el 04 de enero de 2011, de Normas de Origen y Acuerdos Comerciales: camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?conID=5694) En Colombia es de vital importancia vigilar el otorgamiento de tales preferencias más cuando se suscribe un gran número de acuerdos comerciales en donde varían los umbrales de negociación e inclusive las cifras para determinar la aplicación de las preferencias.

²⁰¹ Convención Internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros. Anexo D 1.

²⁰² Existen varias clasificaciones de las reglas de origen dependiendo de la forma como se les analice; en esa medida pueden ser preferenciales o no preferenciales, acumulativas y no acumulativas, bilaterales o multilaterales y cada clasificación presenta a su vez subclasificaciones según la forma como sean aplicadas.



Otro aspecto a tener en cuenta es la función primordial de las reglas de origen, debido a sus usos diversos. En principio se afirma que estas deben *“lograr que los beneficios del programa de liberación correspondan a productos con un cierto grado de integración zonal, para evitar reexportaciones con un pequeño grado de transformación y colocar a los productos zonales en condiciones equitativas de competencia.”*²⁰³ Por lo que es claro que la forma como se estipulen las reglas de origen, ya sea para efectos de un Tratado en donde se facilite el comercio “Preferenciales”²⁰⁴ o para efectos generales de política aduanera “No Preferenciales”²⁰⁵ puede crear obstáculos técnicos al comercio.

Ahora, dicha institución puede ser analizada desde varios puntos de vista; sean estos globales, a partir de documentos u organismos internacionales que pretenden universalizar la aplicación de la mencionada institución, desde las cuales se comienzan a estructurar las Normas de Origen como actualmente las conocemos. En dos oportunidades se hace un esfuerzo²⁰⁶ por estandarizar la regulación de origen de los bienes y servicios No Preferenciales, principalmente con el objeto de simplificar los procedimientos para efectos de facilitar el comercio entre las naciones²⁰⁷.

²⁰³ Asociación Latinoamericana del Libre Comercio. (1966). Problemas de Origen en el comercio intrazonal. Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina.

²⁰⁴ Aquellos instrumentos internacionales que contienen Reglas de Origen de los Bienes, establecen criterios para su determinación y procedimientos para su acreditación, los cuales varían en cada Tratado o Acuerdo. Las regulaciones contenidas en tales instrumentos se denominan Normas de Origen Preferenciales, pues otorgan preferencias específicas para efectos de establecer el origen de las mercancías, en cada Tratado. afirma el profesor Xavier Basaldúa haciendo referencia a tales que: “surgen de regímenes especiales, como aquellos previstos en acuerdos internacionales para regular el comercio entre dos o más estados parte” **BASALDÚA, Ricardo Xavier**. 2007. La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

²⁰⁵ Hace referencia a las Reglas Generales que debe cumplir un Bien en Colombia, para ser considerado de origen.

²⁰⁶ La primera oportunidad se presentó a través del Consejo de Cooperación Aduanera a través del convenio de Kyoto (1973-1979) y luego con el instrumento GATT antecedente inmediato de la Organización Mundial del Comercio a través de la Ronda de Uruguay (1986-1994).

²⁰⁷ “La armonización de las reglas de origen preferenciales parece especialmente difícil, dada la especificidad intrínseca de las reglas de origen de este tipo” **BASALDÚA, Ricardo Xavier**. 2007. La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.



También pueden llegar a abordarse de manera más puntual analizando las normas que en un estado concretamente como es el colombiano, se regula la materia. En tal grado, cabe anotar que si bien se hace necesario tratar de manera general las Normas de Origen, el tema al cual se le pretende dar énfasis en este estudio son las normas de origen en Colombia dentro del marco del TLC con Estados Unidos.

De esta forma, es necesario mencionar que las reglas de origen presentan los siguientes usos principalmente: “1) *valorar las mercaderías*; 2) *clasificar las mercaderías*; 3) *determinar su situación frente al arancel aduanero*; 4) *aplicar derechos antidumping y compensatorios*; 5) *aplicar restricciones directas*; 6) *aplicar medidas de retorsión*; 7) *permitir la libre circulación de mercaderías*; 8) *determinar las condiciones de comercialización interna*.”²⁰⁸ Sin embargo, para efectos del presente documento, se pretenden abordar especialmente a partir de la determinación de las condiciones de comercialización interna por parte del estadounidense en el escenario de las compras públicas, a través de los beneficios que se otorgan a los productos que se consideran o se lleguen a considerar de origen²⁰⁹. Lo anterior en virtud del principio de Trato Nacional que se les debe otorgar, a causa del Tratado de Libre Comercio²¹⁰.

²⁰⁸ **BASALDÚA, Ricardo Xavier. 2007.** *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*. Buenos Aires : LexisNexis, 2007.

²⁰⁹ La determinación del origen de los productos sobre los que versa el contrato resulta a veces, necesaria, con un objetivo, claro está, discriminatorio. **GARCÍA CATALÁN, María Isabel. 2001.** *Las reglas de origen y la extranjería referida a las mercancías: una perspectiva española condicionada internacionalmente*. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 2001.

²¹⁰ Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Colombia, artículo 9.2: Principios Generales, Trato Nacional y No Discriminación “1. *Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, cada Parte otorgará incondicionalmente a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado por dicha Parte a sus propias mercancías, servicios y proveedores.* 2. *Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, ninguna Parte podrá: (a) tratar a un proveedor establecido localmente de manera menos favorable que a otro proveedor establecido localmente, en razón de su grado de afiliación o propiedad extranjera; o (b) discriminar en contra de un proveedor establecido localmente sobre la base de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una contratación pública particular sean mercancías o servicios de la otra Parte.*”



Así las cosas, es procedente abordar las compras públicas y su relación con las normas de origen, desde lo afirmado por los profesores Rojas Arroyo y Lloreda, sobre el tema de estudio en los siguientes términos: *“Las reglas sobre compras públicas están compuestas de dos elementos: las disciplinas a las cuales se deben sujetar los procesos de contratación del estado y los compromisos específicos en materia de acceso a mercados y trato nacional que asume el país”*²¹¹. Ahora, al haber compromisos adquiridos mediante Tratados de Libre Comercio relacionados con el principio de Trato Nacional, se hace indispensable analizar el origen de los bienes como presupuesto fundamental para considerar como nacionales productos de otras latitudes que en virtud del acuerdo así deben considerarse.

Por lo anterior, es necesario entrar a revisar específicamente las normas colombianas que regulan la materia, como son la Ley 816 de 2003 la cual apoya a la industria nacional a través de la contratación pública, otorgando ventajas desde las reglas de origen de los bienes y servicios; el Decreto 2680 de 2009, el cual establece los criterios para determinar el origen de los bienes; el Decreto 1510 de 2013 el cual reglamenta la aplicación de Origen Nacional en el marco de los Tratados y Acuerdos con otros Estados; y demás circulares y conceptos emitidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que han sido pronunciados para efectos de la aplicación específica de la materia, haciendo referencia en particular a aquellas normas que se conocen como Normas de Origen No Preferenciales.

Vale la pena manifestar que se hará mención tangencialmente a las normas que contienen los criterios de excepción a la aplicación de las ventajas de origen establecidas por la Ley 816 de 2003; paralelamente se hará referencia al Capítulo Cuarto del Acuerdo y el Anexo a éste, el cual reglamenta las Normas de Origen

²¹¹ **ROJAS ARROYO, S., & LLOREDA, M. E.** (2007). *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos*. Bogotá, Colombia: Norma.



del Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, para efectos de evidenciar la complejidad de las Normas de Origen Preferenciales del Tratado suscrito con la Nación Norteamericana.

Por último, se abordarán los documentos de certificación de la condición de origen en Colombia, para efectos de la aplicación práctica de las mismas por parte del operador jurídico desde la contratación estatal y las ventajas ponderativas que dicha condición otorga, aspecto que en definitiva se interrelaciona con el análisis del Sistema de Normas No Preferenciales, a través de la certificación de origen, para efectos de acreditar la condición de nacional en el país y en otras latitudes.²¹² En conclusión, puesto que el marco de estudio son las Normas de Origen Preferenciales, abordadas desde el Tratado de Libre comercio, se hace necesario abordar las No Preferenciales, en atención a que para hacerse a las ventajas ponderativas de la Ley 816 de 2003, sea por estadounidenses o colombianos, se deberá recurrir a los procedimientos generales emitidos en la materia.

2.3 Las Reglas de Origen No Preferenciales en Colombia

En particular, se definen las Reglas de Origen como un instrumento a través del cual es posible identificar el origen desde una perspectiva inicialmente económica²¹³ de un bien y un servicio, para efectos de la identificación del nexo que dichos bienes y servicios presentan con una o varias naciones, y en esa medida otorgarles el tratamiento previamente determinado, ya sea desde un reconocimiento general, como es el caso de las Reglas de Origen No

²¹² “Debe destacarse que las reglas de origen no se ocupan solamente de estos aspectos que llamaremos sustantivos, sino también de aspectos procedimentales dedicados a regular las pruebas en las que el origen queda explicitado. Estamos hablando, básicamente de los certificados de origen **GARCÍA CATALÁN, María Isabel. 2001. Las reglas de origen y la extranjería referida a las mercancías: una perspectiva española condicionada internacionalmente. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 2001.**

²¹³ Se hace referencia a que es principalmente económica por cuanto el aspecto geográfico siempre está presente, simplemente que se desnaturaliza tal factor atendiendo a la complejidad de algunos bienes en donde por su grado de complejidad en la elaboración adquieren importancia criterios económicos para efectos de la determinación del origen.



Preferenciales²¹⁴ o de una manera más específica como es el caso de las Preferenciales²¹⁵, partiendo del supuesto por el cual los estados deben regular el ejercicio del comercio internacional para efectos de dinamizar la economía protegiendo el mercado interno como premisa principal.

En la actualidad, en Colombia en particular, las Normas de Origen No Preferenciales parten del Decreto 2680 de 2009, el cual remite en su artículo 4 a los criterios establecidos por el Gobierno Nacional para calificar los Bienes Nacionales²¹⁶ según el Registro de Productores de Bienes Nacionales²¹⁷, derogando lo establecido anteriormente por el Decreto 679 de 1994²¹⁸. El mencionado Decreto determina los criterios para considerar un bien como de origen, estableciendo en su artículo 1 que se entienden como bienes nacionales: *“aquellos bienes totalmente obtenidos, elaborados con materiales nacionales o productos que sufran alguna transformación sustancial”*.

²¹⁴ Se hace referencia a las normas de origen no preferenciales por cuanto conforman la parte general del sistema de clasificación de origen en la medida que salvaguardan el comercio interno de un estado sin otorgar de manera específica ventajas o preferencias a otras naciones.

²¹⁵ Las normas de origen preferenciales presentan un contexto más cerrado por cuanto se centran en regular la inclusión de bienes y servicios a través de acuerdos o tratados comerciales específicos entre dos o más naciones. *“Las reglas de origen en el ámbito no preferencial son aquellas cuya aplicación recae sobre mercancías que se internan en un mercado en condiciones no preferenciales es decir que no están relacionadas con regímenes de comercio contractuales autónomos en virtud de los cuales se otorguen preferencias arancelarias”* WITKER, Jorge. *Las Reglas de Origen en el Comercio Internacional Contemporáneo*. Mexico D.F. : Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2005. 220.

²¹⁶ Se hará referencia específicamente a los bienes, atendiendo a que los servicios aún no encuentran desarrollo dentro de la legislación que regula las Normas de Origen.

²¹⁷ El Registro de Productores de Bienes Nacionales es el instrumento mediante el cual los productores de bienes que accedan a él hacen parte del sistema de información de bienes (registro en la base de datos) que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia a través del Grupo de Registro de Productores de Bienes Nacionales utiliza para el cumplimiento de sus funciones. **Cámara de Comercio de Manizales. 2011.** Cámara de Comercio de Manizales. [En línea] Alsus IT Group S.A., 30 de Marzo de 2011. [Citado el: 17 de Septiembre de 2011.] <http://www.ccm.org.co/publicaciones/770/Registro%20P.B.N.1.pdf>.

