

EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: UNA *BRÚJULA* PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. Primero se estudia el contenido y alcance de la cláusula de *trato nacional* incluida en el capítulo 9 del Acuerdo de promoción comercial entre Colombia y Estados Unidos –relativo a la contratación pública–. Allí se explica la inclusión de esta cláusula y se determina su alcance a partir del entendimiento de la Corte Constitucional. Luego se formula un brevisimo instrumento de apoyo para su cumplimiento. Como resulta imposible abarcar completamente cada asunto, se propone una *brújula* que indique, como mínimo, la dirección pertinente para comprender el Acuerdo.

Introducción

El Centro de Estudios en Derecho Administrativo –CEDA– ha estudiado el impacto de la globalización en el derecho administrativo y, específicamente las implicaciones sobre la contratación pública. Primero se construyó un marco general o «contexto internacional». Allí se agruparon y enunciaron las medidas, principios e instituciones que, global y contemporáneamente, se han erigido en el *sistema de compra o contratación pública*. Para este trabajo se tomó en cuenta la *ola globalizadora* como un fenómeno que impacta los ordenamientos de dos formas: i) con la inclusión directa de normas de obligatoria observancia; y ii) mediante recomendaciones o documentos que constituyen algún tipo de «cultura jurídica global» o «soft law» que presionan indirectamente a los países para adoptar de forma autónoma ciertos contenidos normativos. El estudio se concentró en la segunda manera enunciada, dado que se revisó, principalmente, el contenido de documentos que no constituían necesariamente «hard law», como recomendaciones o sugerencias de organismos multilaterales como la OCDE, la OMC, el Banco Mundial entre otros. Además, la revisión de los documentos vinculantes no se realizó para estudiar el contenido de cada acuerdo, tratado o convenio, sino con el

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 2 de mayo de 2020, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Richard S. Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel I, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* -CEDA-.

fin de identificar los elementos que destacan la conformación de dicha «cultura jurídica global» respecto a la contratación pública.

En un segundo momento se hizo énfasis en la primera forma de impacto en los ordenamientos. Esta vez, el CEDA recogió los pactos internacionales más relevantes suscritos por Colombia y que, en mayor o menor medida, han implicado la adopción de normas —bien sea reglas o principios— relativas a la contratación del Estado. El estudio de estos documentos permitió llegar a tres conclusiones: *i)* los tratados de libre comercio, las integraciones regionales o comerciales y los acuerdos de inversión configuran la fuente primera para el análisis; *ii)* estos documentos tienden a incorporar cláusulas similares o iguales, en todo caso, pretenden garantizar ciertos principios en el mercado de la contratación pública y *iii)* es menester el estudio pormenorizado de cada documento, logrando el detalle en materia de reglas, para comprender las serias –o no– implicaciones en la estructura de los procedimientos de selección que realizan las entidades estatales.

En dicha instancia surgen tres preocupaciones que dan lugar a este texto: ¿en qué medida las entidades cumplen con las disposiciones al interior de los múltiples tratados o convenios? ¿es suficiente el *Manual para el manejo de los acuerdos comerciales en procesos de contratación* –expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública– para la comprensión y manejo de la totalidad de los acuerdos comerciales? ¿es este documento lo suficientemente específico? y, finalmente, ¿en qué medida se altera la estructura del procedimiento de licitación pública dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública? Estos interrogantes se estudian de forma particular en cada convenio y se concluye la necesidad de realizar un estudio más amplio al interior de estos.

Este texto, en particular, se concentra en el «Acuerdo de promoción comercial entre la república de Colombia y Estados Unidos de América» —también denominado Tratado de libre comercio o TLC, términos que serán usados indistintamente—. Dicho acuerdo fue suscrito el 22 de noviembre de 2006 para impulsar el mercado de importaciones, exportaciones y prestación de servicios entre ambas naciones, mediante la obtención de beneficios arancelarios. Esto es lo que comúnmente se entiende como la conformación de una zona o espacio geográfico de libre comercio. En especial, el Acuerdo se interesa en el mercado de productos del sector industrial y agropecuario. El trámite para la incorporación del TLC se surtió correctamente, acatando lo dispuesto en los artículos 160.16 y 241.10 de la Constitución Política. La Ley 1143 de 2007 aprobó el Acuerdo, y la Corte Constitucional, en la Sentencia C-750 de 2008, declaró la exequibilidad de esta ley. Igual suerte corrió el «Protocolo modificadorio del Acuerdo» firmado el 28 de junio de 2007, aprobado por la Ley 1166 de 2007, y declarado exequible en la Sentencia C-751 de 2008. Finalmente, el Decreto 993 del 15 de mayo de 2012 determinó la entrada en vigencia del Tratado, en cumplimiento de los artículos 1 y 2 de la Ley 7 de 1944.

Este texto se interesa, especialmente, en el capítulo 9 y el Anexo 9.1 del Acuerdo, relativo a la contratación pública³. Anteriormente se refirió un interrogante: ¿es suficiente el *Manual para el manejo de los acuerdos comerciales en procesos de contratación* para la comprensión de la totalidad de los acuerdos comerciales? Sin duda, el *Manual* es una herramienta importantísima, que apoya y ubica a los funcionarios públicos en la realización de procedimientos de selección en virtud de uno o más acuerdos; sin embargo, no da cuenta, de forma minuciosa, de lo pactado en el TLC con Estados Unidos. Si bien el Decreto legislativo 4170 de 2011 —norma orgánica de Colombia Compra Eficiente— no asigna una competencia expresa que imponga una obligación a la Agencia para expedir un manual o guía sobre cada acuerdo, considero que en virtud de los numerales 2, 6, 10 y 11 del artículo 3 del Decreto *ejusdem*, es competente para hacerlo⁴.

Este texto genera un insumo para acercarse al TLC con Estados Unidos, y la correcta ejecución de los procedimientos de selección en virtud del mismo. Para tal fin, el ensayo se desenvuelve en dos momentos: *i)* explica el alcance de la cláusula de *trato nacional* contenida en el acuerdo, ello a luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su interpretación respecto a esta en la revisión constitucional de otros acuerdos y *ii)* se propone una *brújula* que permita a los funcionarios públicos acercarse al Acuerdo, comprenderlo y acatarlo.

³ En sesiones anteriores se reflexionó sobre el interés de los Estados por incluir la contratación pública como un objeto de negociación. Se concluyó: la distinción en materia de sujetos y objetos en la contratación pública permite connotarla como un mercado. Este tiene un alto flujo de capitales dado que el Estado es gran consumidor de bienes y servicios en virtud a las múltiples obligaciones y responsabilidades de su competencia. No se debe olvidar el la gran cantidad de derechos respecto a los cuales este ocupa una posición de garante. Por estas razones la contratación pública representa una oportunidad comercial, de manera que es propio entablar unas *reglas de juego* que garanticen la igualdad y el buen trato a los oferentes provenientes de una *parte* en un acuerdo comercial.

⁴ El artículo 3 dispone: « La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente- ejercerá las siguientes funciones [...] 2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas. [...]

» 6. Brindar apoyo al Gobierno Nacional en la negociación internacional en materia de compras y contratación pública. [...]

» 10. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los participantes en el proceso contractual.

» 11. Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública».

1. Alcance de la cláusula de *trato nacional*

Este acápite explica el alcance de la cláusula de *trato nacional* incluida en el artículo 9.2 del TLC⁵. La sentencia C-750 de 2008, que estudia la exequibilidad del acuerdo, no se manifestó ampliamente sobre esta cláusula; sin embargo, es posible ubicar en la jurisprudencia constitucional mayores comentarios que precisan su contenido y su alcance. Por ejemplo, la sentencia C-608 de 2010 afirma que:

«La cláusula del trato nacional es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales. Su objetivo apunta a que las mercancías que ingresan a un Estado Parte no sean sometidas a un trato discriminatorio en relación con los productos del país receptor. En otras palabras, se busca asegurar la existencia de unas reglas de competencia leal y transparente entre el producto importado y el nacional. La existencia de tales cláusulas-tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte»⁶.

Esta cláusula busca eliminar cualquier forma de trato diferencial o barreras impuestas por el ordenamiento de un país, *parte* en un acuerdo comercial, respecto a los oferentes de la otra *parte*, y según lo disponga el acuerdo, también a las mercancías provenientes de dicha nación –como sucede en el TLC con Estados Unidos–. La Corte lo explica de forma simple y concreta cuando evalúa el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España: «El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura»⁷. Generalmente, esta cláusula se acompaña de otra de contenido similar: la cláusula de *nación más favorecida*. Según esta, «[...] a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula»⁸. Sin embargo, este no es el caso del Acuerdo en estudio, donde

⁵ El párrafo 1 del artículo 9.2 dispone: «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 o servicios, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado por dicha Parte a sus propias mercancía, servicios y proveedores».