²¹⁸ Cabe manifestar que el porcentaje determinado en el Decreto 679 de 1994 para considerar un bien como de origen difería al igual que el procedimiento que era más simple al no involucrar ninguna fórmula concreta pues la norma consideraba como de origen *“bienes de origen nacional aquellos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, utilizados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación, sea igual o inferior al 60%”* lo que parece un poco contradictorio al imponer un límite máximo.



El tema comienza a complicarse al definir lo que se considera una transformación sustancial, puesto que en el caso de los bienes totalmente obtenidos²¹⁹ y los elaborados con materiales nacionales²²⁰ se hace técnicamente más simple determinar la condición de origen. Sin embargo, en el caso de la transformación sustancial intervienen otros factores para determinar el origen establecido desde la normatividad, como se enunciará a continuación.

Se presenta dicha transformación específicamente bajo dos circunstancias: Primero, cuando las mercancías presentan un porcentaje mínimo de valor agregado nacional, el cual no puede ser inferior al 40%, para lo cual se toma una formula aritmética en donde se pretende obtener el VAN (Valor Agregado Nacional), a partir de los bienes no originarios ajustados sobre la base CIF²²¹. Lo anterior hace que la determinación del origen dependa del sistema contable que se implemente en cada empresa, asunto que relativiza la determinación de dicha condición complicando la tarea del ente certificador²²².

En segundo lugar la norma determina la existencia de un proceso productivo sustancial apoyándose en una definición ofrecida por el artículo 6° precisando el fenómeno en la siguiente medida: *“Se considera que existe un proceso productivo sustancial cuando un bien que conste total o parcialmente de materiales no originarios, es expuesto a un proceso productivo en territorio nacional, del cual resulte un bien comercial nuevo y diferente, con un nombre, características físicas o químicas y uso o finalidad distintos de los materiales que permitieron su*

²¹⁹En este caso en particular en el artículo 2° de la norma objeto de análisis se hace una lista taxativa y sencilla de qué tipo de bienes y bajo qué circunstancias se consideran de origen nacional.

²²⁰ El artículo 3° del mencionado Decreto determina que: *“Bienes elaborados con materiales nacionales. Son aquellos productos que sean elaborados enteramente en el territorio nacional a partir exclusivamente de materiales producidos nacionalmente”*

²²¹ El Incoterm CIF (Cost, Insurance and Freight) (named destination port) hace referencia al coste, seguro y flete (puerto de destino convenido) en donde el vendedor se hace cargo de todos los costos, incluidos el transporte principal y el seguro, hasta que la mercancía llegue al puerto de destino.

²²² El Ministerio de Industria Comercio y Turismo certifica dicha condición para lo cual implemento un sistema electrónico denominado VUCE (Ventanilla Única de Comercio Exterior) aunque se apoya en visitas para enfrentar la información ofrecida por el productor que lo solicita.



transformación.” Aspecto que en últimas otorga elementos de juicio para que el ente certificador otorgue la condición de origen mediante la certificación.

Ahora, como inconveniente con respecto a los dos métodos ya mencionados para determinar la Transformación Sustancial, aparecen las zonas grises de interpretación respecto de ciertas mercancías que involucran procesos productivos complejos ya sea desde el montaje de piezas separadas previamente o simples operaciones de montaje; inconvenientes que han sido materia de estudio en otras latitudes en donde por su uso, las normas de origen presentan un mayor desarrollo no solo legal si no también jurisprudencial,²²³ no siendo este el caso de Colombia.

En cuanto al artículo 7° del Decreto, para concretar el concepto de operación sustancial se determina una lista taxativa de circunstancias que no deben llegar a considerarse transformación sustancial, para efectos de no dejar elementos por fuera y así evitar posteriores conflictos en su aplicación. Pero, no debe dejarse de lado que el desarrollo tecnológico relativiza dichas tipificaciones y se hará necesario el apoyo de criterios subsidiarios de interpretación.

²²³ En el caso *BROTHER INTERNATIONAL GMBH CONTRA HAUPTZOLLAMT GIESSEN* se establece un precedente jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en donde el montaje de piezas separadas previamente o simples operaciones de montaje pueden considerarse como una transformación sustancial por cuanto: *“representan la fase de producción determinante en el curso de la cual se concreta el destino de los componentes utilizados y se confiere a la mercancía de que se trate sus propiedades cualitativas específicas en el supuesto de que la aplicación de este criterio no permita llegar a ninguna conclusión, procede comprobar si el conjunto de las operaciones de montaje de que se trate produce un aumento sensible del valor comercial, en la fase de salida de fábrica, del producto acabado. La transferencia del montaje desde el país de fabricación de los componentes a otro país, donde se utilizan fábricas ya existentes, no justifica por sí misma la sospecha de que esta transferencia tuvo por único objeto eludir las disposiciones aplicables, excepto si existe una coincidencia temporal entre la entrada en vigor de la normativa pertinente y la transferencia del montaje. En este último supuesto, corresponderá al operador económico afectado aportar la prueba de un motivo razonable, distinto del de eludir las consecuencias derivadas de las disposiciones de que se trate, para la realización de las operaciones de montaje en el país desde el que se exportan las mercancías.* **SLYNN, Sir Gordon. PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL: HESSISCHES FINANZGERICHT. C-26/88. Eurolex : EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta), República Federal de Alemania., 1989.**



2.3.1 Aspectos Procedimentales y la Certificación para acreditar el Origen

Después de revisar el estado de las normas de origen en Colombia, en un sentido teórico, cabe abordar aspectos más prácticos; como es el caso de la certificación de origen, para lo cual deben mencionarse la OMA (Organización Mundial de Aduanas) principalmente y de manera tangencial la OMC (Organización Mundial del Comercio), pues los mencionados entes han intervenido el tema para efectos de la unificación de las normas de origen, caracterizando la prueba documental en este campo desde el Convenio de Kyoto como: *“una declaración certificada del origen o una declaración de origen”* y a la vez definiendo el certificado específicamente como *“un formulario determinado que permite identificar las mercaderías y en el cual la autoridad o el organismo habilitado para emitirlo certifica expresamente que las mercaderías a las que se refiere el certificado son originarias de un país determinado”*²²⁴.

Particularmente en Colombia el primer ente habilitado para emitir el Certificado de Origen es el Ministerio de Comercio Industria y Turismo en virtud del artículo 2° numeral 25° del Decreto 210 de 2003²²⁵. De igual manera, en la misma disposición, en el artículo 19 específicamente, le compete a la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones tal tarea²²⁶ en el numeral 1°²²⁷ de la norma.

²²⁴ **BASALDÚA, Ricardo Xavier. 2007.** *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional.* Buenos Aires : LexisNexis, 2007.

²²⁵ “Llevar el registro de producción nacional, de la declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios, de contratos de importación de tecnología, de turismo y expedir las certificaciones pertinentes”.

²²⁶ Establece el convenio de Kyoto en su anexo D.2 que: *“Toda parte contratante que acepte el anexo deberá notificar a las demás partes quienes son las autoridades competentes para emitir las pruebas documentales de origen”*

²²⁷ “1. Administrar el registro de productores nacionales con el fin de recopilar información sobre la producción existente en el país, expedir los conceptos sobre existencia de producción nacional, entre otras finalidades con destino a las licitaciones públicas y a la expedición de licencias previas de importación, y expedir las demás certificaciones requeridas relacionadas con la materia.



Luego, el Decreto 4149 de 10 de diciembre de 2004 del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, *“por el cual se racionalizan algunos trámites y procedimientos de comercio exterior,”* crea la Ventanilla Única de Comercio Exterior VUCE para efectos de administrar la información relacionada con las operaciones específicas de importación y exportación a través de medios electrónicos de información, empezando así la implementación de medios verdaderamente eficientes para la certificación del origen.

Sin embargo, mediante el Decreto 4176 de 2011, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por sus siglas (DIAN), asume funciones para fijar criterios de origen y expedir la certificación de productos colombianos unicamente para efectos de la exportación de servicios²²⁸ y frente a la importación de tecnología²²⁹. Como tal, sólo se le transfieren funciones de dos aspectos específicos a la DIAN, por lo que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a través de la Dirección de Comercio Exterior transferirá la información pertinente para que ésta certifique el origen de la importación de tecnología²³⁰.

A continuación, comienzan a intervenir disposiciones administrativas, tales como la Resolución 329 de 2009 emitida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo *“Por la cual se establecen disposiciones relacionadas con la determinación de origen de productos con destino a la exportación”*, la cual

²²⁸ La exportación de servicios no se abordará en el presente estudio, en razón a que se analiza lo correspondiente a la acreditación del Origen de los Bienes en Colombia, para efectos de las compras públicas.

²²⁹ Decreto 4176 de 2011, artículo 1° *“Reasignar las siguientes funciones actualmente en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a la Unidad Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- : 1. Llevar y administrar el registro de los contratos de importación de tecnología y de exportación de servicios, y expedir las certificaciones pertinentes. 2. Fijar criterios de origen y expedir la certificación del origen de productos colombianos con destino a la exportación.”*

²³⁰ Decreto 4176 de 2011, artículo 2°. *“El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a través de la Dirección de Comercio Exterior, transferirá a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- , debidamente inventariadas las fuentes de los aplicativos de origen de las mercancías con sus respectivas bases de datos; la base de datos para el registro de la Declaración Escrita sobre Contratos de Exportación de Servicios y de los Contratos de Importación de Tecnología; los archivos y expedientes administrativos de gestión y la totalidad de las existencias de formas valoradas para la impresión de los certificados de origen de conformidad con lo previsto en la Ley 594 de 2000, Ley General de Archivos y demás normas que regulen la materia”*



establece en su artículo 3° que: *“La determinación de la norma de origen por el usuario exportador se realizará bajo la gravedad de juramento, será firmada digitalmente por este y podrá ser objeto de verificación posterior por parte de la entidad competente”*. Lo anterior permite en principio acreditar la condición de origen de manera juramentada, pues dicha información se encuentra sujeta a verificación posterior por parte de la entidad según el artículo 5° de la disposición.

Posteriormente, la Resolución 331 de 2010 emitida por el mismo Ministerio de Comercio, Industria y Turismo *“Por la cual se establecen disposiciones relacionadas con el Registro de Productores de Bienes Nacionales”* complementa el funcionamiento del Registro de Productores de Bienes Nacionales convirtiendo el Registro a través de su artículo 6°²³¹, en el soporte respecto de la existencia de producción nacional registrada, y permitiendo la consulta de los productores nacionales a través de la página web del VUCE.

En la actualidad los inconvenientes comienzan a hacerse presentes pues involucrar a la DIAN hace más complejo el sistema de Origen en Colombia; por cuanto para poder acreditarlo, se debe revisar primero si se trata de la importación de tecnología y de ahí decidir si se acude a la DIAN o al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para los demás casos. De igual manera, como se revisó en el aparte anterior, el procedimiento de certificación de origen se reglamentó mediante dos Resoluciones emitidas desde el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por lo que no se pueden hacer extensivas a la DIAN, ya que dicho organismo está adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, variando los referentes para acreditar un tema tan complejo como el Origen de los Bienes.

²³¹ *“El Registro de Productores de Bienes Nacionales tendrá los siguientes efectos: Proporcionar información sobre cuya base se emitirán los conceptos sobre existencia de producción nacional registrada....- Constituir un instrumento de consulta y soporte entre otros para: A)... B) La certificación de que trata el artículo 4° del Decreto 660 de 2007 C) Para los procesos de Licitaciones del Sector oficial.)*



Por otro lado, atendiendo a que la condición de origen de los bienes debe acreditarse desde lo estipulado en las Resoluciones 329 de 2009 y 331 de 2010. Estas condiciones no aparecen del todo claras, puesto que a partir de la primer disposición se puede entender que la declaración juramentada sería en principio suficiente para efectos del artículo 2° de la siguiente manera: *“La determinación de origen debe ser presentada por el exportador (productor nacional o comercializador) a través del formulario “Declaración juramentada determinación de origen” incluido en el módulo de formulario único de comercio exterior, FUCE, de la ventanilla única de comercio exterior, VUCE”*. Sin embargo de la segunda disposición puede entenderse que se debe esperar el envío digital de un segundo documento el cual está sujeto a verificación posterior en la siguiente medida: Artículo 4°: *“El Grupo Registro de Productores de Bienes Nacionales de Diseño y Administración de Operaciones de la Dirección de Comercio Exterior, evaluará la solicitud de registro como productor de bienes nacionales y determinará si esta puede ser incluida en la base de datos del Registro de Productores de Bienes Nacionales. La decisión que adopte el Grupo de Registro de Productores de Bienes Nacionales se comunicará al correo electrónico que el interesado haya suministrado en el formulario de solicitud”* Por lo tanto no aparece tan claro el documento idóneo para efectos de acreditar el origen de las mercaderías.

La anterior ambigüedad es solucionada por vía de concepto emitido por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo al Ministerio de Defensa Nacional enviado por la Doctora FLOR MARÍA PINILLA POVEDA Directora de Comercio Exterior (e) con oficio 2-2010-042389 de fecha 20 de octubre de 2010, en los siguientes términos, sobre el documento idóneo para certificarse como productor nacional en procesos de contratación pública, así: *“(…) En efecto, respecto a la solicitud en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el artículo 6 de la Resolución 331 de 2010, el Registro de Productor de Bienes Nacionales constituye un instrumento de consulta y soporte para los procesos de licitaciones del sector oficial. A su vez, la Declaración Juramentada Determinación*



de Origen, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 329 de 2009, no es un documento prueba que acredite a una empresa como productor de bienes nacionales". De lo anterior se pueden abstraer elementos confusos en el proceso de acreditación del origen de los bienes, más en un documento fundamental para dichos efectos como es la certificación de origen.

Es importante tener en cuenta que aunque estos pronunciamientos aclaren la situación, desde el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, éste tipo de manifestaciones no aplicarían a la DIAN y por otro lado no están al alcance de todas las entidades públicas ni de los empresarios quienes deben empezar a considerar las reglas de origen como materia obligatoria para efectos de la aplicación de las normas de contratación estatal. Por tanto el artículo 9.3, Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos establece como obligación que: *"Cada Parte deberá publicar oportunamente la siguiente información relativa a una contratación pública cubierta, y toda modificación o adición a esta información, ya sea por medios electrónicos o impresos de amplia difusión y de fácil acceso para el público: (a) leyes, reglamentos, y procedimientos; y (b) sentencias judiciales y decisiones administrativas de aplicación general."*²³²

Otro inconveniente detectado tiene relación directa con el VUCE, en el sentido de convertirse en una herramienta de consulta obligatoria para las entidades cubiertas por los artículos 65° y 78°²³³ del Decreto 1510 de 2013²³⁴, en el sentido de permitir que para efectos de aplicar las excepciones de defensa y seguridad

²³² Dicha suerte de pronunciamientos tan ligeros, deben empezar a institucionalizarse, ya sea mediante una base de datos oficial que los administre y difunda, o mediante la emisión de pronunciamientos jurídicamente más relevantes, que garantice su publicación a través del Diario Oficial, como en el caso de las Leyes. Lo anterior, para dar cumplimiento al compromiso. Ahora, estas previsiones debieron darse antes de adquirir los compromisos, pues mientras el país se ajusta el riesgo jurídico de incumplimiento del compromiso persiste.

²³³ Estos artículos abordan las circunstancias a través de las cuales las entidades relacionadas con la seguridad y defensa.

²³⁴ Reglamentario de la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, Leyes eje del ejercicio contractual en Colombia, como se abordará, más adelante.



antes de abrir un proceso de selección abreviada reglado en el artículo 65²³⁵ del mencionado Decreto, sea posible apelar al sistema VUCE para efectos de detectar si existe oferta nacional para la adquisición futura. Sin embargo, atendiendo a la Resolución 331 de 2010 ya citada, los oferentes deberán allegar la certificación de origen para lograr participar en el proceso, lo que se puede llegar a considerar innecesario. Esto se afirma puesto que si la entidad tiene acceso al Registro de Productores de Bienes Nacionales a través del VUCE, el certificado se convierte en un simple formalismo.

Por último, la procedencia de abordar las normas No preferenciales dentro del presente estudio se da, por cuanto el procedimiento arriba descrito aplica también para los oferentes nacionales que quieran hacerse a tal condición. Quiere decir esto que el oferente Colombiano que quiera acreditar el origen en un proceso de contratación debe atenerse al procedimiento No preferencial si quiere hacerse a la puntuación extra que ofrece la Ley 816 de 2003. Mientras que el estadounidense en virtud de la preferencia del tratado cuenta con otro trámite para acreditar el origen de sus bienes.

2.4 Las Normas de Origen y las Compras Públicas en Colombia

En materia de compras públicas, se comienza regulando la materia a partir del artículo 21° de la Ley 80 de 1993²³⁶, en donde se establece la prevalencia de

²³⁵ Para efectos de este artículo la norma permite cambiar la modalidad de selección (licitación) por una simplificada (selección abreviada) y garantizar que los oferentes que se presenten a dicha convocatoria acrediten su calidad de nacionales.

²³⁶ Artículo 21 Ley 80 de 1993: *“Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.*

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

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

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



origen de los bienes y servicios nacionales, para efectos de otorgar ventajas en cuanto a compras públicas se refiere, para efectos en principio No Preferenciales²³⁷. En esa medida, complementa tal disposición la Ley 816 de 2003 *“Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública.”* otorgando ventajas en la calificación de los proponentes considerados nacionales, en los procedimientos públicos de contratación estatal²³⁸.

Dicha norma determina desde el párrafo del artículo 1, Modificado por el Decreto 019 de 2012 que: *“Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.”* En esa medida, las ventajas instituidas abarcan las importaciones de países con los que Colombia haya negociado Trato Nacional o en donde se acredite reciprocidad en el sentido de la disposición²³⁹. En suma, para poder hacerse a la ventaja ponderativa se hace necesario acreditar el origen de los bienes, sea desde el procedimiento No Preferencial, caso de los productos colombianos o desde el preferencial, según el Acuerdo correspondiente, dentro del marco de un proceso de contratación.

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

²³⁷ Se afirma en principio para las reglas de origen no preferenciales puesto que para efectos de materializar la aplicación de las reglas de origen en cuanto a tratados suscritos con otras naciones se refiere, se debe hacer uso de los procedimientos de certificación implementados por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo para el caso de las normas preferenciales también.

²³⁸ Se hace referencia a la modalidad de Licitación Pública, Selección Abreviada y concurso de méritos.

²³⁹ *“Ni siquiera todas las mercancías extranjeras son objeto de la misma regulación, sino que en función de su vinculación con uno u otro país extranjero recibirán tratamiento concreto”* **GARCÍA CATALÁN, María Isabel.** 2001. Las reglas de origen y la extranjería referida a las mercancías: una perspectiva española condicionada internacionalmente. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001.



Particularmente, para efectos del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y la acreditación del origen Preferencial, debe manifestarse que con relación al Capítulo IV *“Reglas de Origen y Procedimientos de Origen”* sección B *“Procedimientos de Origen”* No es clara la manera como se acreditará la condición de los bienes, dejando aparente libertad probatoria para efectos de acreditar el Trato de origen en el siguiente sentido: *“Cada parte dispondrá que una certificación no necesita estar hecha en un formato preestablecido, siempre que la certificación sea en forma escrita y electrónica”*. Luego se establecen unos datos mínimos para la certificación tales como; el nombre de la entidad certificadora y la información de contacto de esta, la clasificación arancelaria bajo el sistema armonizado y la descripción de la mercancía, información que demuestre que la mercancía es originaria, fecha de la certificación, establecer si son varios embarques y por último se debe consignar el período que cubre la certificación. Sin embargo, no se realiza pronunciamiento expreso respecto de la unificación para efectos de emitir el origen de los bienes objeto del acuerdo.

Por lo anterior no está claro si dicha certificación debe ser expedida por un órgano unificado designado, o si puede emitirse por parte del productor como un documento juramentado. En tal medida, desde la perspectiva del exportador colombiano sí se reducen los procedimientos, pero en cuanto a la acreditación del origen de los bienes en el territorio nacional se detectan inconvenientes en dos sentidos. Primero, podría llegarse a afirmar bajo circunstancias de acuerdos comerciales preferenciales, que le es más difícil al empresario colombiano acreditar la condición de nacional de sus bienes en el país, que para un estadounidense; pues el acuerdo le otorga más libertad para acreditar la condición de nacional como se acredita en el presente escrito.

Por otro lado también se evidencia un riesgo en la tarea que adelanta el operador jurídico colombiano particularmente en materia de compras públicas, pues en últimas él es quien debe otorgar los beneficios desde la condición de origen,



desde las condiciones del acuerdo y en esa misma medida con cada Tratado suscrito en el país, por lo tanto si las reglas de origen no están claras, la dificultad para reconocer dicha condición crece.²⁴⁰

Por último cabe hacer mención de la Sección B del Anexo 9.1 del Tratado, el cual dentro de sus Notas establece Reglas de Origen Preferenciales, por cuanto permite a las Gobiernaciones excluir de los beneficios del Capítulo IX a quienes no acrediten que el servicio o el bien materia de aplicación es realizado de manera sustancial en uno o más de los estados participantes²⁴¹.

Como se puntualizó en dicho capítulo, tal requisito es inconsistente para los servicios, por cuanto es improcedente establecer una Regla de Origen por la realización y valorización del servicio en virtud del país de origen. Lo anterior atendiendo a que los servicios se prestan en el país que los contrata, por lo que todos los servicios que se adelanten en Colombia tendrán como origen este mismo país, independientemente del origen de quien los preste. Lo anterior puesto que la regla de origen de los servicios apela a un criterio personal para determinarse, siendo incompatible el criterio de valorización²⁴².

²⁴⁰ En este sentido afirma el profesor José Manuel López Libreros citando a (Wonnacott, 1996), (Baldwin, 1993) y (Bhagwati, 2002), que: “Con la firma de los acuerdos comerciales el país se coloca en el centro de un sistema radial conformado por los distintos acuerdos esto, a su vez, desencadena una suerte de efecto dominó entre los países excluidos que comenzarán a buscar su propia red de acuerdos. De esta forma, se va creando una confusa red de acuerdos preferenciales y sus respectivos regímenes de origen, muchas veces incoherentes. Este fenómeno, identificado como del «tazón de espagueti» hace más complejos y caros los intercambios.” Las Normas de Origen para las Mercancías en el sistema GATT-OMC. **LÓPEZ LIBREROS, José Manuel**. 2008. 843, Madrid: Revista ICE, 2008, Vol. 1.

²⁴¹ El Anexo 9.1 del Tratado en la Sección B, numeral 4, Notas de Colombia Define el concepto ahora frente a los servicios: “Un servicio, distinto al de un servicio de construcción, será considerado que se realiza de manera sustancial en uno o más Estados participantes si la realización de dicho servicio en uno o más Estados participantes representa el 51 por ciento o más del valor del servicio.” Y a los bienes: “Un bien, será considerado que se realiza de manera sustancial en uno o más Estados participantes si la realización de dicho bien en uno o más Estados participantes representa el 51 por ciento o más del valor del bien.”

²⁴² “El criterio aplicable a esta incipiente regulación de las reglas de origen en el sector terciario es el personal. El criterio personal aplicado para determinar el origen de un servicio, tratándose de personas físicas como prestadores de servicios, se basa en el lugar de residencia o establecimiento.” **WITKER, Jorge**. *Las Reglas de Origen en el Comercio Internacional Contemporáneo*. Mexico D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. 220.



Cabe aclarar que en Colombia, para efectos de acreditar un servicio como nacional, aún no se emite norma que oriente o determine presupuestos para acreditar un servicio como de origen nacional.

Concluyendo, se evidencian grandes avances jurídicos y tecnológicos respecto de los mecanismos de acreditación de las normas de origen de los bienes en particular. Así mismo, es posible acreditar un acercamiento significativo con los conceptos de la OMA y las disciplinas de la OMC. Sin embargo, lo anterior no implica que aún queden pendientes de revisión aspectos que presentan contradicción en las normas que acreditan el origen en el país, no solo para efectos preferenciales, como se acreditó, sino también para los procedimientos no preferenciales con Estados Unidos particularmente. Lo anterior se afirma, en razón a que desde el desarrollo del presente estudio han ido apareciendo ventajas (asimetrías) que desde las normas de compras publicas a la luz del Tratado, facilitan la tarea del estadounidense, para efectos de éste capítulo, la acreditación del origen, debiéndose prever asimetrías favorables para Colombia más que para Estados Unidos, aun mas teniendo en cuenta la diferencia entre los dos países, aspecto que podría profundizarse desde otro énfasis²⁴³.

En tal medida el Gobierno debe ser cauteloso respecto de la negociación de los capítulos que regulan la materia a través de los Tratados de Libre Comercio, para no hacer más compleja la situación del proveedor del estado. De manera paralela debe revisar el Estatuto General de Contratación para efectos de concatenarlo con

²⁴³ “El trato especial y diferenciado ha tenido el efecto, en primer lugar, de centrar la política económica en objetivos de corto plazo. En segundo lugar, ha llevado a posponer la transformación productiva de sectores tradicionales de la economía, a la vez que ha justificado el subsidio de enclaves productivos, creando así economías duales. Finalmente, al otorgarse en igualdad de condiciones a todos los países beneficiarios, se han relegado a un segundo plano las diferencias estructurales de los países, que de hecho pueden provocar que un proceso de apertura comercial genere procesos de divergencia económica contrarios a un crecimiento sostenido y equitativo” **Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. 2001. La Asimetría en las relaciones comerciales. Sus efectos en el desempeño económico.** México : CEPAL, 2001. LC/MEX/L.507.



las políticas y procedimientos enfocados en dinamizar el comercio internacional y por último capacitar al operador jurídico que ejerce las compras públicas para que las ventajas de calificación por origen sean otorgadas de la manera como corresponde.

Una vez se han abordado los aspectos directamente relacionados en el Tratado de Libre Comercio objeto de estudio, desde una lógica práctica, el operador jurídico debe soportar su ejercicio; valga decir desde lo precontractual o de planeación o post contractual o de ejecución, en una serie de regulaciones alternas, las cuales también deben analizarse para efectos de emitir un pronunciamiento completo de coherencia entre lo interno y lo internacional.

Para efectos de la contratación estatal, el régimen de responsabilidad contiene una especial importancia por cuanto es soporte precontractual y de ejecución. En el primer caso, desde la obligación de acreditar los certificados de antecedentes penales, disciplinarios y fiscales para contratar, y en el segundo, para efectos de controlar las obligaciones contraídas en una contratación estatal; aspecto previsto en el Capítulo IX del Tratado, más cuando los sujetos objeto de la norma serán estadounidenses también.

3. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA COMO REQUISITO PRECONTRACTUAL EN COLOMBIA, Y LA NECESIDAD DE SU ARMONIZACIÓN PARA EFECTOS DEL TRATADO.

Para efectos de las compras públicas y el Tratado de Libre Comercio se han abordado hasta ahora temas que presentan relación con contenidos explícitos y



directos entre los dos criterios de comparación principales²⁴⁴, tales como: la cobertura, los procedimientos y la aplicación del principio de No Discriminación desde las normas de origen. Los mencionados desarrollos cuentan con una característica común, y es haber sido delimitados de manera manifiesta en el texto del Tratado de Libre Comercio,²⁴⁵ aspecto que facilita su desarrollo académico.

Sin embargo, el presente estudio aborda también un enfoque mas general y práctico por lo que se hace imposible dejar de lado la perspectiva del Operador Jurídico, quien además de tener que lidiar con las inconsistencias antes analizadas, ejerce su actividad a través de regímenes complementarios al sistema de contratación estatal colombiano²⁴⁶. Así las cosas, varios tratadistas han puesto de presente problemas de coherencia jurídica evidenciados en normas no sólo directamente contractuales, por cuanto las compras públicas soportan su desarrollo y aplicación en otras ramas del derecho alternando lo público y lo privado en su ejercicio.²⁴⁷

Participan tratadistas que soportan lo anteriormente mencionado; como el Profesor Juan Jacobo Calderón, quien menciona cuatro aspectos a tener en cuenta para efectos de los TLC. Alude como primer elemento a revisar: la coexistencia entre

²⁴⁴Con criterios de comparación se hace referencia a las dos variables principalmente enfrentadas a través del presente estudio como son, el Régimen de Compras Estatales Colombiano y el capítulo IX del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos.

²⁴⁵ Para el caso de la cobertura a través del Capítulo IX y anexos, para el caso de la No Discriminación a través del Capítulo II y para el caso de las normas de origen de los bienes en el Capítulo IV.

²⁴⁶“Hasta aquí podemos concluir, con la ley y la doctrina, que el régimen del contrato estatal es un régimen mixto, en el que participan concomitantemente y por mandato expreso de la ley en cuanto hace a la materia contractual propiamente dicha, los principios generales de la contratación, comunes al derecho público y privado; y adicionalmente, siempre estarán presentes como postulados de obligatoria observancia por las partes del contrato, en atención a su objeto, los principios del derecho público rectores de la actividad administrativa TODA en la consecución de los fines que la Constitución Política le determina, y que constituyen el único objeto posible de los contratos, que con tal propósito, se celebren” **Mier Barros, P. (2004)**. El Régimen Jurídico del Contrato Estatal. *Revista de Derecho Público Uniandes*, 18.

²⁴⁷“Esta concepción del contrato estatal prevalece hoy, y halla regulación expresa en la ley de contratación pública, en la que se recogen los principios generales de derecho que desde siempre han gobernado los negocios jurídicos en general incluidos los contratos del Estado y los propios del derecho público dispuestos en la misma ley con preferente y especial aplicación en tanto regentes de la actividad pública” **Mier Barros, P. (2004)**. El Régimen Jurídico del Contrato Estatal. *Revista de Derecho Público Uniandes*, 18.



los diferentes instrumentos internacionales ratificados, en cuanto a la compatibilidad para efectos de su aplicabilidad, en segundo lugar, hace referencia a la conformidad del Tratado con el texto constitucional²⁴⁸, en tercer lugar a procedimientos políticos y judiciales para su puesta en vigencia y en cuarto lugar; y es el tópico donde se hará énfasis, a los ajustes y modificaciones a la normatividad interna para efectos evitar inconvenientes por la inobservancia de las disposiciones de los instrumentos aprobados y vigentes,²⁴⁹ que para el presente capítulo refiere el Régimen de responsabilidad en la contratación estatal como requisito precontractual. Continuando con la misma lógica, interviene el Dr Mauricio Alvarado, quien hace referencia a la importancia de la congruencia de la normatividad interna, frente a los instrumentos internacionales para efectos de acrecentar la inversión extranjera²⁵⁰, poniendo de presente la importancia de adecuar los regímenes legales internos respecto de cuerpos normativos internacionales. Con la misma línea pero trayendo a colación un fenómeno jurídico específico, aparece el tratadista Carlos Umaña Trujillo, quien aborda específicamente el régimen de insolvencia; institución del derecho civil que a título de ejemplo acredita los retos de la internacionalización para garantizar la

²⁴⁸ Aspecto que para efectos del control previo de constitucionalidad se surtió a través de la Sentencia C -750 de 2008 Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

²⁴⁹ “La celebración de los acuerdos orientados a arreglar una zona de libre comercio dan fundamento y surgimiento a interesantes problemas jurídicos que transitan tópicos asociados entre otros: primero a su compatibilidad con acuerdos de integración económica preexistentes, segundo a su conformidad con el texto constitucional de los estados participantes, tercero al alcance de los procedimientos políticos y judicial requeridos para su puesta en vigencia y cuarto a la necesidad obligación de llevar a efecto reformas legislativas en los ordenamientos domésticos, a fin de cumplir con obligaciones modificatorias tácita o expresamente establecidas en los acuerdos” **CALDERON VILLEGAS, J. (2005)**. El TLC y las normas de la comunidad andina. El eventual conflicto y su relevancia constitucional. En C. d. Rosario, *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio* (pág. 15). Bogotá: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.

²⁵⁰ “Las realidades jurídicas de las distintas versiones contrapuestas entre sí naturalmente muestran diferencias en normas sustantivas y adjetivas que en mayor o menor grado constituyente de por sí una barrera de entrada a la inversión extranjera. el grado positivo del estado de derecho en una nación determinará con un mayor peso la existencia de garantías necesarias para conservar un carácter de formalidad en el comercio internacional que logra atraer inversiones” **ALVARADO, M., HERNANDEZ DE LA PARRA, V. L., & RAMOS SANCHEZ, A. (2007)**. Mecanismos de resolución de controversias en los Tratados de Libre Comercio en el continente americano y sus efectos en la protección y promoción de la inversión extranjera . En F. d. Colegio Mayor del Rosario, *El Tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados* (pág. 27). Bogotá: Universidad del Rosario.



estabilidad y confianza en las inversiones.²⁵¹ Y por último, se hace mención a la responsabilidad penal por parte del Tratadista Francisco Bernate, quien pone de manifiesto como un sector de la doctrina enfatiza en la importancia de la internacionalización jurídica en un sentido penal también.²⁵²

Ahora, se elige la responsabilidad como requisito precontractual en la contratación estatal, por cuanto es un tema neurálgico para el ejercicio contractual desde el operador, principalmente como contratista quien ahora comúnmente será extranjero. Así las cosas, la profesora Patricia Mier resalta su importancia de la siguiente manera: *"la responsabilidad de las partes en el contrato estatal adquiere especial relevancia en la Ley 80 de 1993, en atención a la sensibilidad de su único objeto posible: la realización de los fines del Estado, o lo que es lo mismo, del interés público, principio rector sobre el que se elabora la teoría jurídica de la legalidad que limita e informa la competencia estatal en el cumplimiento de la función que le ha sido atribuida, una de cuyas manifestaciones es precisamente su actividad contractual"*. Por otro lado, el concepto en comento dentro del escenario del Tratado de Libre Comercio no ha sido abordado como debería, dejándole al alea aspectos determinantes para el ejercicio precontractual para efectos de la

²⁵¹ "Con la globalización de las economías y los procesos de integración regionales, la economía colombiana esté enfrentando nuevos retos: uno de ellos es la denominada insolvencia de una compañía que afecta varias jurisdicciones(...) difícilmente un país como Colombia podrá enfrentarse con el reto de la globalización económica si no pone a tono sus disposiciones legales internas en materia de insolvencia con las tendencias internacionales, tanto en relación con el trámite de estos procedimientos como en lo relativo al régimen de garantías(...)" **UMAÑA TRUJILLO, C. (2005)**. La insolvencia transfronteriza : los nuevos retos que enfrentar como resultados de los Tratados de Libre Comercio. En C. d. Rosario, *Aproximación Jurídica al Tratado de Libre Comercio* (pág. 20). Bogotá: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá

²⁵² "El derecho penal no cuenta con un papel importante dentro de los procesos de integración. Es claro que de los procesos de globalización surgen demandas de unificación legislativa en materias como condiciones laborales, condiciones de acceso a los mercados, supresión de barreras arancelarias, solución a eventos de la doble tributación, distribución de bienes y servicios y régimen de telecomunicaciones entre otras. Pero, ¿surgen igualmente necesidades de unificación legislativa en materias penales? La controversia en torno a las respuestas interrogante no es a un absoluto pacífica. Mientras algún sector de la doctrina niega la existencia de tal imperativo partiendo del derecho penal como manifestación y ultimo reducto de la soberanía estatal, otros consideran que la unificación legislativa debe abarcar todos los campos de lo jurídico." **BERNATE OCHOA, F. (2005)**. Aspectos Penales del Tratado de Libre Comercio. En C. d. Rosario, *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio* (pág. 54). Bogotá: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.



habilitación de los oferentes, la cual puede llegar a limitarse desde el ejercicio de las facultades excepcionales y sanciones contractuales, atendiendo a que cada territorio protege sus intereses de manera diversa²⁵³.

Por lo tanto, la importancia de abordar éste tema radica en que para efectos del Tratado de Libre Comercio aquí estudiado, el radio de acción de los contratistas trasciende a las dos naciones parte en sí mismas. Esta afirmación se sustenta en primera medida desde el capítulo de Compras Públicas, el cual establece la obligación de implementar procedimientos que garanticen la inelegibilidad de contratistas que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas y el intercambio de dicha información²⁵⁴, razón por la cual debe encontrarse la manera de homologar la forma de verificación del estado de la responsabilidad de los proponentes, independientemente de su nacionalidad, por cuanto el mismo Capítulo de Compras públicas así lo exige.

En segundo lugar, el Estatuto General de Contratación establece desde los requisitos habilitantes jurídicos²⁵⁵, la obligación de que el contratista acredite sus

²⁵³ “La noción de bien jurídico siempre he encontrado su fuente en una comunidad determinada que se encuentra organizada políticamente a una figura y un Estado, qué determina o que es nocivo para la comunidad y los medios que considera válido para protegerlos frente atentados, por lo que no resulta fácil entender la noción de bienes jurídicos supranacionales.” **BERNATE OCHOA, F. (2005)**. Aspectos Penales del Tratado de Libre Comercio. En C. d. Rosario, Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio (pág. 54). Bogotá: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.

²⁵⁴ Tratado de Libre Comercio USA-COLOMBIA Capítulo 9°, artículo 9.10 (ASEGURANDO LA INTEGRIDAD EN LAS PRÁCTICAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA) “Cada Parte establecerá o mantendrá procedimientos para declarar la inelegibilidad para participar en las contrataciones públicas de la Parte, ya sea indefinidamente o por un período establecido, de proveedores que la Parte determine que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación pública. Previa solicitud de la otra Parte, la Parte que reciba la solicitud identificará a los proveedores determinados como inelegibles bajo estos procedimientos y, cuando resulte apropiado, intercambiará información con respecto a estos proveedores o a la actividad fraudulenta o ilegal”

²⁵⁵ Es importante tener presente que para efectos de la selección del contratista, la Ley 1150 de 2007 desde su artículo 5 clasifica los requisitos a acreditar incluyendo los jurídicos, de la siguiente manera: “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica



antecedentes frente a los diferentes tipos de responsabilidad existentes en Colombia, antes de suscribir una contratación estatal. Lo anterior atendiendo a que las entidades estatales cuentan con la posibilidad de consultar sobre las personas que se van a involucrar en la función pública utilizando sistemas informáticos de antecedentes, implementados según el régimen de responsabilidad de interés, aunque dichos intereses están diseñados desde los documentos de identificación del ciudadano colombiano principalmente.

Desde lo anterior, el inconveniente se hace presente en la medida que los usuarios del sistema de compras públicas se comienzan a diversificar a causa de los Tratados de Libre Comercio; para el caso de estudio, el suscrito con los Estados Unidos, puesto que al ampliar el radio geográfico de acción de los contratistas, personas incumplidas o con declaratoria de responsabilidad en algún sentido, pueden acceder a los beneficios del Tratado con Colombia por una parte, y por la otra en estricto derecho se lesiona el derecho a la igualdad²⁵⁶, por cuanto los sistemas de antecedentes están fraccionados por cada país, haciendo mas gravosos ciertos requisitos para el proponente nacional que para el visitante²⁵⁷.

y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección”

²⁵⁶ *El principio constitucional de la igualdad se traduce en el derecho que tienen todas las personas a que no se consagren excepciones o privilegios que "exceptúen" a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se infiere que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos".* **M.P MARTINEZ CABALLERO, Alejandro.** *Sentencia de Constitucionalidad.* Expediente D-229, Sentencia C-345 DE 1993. Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 1993.

²⁵⁷ Lo arriba mencionado incumbe, al poner en entredicho el principio de igualdad ante la Ley a causa de que las condiciones a acreditar entre colombianos y estadounidenses varían ya que mientras el contratista nacional puede ser sancionado en algún sentido y por tanto no podría contratar con el estado, al ser inhabilitado jurídicamente, el estadounidense incumplido en su país puede contratar sin inconveniente alguno, en razón a que dentro de los requisitos precontractuales solicitados desde la normatividad colombiana no se incluye la actividad contractual de los ciudadanos estadounidenses en su país.



Por lo anterior, se abordarán someramente las normas que regulan la responsabilidad²⁵⁸ del contratista en Colombia, hasta llegar a los sistemas y procedimientos implementados para consultar el estado de la misma. Lo anterior para acreditar cómo el régimen de responsabilidad para efectos precontractuales se limita territorialmente a Colombia y cómo su diseño no compagina para efectos de consultar los antecedentes a los extranjeros por las actividades en su país; incluidos los sistemas informáticos que están diseñados para colombianos principalmente.

3.1 La Responsabilidad Penal en el Ejercicio Contractual para efectos Precontractuales

La responsabilidad penal aplicada al servidor público se hace extensiva al contratista estatal también; para lo cual se implementó un régimen de control más estricto para dicho ejercicio, el cual se acompaña de los sistemas de consulta que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece como requisitos habilitantes²⁵⁹.

En tal medida, procede abordar el origen de tales requisitos habilitantes en lo penal desde la Ley 190 de 1995 artículo 1°, que en su parágrafo lo establece así: *“Quien fuere nombrado para ocupar un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con la administración deberá, al momento de su posesión o de la firma del contrato, presentar certificado sobre antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación y el certificado sobre*

²⁵⁸ En Colombia el sistema de Responsabilidad más complejo y anquilosado corresponde al establecido para quienes adelantan el servicio público. Si el régimen de responsabilidad implementado a los contratistas se equipara a éste último, como efectivamente ocurre.

²⁵⁹ *“Los requisitos habilitantes son la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación.” Agencia de Compras “Colombia Compra eficiente”. Colombia Compra Eficiente. [En línea] 23 de Diciembre de 2013. [Citado el: 11 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_requisitos_habilitantes_web_fin_al.pdf.*



antecedentes penales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS²⁶⁰.” Por lo que en virtud de la anterior disposición, en Colombia antes de realizar particularmente una prestación de servicios es imperativo consultar los antecedentes penales.

La anterior disposición se complementa con lo ordenado en la Ley 80 de 1993, artículo 8 que establece como inhabilidad para contratar independientemente del tipo contractual²⁶¹, con personas: *“Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución”* instituyendo desde el Estatuto General de Contratación revisar el estado de responsabilidad penal y disciplinario de manera previa, o sea como requisito habilitante, posición ratificada por la Agencia de Compras, Colombia Compra Eficiente en el *“Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”*.²⁶²

De la anterior regla se deben realizar dos observaciones principalmente, la primera corresponde a que el anterior requisito, se relaciona en cierto grado con la obligación que aborda el Tratado de Libre Comercio en el artículo 9.10 del Capítulo IX²⁶³ incluida al inicio, particularmente desde la legislación penal colombiana.

²⁶⁰ Cabe acotar que el Departamento de Seguridad DAS, se encuentra en liquidación, por lo que el sistema lo administra la Policía Nacional directamente.

²⁶¹ La Ley 190 de 1995 solamente se limitaba a las prestaciones de servicio mientras que el radio de cobertura de la revisión del estado de la responsabilidad penal se amplía desde la Ley 80 de 1993.

²⁶² **Agencia de Compras "Colombia Compra eficiente"**. Colombia Compra Eficiente. [En línea] 23 de Diciembre de 2013. [Citado el: 11 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_requisitos_habilitantes_web_fin_al.pdf.

²⁶³ Este hace referencia a la transmisión de información a causa de la *“actividad fraudulenta e ilegal”* para efectos de la *“inelegibilidad”* del oferente.



Sin embargo, el inconveniente aparece en razón a que no está claro a qué hace referencia el Tratado con actividad fraudulenta²⁶⁴ e ilegal²⁶⁵, ya que hay conductas que siendo fraudulentas e ilegales no necesariamente son punibles²⁶⁶, demostrando la dificultad para efectos del cumplimiento de la obligación estipulada en el Tratado desde diferencias conceptuales no armonizadas.

El segundo inconveniente también problemático consiste en que en el sistema de consulta solo aparecerán antecedentes por conductas realizadas en el territorio colombiano, por lo que se hace imposible a través de este sistema saber si algún ciudadano estadounidense ha cometido alguna conducta fraudulenta o ilegal en su país, poniendo nuevamente de presente la precariedad de la armonización para efectos del sistema.

Lo anterior atenta contra el principio de igualdad puesto que si a un colombiano que ha cometido una conducta punible se le impide participar, el ciudadano estadounidense que haya cometido fraude o actividades ilegales en su país si podrá hacerlo a causa de la ausencia de armonización. Además del riesgo administrativo para efectos de prevención al no poder acceder a los antecedentes de todos los oferentes.

Una vez analizado el procedimiento de consulta de los antecedentes penales, se debe realizar el análisis de la responsabilidad y su consulta desde otras

²⁶⁴ Define la Real Academia Española la palabra fraude de la siguiente manera: “*Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros*” **Real Academia Española de la Lengua**. Diccionario de la Lengua Española. Madrid : Espasa, 2001. Vol. 22.

²⁶⁵ Define la Real Academia Española la palabra ilegal de manera simple, así: “*Que es contra ley*”. Quiere decir que si lo ilegal es relativo solamente a ir contra la ley, las faltas disciplinarias, fiscales y administrativas también nacen desde lo ilegal sin llegar a ser consideradas una conducta punible para incumbirle al Derecho Penal.

²⁶⁶ El Código Penal Colombiano establece como punible la conducta Típica, Antijurídica y Culpable en el artículo 9 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) así: “*Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.*”

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.



perspectivas también habilitantes para efectos contractuales, pues con la responsabilidad penal convergen varias lecturas para delimitar la responsabilidad actual dirigida al contratista estatal. Esto se afirma puesto que desde una perspectiva legal y contractual, el Estatuto General de Contratación incorporó vía norma anticorrupción la responsabilidad fiscal y disciplinaria de manera específica sin pronunciamiento adicional respecto a las condiciones de aplicación²⁶⁷. Por lo que a partir de la modificación del artículo 53 de la Ley 80 de 1993, se extendió el grado de responsabilidad del contratista equiparándola unos grados más a la del servicio público en lo disciplinario²⁶⁸ y fiscal²⁶⁹ principalmente. Por lo que se comenzará analizando lo correspondiente a lo disciplinario.

²⁶⁷ Al hacer mención a las condiciones de aplicación se hace referencia a los supuestos que el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 Modificada por la Ley 1474 de 2011 establecen para efectos de aplicar la responsabilidad disciplinaria. *“El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.”*

²⁶⁸ Es bien sabido que el enfoque del derecho disciplinario es comportamental y su aplicación está dirigida al servicio público principalmente. *“Ha precisado la jurisprudencia, que el derecho disciplinario “... está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan”*. Sin embargo puede ser aplicado a los particulares bajo ciertas circunstancias. **M.P HERNÁNDEZ VARGAS, Clara Inés. 2002. Sentencia de Constitucionalidad. D-3680, C-155/02.** Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 2002.

²⁶⁹ En el caso de la responsabilidad fiscal, debe haber *“recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición”* de recursos del estado para poder ser objeto de investigación, claramente las personas sean juriscas o naturales, que adelantan estas tareas son públicas, aunque pueden haber ocasiones en donde los particulares lo hacen. Ahora, por lo tanto la Corte Constitucional define este tipo de responsabilidad como: *“el instrumento idóneo para garantizar el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado. A partir de tal definición, ha señalado que el ejercicio de esa atribución implica un control sobre la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, con el propósito de determinar si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración.”* **M.P ESCOBAR GIL, Rodrigo. 2008. Sentencia de Constitucionalidad. D-6909, C-382/08.** Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 2008.



3.2 La Responsabilidad Disciplinaria en el Ejercicio Contractual para efectos Precontractuales

En el caso del régimen de responsabilidad disciplinaria para el contratista estatal, se conserva como criterio principal las circunstancias en donde la actividad contractual es considerada una función pública, pues si bien para efectos penales y civiles dicha diferenciación no tiene relevancia alguna²⁷⁰, para efectos disciplinarios y fiscales sí.²⁷¹

Al pasar a revisar las normas que establecen el requisito habilitante de consulta de antecedentes disciplinarios en la contratación estatal, aparece en primer lugar la Ley 1238 de 2008 que establece desde el artículo 1°. La obligación de la Procuraduría General de la Nación respecto de la implementación del sistema de consulta así: *“La Procuraduría General de la Nación garantizará de manera gratuita la disponibilidad permanente de la información electrónica sobre Certificación de Antecedentes Disciplinarios para ser consultados por el interesado o por terceros a través de la página web de la entidad y los mismos gozarán de plena validez y legitimidad.”*

Luego el mismo organismo complementa la norma desde la Resolución 143 emitida en el 2002 y la Resolución 464 emitida en el 2008 creando un sistema unificado de sanciones penales y disciplinarias en los siguientes términos: *“el*

²⁷⁰ Para el caso de la responsabilidad penal y civil se entiende que aplica permanentemente sin perjuicio de que la actividad contractual corresponda con una función pública o no.

²⁷¹ *“Conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.*

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador” **BARRERA CARBONELL, Antonio. 1998.** Sentencia de Constitucionalidad. D-1989, C-563/98. Secretaría de la Corte Constitucional: Corte Constitucional, 1998.



sistema de información y registro de sanciones disciplinarias y penales y de las inhabilidades derivadas de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y lo relativo a la expedición de antecedentes disciplinarios en la Procuraduría General de la Nación.” Dicho sistema integra lo penal, disciplinario y fiscal; sistemas de consulta que la Ley determino para el DAS hoy en liquidación, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, de manera separada, además de incluir sanciones relacionadas con las facultades excepcionales²⁷².

Desde lo anterior, cabe realizar las siguientes acotaciones al sistema para efectos de estudio. En primera medida, sí el régimen penal y fiscal, como se vera más adelante con el régimen fiscal, cuentan con un sistema de antecedentes privativo, la unificación realizada por la Procuraduría es inoficiosa, pues la obligación de consulta de los demás regímenes continua vigente independientemente de que el sistema disciplinario contenga a los demás. En segundo lugar y para efectos del Tratado, si es posible relacionar la naturaleza de la responsabilidad disciplinaria con la obligación establecida en el Capítulo IX artículo 9.10 ya abordada debido a la amplitud de las categorías disciplinarias para efectos de imputación.

Lo anterior se acredita desde el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 que incluye en los requisitos habilitantes lo disciplinario, pues hace referencia no solo a quienes hayan sido objeto de sanciones penales si no también disciplinarias; aunque cabe puntualizar que en el segundo caso se hace referencia exclusivamente a aquellos donde la sanción haya sido de destitución²⁷³.

²⁷² La Ley 80 de 1993 regula la materia desde el artículo 14 al 19 (facultades excepcionales de la administración.)

²⁷³ Ley 80 de 1993, artículo 8º.- “ *De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar: 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.*”(subrayado fuera de texto)



Por lo que cabe retomar el concepto “*actividades fraudulentas e ilegales*” estipulado en el Capítulo IX del Tratado, y de ser posible delimitar el sentido y el alcance de la frase desde la determinación de las conductas disciplinables estipuladas por el Código Disciplinario Único, norma rectora de este tipo de responsabilidad.

El anterior Código se desarrolla desde la Ley que regula la responsabilidad disciplinaria principalmente; la Ley 734 de 2002, ésta establece en el artículo 42 la clasificación de las faltas disciplinarias en Gravísimas, Graves y Leves²⁷⁴; tal clasificación se estipula desde varios criterios establecidos en el artículo 43 de la mencionada disposición reglamentando la manera de imputar las faltas²⁷⁵. Sin embargo, la jurisprudencia ha caracterizado la responsabilidad disciplinaria de manera abierta e indeterminada por lo que el concepto de fraudulento e ilegal es equiparable desde lo disciplinario al implementarse el sistema de esta forma tan amplia.²⁷⁶

²⁷⁴ La Ley 734 de 2002, clasifica las faltas en el artículo 42 así: Clasificación de las faltas. Las faltas disciplinarias son: Gravísimas. 2. Graves. 3. Leves.

²⁷⁵ Ley 734 de 2002, artículo 43: “*Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este Código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:*

1. El grado de culpabilidad. 2. La naturaleza esencial del servicio. 3. El grado de perturbación del servicio. 4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución. 5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado. 6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas. 7. Los motivos determinantes del comportamiento. 8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos. 9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.”

²⁷⁶ Manifiesta la Corte Constitucional respecto de las conductas disciplinarias que: “*si bien la figura de los tipos disciplinarios en blanco o abiertos, o los conceptos indeterminados, en materia disciplinaria son admisibles constitucionalmente, siempre y cuando exista la posibilidad de realizar una remisión normativa, una interpretación sistemática o una determinación del alcance normativo del precepto disciplinario, de manera que el tipo se complemente a partir de otras disposiciones cuya violación o incumplimiento configura la falta disciplinaria de que se trate.”* M.P VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Sentencia de Constitucionalidad. Expediente D-8608, C-030/12. Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 2012.



Una vez analizada la responsabilidad penal y disciplinaria²⁷⁷ se deberá pasar a analizar la responsabilidad fiscal en un sentido sustancial inicialmente, para enfrentar lo correspondiente a la consulta de sus antecedentes como ya se ha hecho con los demás sistemas de responsabilidad.

3.3 La Responsabilidad Fiscal en el Ejercicio Contractual desde lo precontractual.

La disposición que desarrolla la responsabilidad fiscal en un sentido sustancial²⁷⁸ y procesal²⁷⁹, es la Ley 610 de 2000. Este régimen tiene por objeto el resarcimiento patrimonial de los recursos estatales exclusivamente, por lo que en su procedimiento se busca acreditar el “*daño patrimonial del estado*”²⁸⁰, desde un procedimiento que debe acreditar la conducta culposa o dolosa del gestor fiscal²⁸¹ el cual puede ser un contratista²⁸², pero además tazar los perjuicios y recuperarlos

²⁷⁷ Cabe hacer el mismo análisis aplicado al régimen penal, pues atendiendo a que el sistema sólo aplica para los colombianos también se atenta en contra de la igualdad, ya que contratistas estadounidenses, que hayan realizado actividades fraudulentas o ilegales en su país, no serían detectados por el Sistema Disciplinario de Consulta, lo que acredita a todas luces la ausencia de armonización también en el mismo sentido.

²⁷⁸ Se afirma sustancial, por cuanto se desarrollan las categorías jurídicas marco para declarar responsable fiscalmente al investigado.

²⁷⁹ La norma determina procedimientos, tiempos y competencia para efectos de desarrollar el proceso.

²⁸⁰ Ley 610 de 2000, artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. “*Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.*”

²⁸¹ El objeto del procedimiento se establece en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000 así. “*Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*”

²⁸² Esta posibilidad se prevé desde la Ley 42 de 1993, más adelante abordada.



a través del cobro coactivo²⁸³. Los entes titulares del procedimiento son las Contralorías que incluyen la Nacional, las Regionales y las Delegadas quienes adelantan el procedimiento y a la vez lo pueden extinguir cuando el sujeto investigado pague los perjuicios acreditados.

Pasando a hacer referencia al sistema de consulta de antecedentes fiscales para efectos precontractuales, éste aparece desarrollado desde la Ley 610 de 2000, la cual establece en el artículo 60° inciso primero el sistema que se administrará para la acreditación de dichos antecedentes de la siguiente manera: *“Boletín de responsables fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.”* Por lo que se establece la titularidad de la acción fiscal y el mecanismo para administrar la información.

Luego, en el inciso segundo del mencionado artículo aparece el requisito habilitante a la luz de la Ley 1150 artículo 5°, para efectos de poder celebrar un contrato con la administración en los siguientes términos: *“(…) Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.”* Como se evidencia, aparece otro sistema de consulta de antecedentes,

²⁸³ Frente al mérito ejecutivo se pronuncia el artículo 58 de la Ley 610 de 2000: *“Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.”*



para efectos del Tratado de Libre Comercio y la obligación de declarar la “inelegibilidad” del contratista estadounidense, a causa de “*actividades fraudulentas relacionadas con la contratación pública*”.

Sin embargo, podría considerarse que este antecedente al tener un contenido netamente patrimonial no presenta relación directa alguna con la obligación establecida en el Capítulo IX, artículo 9.10 del Tratado, por cuanto en los casos de culpa, puede no hacerse presente una actividad ilegal, solamente el perjuicio al patrimonio del estado como interés privativo²⁸⁴, por lo que se acredita una vez más la necesidad de armonización de los sistemas de responsabilidad entre las partes del Tratado. Además de concurrir nuevamente el argumento de desigualdad entre el proponente colombiano que puede ser deshabilitado en razón a este antecedente y el estadounidense de quien no es procedente revisar su actividad fiscal.

²⁸⁴ Manifiesta la Corte Constitucional en el pronunciamiento que estudió la graduación subjetiva de la responsabilidad fiscal así: “*es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.*”

6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo. **M.P BELTRAN SIERRA, Alfredo.** Sentencia de Constitucionalidad. expediente T-824663, T-285/04. Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 2004.



Así las cosas, estos sistemas de consulta deben empezar a abordarse desde perspectivas más globales²⁸⁵. Pues ya sea desde lo civil, para efectos de una eventual demanda o desde lo administrativo para efectos del reconocimiento de la actividad contractual como función pública²⁸⁶, el extranjero; particularmente el estadounidense, se involucra cada vez más en la dinámica estatal, por lo que las herramientas deben habilitarse también para ellos²⁸⁷.

Por último, en el siguiente cuadro se sintetiza el tipo de responsabilidad, el marco jurídico que regula el sistema de consulta de contar con este y los parámetros de búsqueda que ofrece el mismo para efectos de analizar criterios que sean universales, con miras a la armonización de las herramientas de consulta.

CUADRO 7		
TIPO DE RESPONSABILIDAD	ACREDITACIÓN DEL ESTADO DE RESPONSABILIDAD	SISTEMA DE CONSULTA
PENAL	En virtud de la Ley 190 de 1995 artículo 1. PARÁGRAFO. Quien fuere nombrado para ocupar un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con la administración deberá, al momento de su posesión o de la firma del contrato, presentar	Consulta en web http://antecedentes.policia.gov.co:7003/WebJudicial/

²⁸⁵ Se está haciendo referencia al concepto no entendido como un fenómeno exclusivamente económico, ni objeto de calificación afirmativa o negativa otorgándole al mismo no solamente un contenido económico, sino también cultural, social, ecológico, etc. para lo cual se aborda así: “la palabra globalización no se usa sólo referida a la globalización económica o financiera, sino que abarca muchos más aspectos. Se trata de un proceso que parece integrar o englobar todas las actividades de nuestro planeta, tanto las actividades económicas, como las actividades sociales, culturales, laborales, ambientales, etc. La globalización entraña una interdependencia de las sociedades, parece como si las fronteras geográficas, materiales y espaciales del planeta desaparecieran.” **Globalización Neoliberal. Economía y Ambiente.** (CEDEM), Centro de Estudios Demográficos, [ed.]. 7, La Habana, Cuba: Universidad de La Habana, 2008, págs. 39-51. ISSN: 1817- 4078.

²⁸⁶ En este sentido hay posturas que se inclinan por disminuir la intervención estatal, por lo que la diferencia entre los regímenes de responsabilidad se atenuaría de manera significativa. “Una economía globalizada escapa con más facilidad de la actuación pública, pues la jurisdicción del Estado nacional queda en principio territorialmente limitada. En este sentido la cooperación internacional adquiere más importancia con la globalización ya que es en el ámbito supranacional, donde la regulación y el control público resultan efectivos.” *La globalización económica como marco de las relaciones internacionales.* **ALBI IBÁÑEZ, EMILIO**, 825, Madrid, España: Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, 2005, Vol. 1.

²⁸⁷ Se acredita la procedencia de concordar los sistemas entre las partes del Tratado, para evitar que contratistas incumplidos, accedan a procesos de contratación en curso abiertos en Colombia. Sin embargo, atendiendo al gran número de acuerdos celebrados por el país, ésta posibilidad debería incluir a todas las naciones con la cuales se ha celebrado acuerdos que incluyan Trato Nacional en compras públicas, dificultando la armonización de las instituciones de responsabilidad.

Redunda en todos los sistemas de responsabilidad colombianos, cómo aparece de modo desigual que el ciudadano colombiano deba acreditar las consultas de los diversos sistemas de responsabilidad existente so pena de la inelegibilidad, mientras que el ciudadano estadounidense no deba hacerlo desde su trayectoria en el ejercicio comercial y contractual en su país, acrecentando el riesgo al patrimonio estatal colombiano al desconocer los antecedentes en el desempeño de los contratistas cuando son extranjeros.



CUADRO 7		
TIPO DE RESPONSABILIDAD	ACREDITACIÓN DEL ESTADO DE RESPONSABILIDAD	SISTEMA DE CONSULTA
	certificado sobre antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación y el certificado sobre antecedentes penales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.	Idioma: Español exclusivamente Criterio de búsqueda: Cédula de Ciudadanía o de Extranjería.
DISCIPLINARIA	La Ley 1238 de 2008 establece desde el artículo 1°. <i>La Procuraduría General de la Nación garantizará de manera gratuita la disponibilidad permanente de la información electrónica sobre Certificación de Antecedentes Disciplinarios para ser consultados por el interesado o por terceros a través de la página web de la entidad y los mismos gozarán de plena validez y legitimidad.</i> Más adelante el ente creó desde la Resolución 143 de 2002 y la Resolución de la P.G.N. 464 de 2008 el: <i>“el sistema de información y registro de sanciones disciplinarias y penales y de las inhabilidades derivadas de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y lo relativo a la expedición de antecedentes disciplinarios en la Procuraduría General de la Nación.”</i> Dicho sistema unifica lo penal, disciplinario y fiscal; funciones que la Ley determino para el DAS hoy en liquidación y la Contraloría, además de incluir sanciones relacionadas con las facultades excepcionales.²⁸⁸ Desde lo anterior, la Contraloría continúa con el registro de Antecedentes Fiscales, por lo que dicha unificación es inoficiosa.	Consulta en web: siri.procuraduria.gov.co/cw/ebciddno/Consulta.aspx Idioma: Español exclusivamente Criterio de búsqueda: Cedula de ciudadanía y de extranjería, Nit, pasaporte y tarjeta de identidad.
FISCAL	Desde la Ley 610 de 2000 se establece en el artículo 60. El sistema que se administrará para la acreditación de dichos antecedentes así: <i>“Boletín de responsables fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.</i> <i>“El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta. Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.”</i>	Consulta en web: http://www.contraloriagen.gov.co/web/guest/certifica-do-antecedentes-fiscales Idioma: Español exclusivamente Criterio de búsqueda: Cedula de ciudadanía y de extranjería, Nit y pasaporte.
ADMINISTRATIVA	Como bien se acreditó es un régimen de responsabilidad no muy claro, cuyo objeto es principalmente fiscal, por lo que no cuenta con un sistema central de consulta.	No aplica

Como se evidencia el SIRI²⁸⁹ de la Procuraduría contiene a los demás siendo innecesario exigir las otras consultas. Sin embargo, puesto que la norma obliga a

²⁸⁸ En el presente estudio se abordan en diversas oportunidades estas facultades.

²⁸⁹ Sistema de información y registro de sanciones disciplinarias, penales y de las inhabilidades derivadas de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y lo relativo a la expedición de antecedentes disciplinarios.



obtener las consultas de los demás regímenes de responsabilidad, éstas deben ser examinadas, por lo que se ponen en evidencia aspectos que es mejor que sean simplificados para efectos de cumplir con el compromiso de armonización en el Tratado.

Por último se deben unificar y ampliar los criterios de búsqueda en la web diversificándolos de la cédula de ciudadanía y extranjería, incluyendo el número del pasaporte para efectos de registrar las sanciones de estadounidenses que no cuenten con cédula de ningún tipo.



CONCLUSIONES

1. Se presentan profundas inconsistencias jurídicas respecto del Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia, frente al régimen de compras públicas colombiano; dichas inconsistencias no solamente son procedimentales, también resultan de aspectos sustanciales e institucionales, arriesgando la implementación del Tratado.
2. A causa de tales inconsistencias, se hace inviable dar cumplimiento a obligaciones y procedimientos acordados en el documento, en atención a que muchos procedimientos se hacen incompatibles. Esto impide concordar los cuerpos normativos comparados, para garantizar su aplicación lo que pone en riesgo la responsabilidad estatal desde la inseguridad jurídica de que es objeto el operador de la norma.
3. Se observó de la suscripción del Tratado con la nación americana, la ausencia de un plan de adecuación respecto de las normas de compras públicas, que permitiera preparar los regímenes que se iban a afectar con la entrada en vigencia del acuerdo. Aun cuando tomó dos años más de lo previsto su entrada en vigor.
4. Se otorgan al operador de la norma facultades de decisión profusas, pudiendo cerrar su espectro de decisión, lo que disminuiría la posibilidad de generar inseguridad jurídica. (En el caso del eventual conflicto entre los plazos de los Tratado suscritos por Colombia, el operador es quien debe decidir cómo resolver).
5. Se conceden tareas a organismos, sin tener en cuenta la misión y estructura de los mismos. Pues en el caso de la Procuraduría General de la Nación, se le manifiesta a la contraparte estadounidense respecto de la potestad de ésta para suspender procesos de contratación en curso. Afirmación que no se compadece con la naturaleza del organismo involucrado por el gobierno como se sustentó oportunamente.



6. En cuanto a las Normas de Origen de los Bienes, no está del todo claro el procedimiento para acreditar el origen ya sea para bienes colombianos o estadounidenses, a causa de la diferencia entre los procedimientos que se deben adelantar; llegando a desnaturalizar el beneficio otorgado a los nacionales desde la Ley 816 de 2003.
7. Frente a los procedimientos de las Normas de Origen No Preferenciales, cabe manifestar que éstas se apoyan en pronunciamientos no difundidos, incumpliendo el deber de publicar decisiones administrativas contenido en el Capítulo IX de Compras Públicas.
8. Se acredita la complejidad del régimen de responsabilidad aplicado al contratista estatal, pues se genera redundancia en la información contenida en los sistemas de consulta, ya que mientras el SIRI de la Procuraduría contiene todos los regímenes desde su diseño y creación. Por disposición legal deben seguir solicitándose todos los demás antecedentes.
9. Los datos de las consultas del estado de responsabilidad de un contratista en Colombia implican desigualdad para los ciudadanos colombianos, quienes deben acreditar más requisitos habilitantes que los estadounidenses para participar en una contratación.
10. Entre más complejo sea el Régimen de responsabilidad para los contratistas más difícil será la armonización del mismo, para efectos de acreditar sus antecedentes desde lo precontractual y así dar cumplimiento a la función de prevención incluida en el acuerdo.



BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ALBI IBAÑEZ, Emilio. *La Globalización Económica como Marco de las Relaciones Internacionales*. 825, Madrid, España : Ministerio de Industria, Turismo Y Comercio de España, 2005, Vol. 1.

ALVARADO, M., HERNÁNDEZ DE LA PARRA, V. L., & RAMOS SÁNCHEZ, A. (2007). Mecanismos de resolución de controversias en los Tratados de Libre Comercio en el continente americano y sus efectos en la protección y promoción de la inversión extranjera . En F. d. Colegio Mayor del Rosario, *El Tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el derecho de los mercados* (pág. 27). Bogotá: Universidad del Rosario.

Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia compra eficiente). Colombia Compra eficiente. [En línea] Imaginamos.com, 24 de abril de 2013. [Citado el: 24 de abril de 2013.] <http://www.colombiacompra.gov.co/es/proyecto-de-decreto>.

Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia compra eficiente). Colombia Compra Eficiente. [En línea] Gobierno en Línea, 27 de Noviembre de 2013. [Citado el: 13 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_acuerdos_comerciales_web.pdf.

Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia compra eficiente). Colombia Compra Eficiente. [En línea] 23 de Diciembre de 2013. [Citado el: 11 de Febrero de 2014.] http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_requisitos_habilitantes_web_final.pdf.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Bogotá : s.n., 1991.

Asociación Latino americana del Libre Comercio. *Problemas de Origen en el comercio intrazonal*. Buenos Aires : Instituto para la Integración de América Latina, 1966.



Asociación Nacional de Empresarios de Colombia ANDI. 4.1 Actualidad del Comercio Exterior Colombiano . *Balanza comercial 1980-2013*. [En línea] Jeduca Tecnología y Comunicaciones, 2013. [Citado el: 10 de Enero de 2014.] <http://www.andi.org.co/es/GAI/GuiInv/ActExt/ActComExt/Paginas/BalCom.aspx>.

ARAYA ALLENDE, Juan. *Las compras públicas en los Acuerdos Regionales de América Latina con países desarrollados*. Santiago de Chile : Naciones Unidas (Cepal), 2006. ISSN 1680-872X..

BASALDÚA, Ricardo Xavier. *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*. Buenos Aires : LexisNexis, 2007.

BERNATE OCHOA, Francisco. (2005). Aspectos Penales del Tratado de Libre Comercio. En C. d. Rosario, *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio* (pág. 54). Bogotá: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.

Biblioteca Virtual del Banco de la República. Bienes-Ayuda de tareas sobre economía. [En línea] Biblioteca Luis Angel Arango, 14 de Julio de 2005. [Citado el: 09 de Noviembre de 2013.] <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/econo12.htm>.

BORDALI SALAMANCA, Andres y FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. *LAS FACULTADES JUZGADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN: UNA INVOLUCIÓN EN RELACIÓN AL PRINCIPIO CLÁSICO DE LA DIVISIÓN DE PODERES*. Valdivia: Revista de derecho Valdivia, 2002, Vol. 13. ISSN 0718-0950.

CALDERON VILLEGAS, J. (2005). El TLC y las Normas de la Comunidad Andina. El Eventual Conflicto y su Relevancia Constitucional. En C. d. Rosario, *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio* (pág. 15). Bogotá: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.

CAMACHO LOPEZ, María Elisa, *Regimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana*. 1, Bogotá : Universidad Externado, 2005, Vol. 4. ISSN 1692-3960.



Cámara de Comercio de Manizales. Cámara de Comercio de Manizales. [En línea] Alsus IT Group S.A., 30 de Marzo de 2011. [Citado el: 17 de Septiembre de 2011.] <http://www.ccm.org.co/publicaciones/770/Registro%20P.B.N.1.pdf>.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. 2001. La Asimetría en las relaciones comerciales. Sus efectos en el desempeño económico. México : CEPAL, 2001. LC/MEX/L.507.

Centro de Estudios Demográficos CEDEM. *Globalización Neoliberal. Economía y Ambiente.* (CEDEM), [ed.]. 7, La Habana, Cuba : Universidad de La Habana, 2008, págs. 39-51. ISSN: 1817- 4078.

Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y la Escuela Superior de Administración Pública ESAP. *Compendio de Normatividad y Doctrina en Empleo Público y Carrera Administrativa.* Bogotá : Escuela Superior de Administración Pública ESAP, 2011.

CRIVELLI, Agustín. Liberalización de las compras y contrataciones públicas: freno a las políticas nacionales de desarrollo. El caso argentino. *RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO.* [En línea] Octubre de 2005. [Citado el: 6 de Junio de 2014.] <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2005/alcajov/crivelli.pdf>.

Data.gov Program Management Office. Data.gov. [En línea] An Official Website of the United States Government, 03 de Mayo de 2011. [Citado el: 08 de Noviembre de 2013.] <https://explore.data.gov/National-Security-and-Veterans-Affairs/Federal-Supply-Classification-Cataloging-H2-Search/3gub-ppd8>.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE. *Metodología, Clasificación Central de Productos.* Bogotá : Imprenta Nacional de Colombia, 2009. ISSN 0120-7423.

Departamento Nacional de Planeación DNP. Sistema Electrónico de Contratación Pública. [En línea] 10 de Marzo de 2011. [Citado el: 07 de octubre de 2013.]



<http://www.contratos.gov.co/Archivos/DocsPregFrec/contrato%20de%20prestacion%20de%20servicios%20profesionales%20y%20de%20apoyo/01.pdf>.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Glosario. [En línea] Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. [Citado el: 23 de Enero de 2014.] <http://www.dian.gov.co/DIAN/sentencias.nsf/pages/Glosario?OpenDocument#T>.

Fondo Monetario Internacional. Fondo Monetario Internacional. [En línea] 2013 de Octubre de 2013. [Citado el: 06 de Noviembre de 2013.] <http://WWW.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm..>

GALA, Cesar. Implementación de convenios internacionales: del dicho al hecho hay mucho trecho. [En línea] 28 de Mayo de 2010. [Citado el: 14 de Octubre de 2013.] <http://metisgaia.wordpress.com/2010/05/28/implementacion-de-convenios-internacionales-del-dicho-al-hecho-hay-mucho-trecho/>.

GARCÍA CATALÁN, María Isabel. *Las reglas de origen y la extranjería referida a las mercancías: una perspectiva española condicionada internacionalmente.* Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 2001.

GINSBURG, Leslie y URIBE VILLEGAS, Oscar. *Significado del Término "Región".* 3, Ciudad de México : Revista Mexicana de Sociología, 1958, Vol. 20.

GOMEZ LEE, Iván Darío. Contraloría General Municipio de Manizales. [En línea] 4 de Agosto de 2009. [Citado el: 24 de Octubre de 2013.] http://www.contraloriamanizales.gov.co/n_portal/index.php?option=com_content&view=article&id=121:visita-agr&catid=10:destacados&Itemid=73.

GOMEZ LEE, Iván Darío. *Contratación Visible.* Bogotá : Auditoría General de la República en coedición con el Instituto de Estudios del Ministerio Publico IEMP, 2010. ISBN: 978-958-99001-2-3.

GUEVARA AGUIRRE, Roberto. *LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA EN LOS JUICIOS INDIVIDUALES DE TRABAJO..* 3, Guayaquil : Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 1991, Vol. 1.

Grupo Especial Organización Mundial del Comercio. 2000. COREA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corea : Organización Mundial del Comercio, 2000. WT/DS163/R.



Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). *¿TLC es constitucional?* Bogotá, Colombia : Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2008.

International Crisis Group. ICG Informe de América Latina N. 4. *LA CRISIS HUMANITARIA EN COLOMBIA.* Bogotá/Bruselas : International Crisis Group, 2003. 4.

La Silla Vacía. La Silla Vacía. *La ‘Paca’ Zuleta vs. el decreto que tiene enredada la contratación.* [En línea] 14 de Junio de 2013. [Citado el: 1 de Noviembre de 2013.] <http://lasillavacia.com/queridodiario/la-paca-zuleta-vs-el-decreto-que-tiene-enredada-la-contratacion-45014>.

LÓPEZ LIBREROS, José Manuel. *Las Normas de Origen para las Mercancías en el Sistema GATT-OMC.* 843, Madrid : Revista ICE, 2008, Vol. 1.

MEREMINSKAYA, Elina. 1, Santiago de Chile : Universidad Austral de Chile, 2005, Vol. XVIII. ISSN 0718-0950.

MIER BARROS, Patricia. (2004). El Régimen Jurídico del Contrato Estatal. *Revista de Derecho Público Uniandes*, 18

Ministerio de Comercio Industria y Turismo de Colombia. Acuerdos Comerciales y de Inversión . [En línea] Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia., 5 de Noviembre de 2013. [Citado el: 11 de Noviembre de 2013.] <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=5398>.

OÑATE ACOSTA, Tatiana. *Compras Públicas y TLC.* [aut. libro] Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Cámara de Comercio de Bogotá. *Aproximación jurídica al Tratado de Libre Comercio.* Bogotá D.C : Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.

Organización Mundial del Comercio OMC. *El Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP).* [En línea] 2013. [Citado el: 06 de Noviembre de 2013 .] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm.

Organización Mundial del Comercio OMC. *WTO/OMC E-Learning Bridging distance.* [En línea] 2012 Recuperado el 12 de Junio de 2014, de



http://etraining.wto.org/admin/files/Course_384/Module_931/ModuleDocuments/eWTO-M2-S.pdf

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2 de Marzo de 2013). Recuperado el 15 de Junio de 2014, de Organización Mundial del Comercio - Miembros y Observadores: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm
NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

OSTERLOF OBREÓN, Doris, VILLASUSO MORALES, Ana Marcela y HERDOCIA SACASA, Mauricio. Universidad Nacional de San Martín. [En línea] Noviembre de 2011. [Citado el: 06 de Junio de 2014.] <http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/Documento%20de%20Trabajo%20N%C2%BA%209.pdf>.

PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos. Diccionario de Acción Humanitaria. [En línea] Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional (Hegoa), 2005. [Citado el: 10 de Noviembre de 2013.] <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/228>.

PLAZAS PERALTA, Gloria Stella. De Normas de Origen y Acuerdos Comerciales. *Cámara de Comercio de Bogotá.* [En línea] 02 de Marzo de 2009. [Citado el: 04 de Enero de 2011.] camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?conID=5694.

RAMIREZ PULIDO, Andrés Mauricio. *Recopilación jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia sobre tratados de comercio internacional.* Bogota, Colombia : Fundación Konrad Adenauer y Corporación pensamiento siglo XXI, 2008.

Real Academia Española de la Lengua RAE. Diccionario de la Lengua Española. Madrid : Espasa, 2001. Vol. 22.

RODRIGUEZ LEDEZMA, María de los Angeles y VIDAL RODRIGUEZ, Camilo. *Conceptos básicos de economía de la salud para el médico general.* México : Instituto Mexicano de Seguridad Social, 2007. ISSN 0484-7849.



ROJAS ARROYO, Santiago y LLOREDA, María Eugenia. *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos.* Bogotá, Colombia : Norma, 2007.

ROJAS, Diana Marcela y Otros. La Agenda Colombia-Estados Unidos: TLC y Plan Colombia. *Policy Paper.* 1, 2005, 16.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El balance a la contratación estatal: Seguridad jurídica y control fiscal..* Bogotá : Auditoría General, 2010. ISSN 0124 - 471X.

SLYNN, Sir Gordon. *Petición de Decisión Prejudicial.* C-26/88, Eurolex : Tribunal de Justicia(sala quinta) Republica Federal de Alemania, 1989.

Superintendencia de Sociedades. Conceptos jurídicos. [En línea] 22 de Octubre de 2012. [Citado el: 04 de Noviembre de 2013.] <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=40>.

ULLOA, Alfie A. Serie Comercio Internacional. *El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico.* Santiago de Chile : Naciones Unidas (Cepal), 2006. Vol. 1, 69. ISSN 1680-872X.

UMAÑA TRUJILLO, C. (2005). La insolvencia transfronteriza : los nuevos retos que enfrentar como resultados de los Tratados de Libre Comercio. En C. d. Rosario, *Aproximación Jurídica al Tratado de Libre Comercio* (pág. 20). Bogotá: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá

United States Department of Agriculture. Rural Utility Services. [En línea] USDA Rural Development, 24 de octubre de 2013. [Citado el: 06 de Noviembre de 2013.] http://www.rurdev.usda.gov/Utilities_LP.html..

WITKER, Jorge. *Las Reglas de Origen en el Comercio Internacional Contemporáneo.* Mexico D.F. : Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2005. 220.



JURISPRUDENCIA

M.P MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. C-104/93, D-164. Bogotá : Corte Constitucional, 1993.

M.P HERRERA VERGARA, Hernando. *Sentencia de Constitucionalidad.* EXPEDIENTE D-643, Sentencia C-166 DE 1995. Secretaría de la Corte Constitucional : Corte Constitucional de Colombia, 1995.

M.P CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Sentencia de Constitucionalidad.* Expediente D-2003, C-499/98. Secretaría de la Corte Constitucional : Corte Constitucional, 1998.

M.P BARRERA CARBONELL, Antonio. 1998. *Sentencia de Constitucionalidad.* D-1989, C-563/98. Secretaría de la Corte Constitucional: Corte Constitucional, 1998.

M.P TAFUR GALVIS, Alvaro. *Sentencia de Constitucionalidad.* D-3704D, C-233/02. Secretaría de la Corte Constitucional : Corte Constitucional de Colombia, 2002.

M.P CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Sentencia de Constitucionalidad.* D-3998, C-977/02. Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 2002.

M.P BELTRAN SIERRA, Alfredo. *Sentencia de Constitucionalidad.* expediente T-824663, T-285/04. Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 2004.

M.P VARGAS SILVA, Luis Ernesto. *Sentencia de Constitucionalidad.* Expediente D-8608, C-030/12. Secretaría de la Corte : Corte Constitucional, 2012.

C.P NAVARRETE BARRERO, Olga Inés. *Apelación Sentencia.* 25000-23-24-000-2001-0388-01, (7342). Secretaría : Consejo de Estado, 2002.

C.P VALLE DE DE LA HOZ, Olga Mélida. *Sentencia adversarial.* Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), 17767. Secretaría del Consejo : Consejo de Estado, 2011.

C.P ANDRADE RINCON, Hernán. *Apelación Sentencia.* 68001-23-15-000-1997-00942-01, 16246. Secretaría : Consejo de Estado, 2011.

C.P DIAZ DEL CASTLLO, Stella Conto. *Acción Contractual.* 08001-23-31-000-1995-09261-01, 22893. Secretaría : Consejo de Estado, Sección Tercera, 2012.



M.P PULIDO DE VARON, Marina. *El Estado contra Arnaldo José Rojas Tomedes.* 21547, Secretaría de la Corte Suprema : Corte Suprema de Justicia, 2005.

M.P ESPINOZA PEREZ, Sigfredo. *Sentencia.* 26857, Secretaría de la Corte Suprema de Justicia : Corte Suprema de Justicia, 2007.