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-608 de 2010. M.P. Antonio Sierra Porto.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-494 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁸ Ibid.

bastó con la inclusión del *trato nacional*, para efectos de la regulación del capítulo de las compras públicas.

Ahora bien, es claro que la cláusula pretende garantizar que una nación otorgue el tratamiento más favorable a los oferentes –o sus mercancías– provenientes de la otra parte, como lo haría con los oferentes nacionales. Pero es preciso reflexionar sobre el origen o explicación de dicha cláusula. En principio, es loable pensar que los principios de igualdad y libre concurrencia y, en general, todos aquellos contenidos en el EGCAP⁹ garantizan un trato igualitario y garante a los oferentes extranjeros. Las normas del EGCAP, salvo excepciones, protegen al oferente sin distinción en la procedencia del mismo. Incluso, es posible afirmar que la cláusula de *trato nacional* reside en la Ley 80 de 1993 mediante la incorporación del principio de reciprocidad. El artículo 20 *ibidem* dispone: «En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad»¹⁰.

Entonces, ¿por qué pactar expresamente la cláusula de *trato nacional*? La respuesta es simple: el legislador, en su libertad de configuración del ordenamiento, tiene la potestad de dar un trato desigual a los oferentes internacionales¹¹. Lo que se pretende con esta cláusula es constituir una garantía a futuro, reducir esa libertad y pactar que, bajo ninguna circunstancia, se dará un trato diferenciado a los oferentes extranjeros provenientes de Estados Unidos. Ahora, con esta precisión, es propio enunciar qué efectos o que alcance conlleva la cláusula. La gran consecuencia es el tratamiento homogéneo de oferentes estadounidenses y colombianos al interior de los procedimientos de selección para la contratación pública. Concretamente los efectos son relativos a las normas que contienen preferencias a las ofertas nacionales. Por ejemplo, respecto a la

⁹ Esto incluye los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

¹⁰ El principio de reciprocidad lo define el artículo 20 de la Ley 80 como: «[...] el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público».

¹¹ Esta posibilidad encuentra fundamento en el artículo 100 de la Constitución Política. Este dispone: «Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital».

calificación de los bienes y servicios extranjeros, el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 dispone que:

«Art. 2. Las entidades de que trata el artículo 1o asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

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

»Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, *se adjudicará al nacional*» (cursiva fuera de texto).

En este caso, la entidad debe calificar de forma equivalente a los bienes y mercancías nacionales y estadounidenses, y puede dar un trato diferenciado a naciones con las que no haya suscrito un acuerdo o tratado que incorpore la cláusula de trato nacional. En todo caso, al presentarse una situación como la descrita en el tercer inciso, y, siendo el oferente extranjero estadounidense, será imposible otorgar preferencia al oferente nacional por el mero hecho de ser local. Ahora, piénsese en un supuesto en el que estén compitiendo dos oferentes extranjeros en el marco de una licitación pública. Uno de los oferentes es estadounidense y el otro procede de un país que no ha suscrito un TLC con Colombia, o, si lo ha hecho, este no incluye la cláusula de trato nacional. Claramente, se le debe otorgar preferencia al estadounidense, considerando sus bienes como nacionales. Se activa la preferencia en el tratamiento a las ofertas «nacionales». Todo lo dicho no es más que la simple aplicación del principio de reciprocidad que se enunció y que también encuentra fundamento en el parágrafo del artículo 1 de la Ley *ejusdem*. Según este: «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».

2. Una brújula para aplicar el TLC

Este Acuerdo, en resumen, impone unos deberes concretos a las entidades estatales cuando realizan procedimientos de contratación pública, esto en materia de garantías de trato nacional y no discriminación, publicidad, transparencia, libre acceso a la información, entre otros; finalmente, el Tratado supone un conjunto de mayores exigencias en cada una de estas áreas.

Antes de presentar este insumo es necesario esbozar algunas consideraciones. En primer lugar, se puede consultar a Colombia Compra la gran cantidad de dudas que, lamentablemente, acá no serán resueltas. El numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 es una herramienta útil que, con seguridad, contribuye a la solución de innumerables interrogantes y posiciones contradictorias¹². Cabe recordar que esto no traduce el traslado del estudio jurídico que, de forma particular, debe adelantar cada funcionario en concreto. En segundo lugar, en virtud del principio de reciprocidad, lo dispuesto en este Acuerdo es objeto de garantía para la participación de los oferentes nacionales en procesos de contratación pública en Estados Unidos. No se puede ingresar en una lógica de poder donde el Acuerdo solo impone deberes de forma unilateral, de manera que el obligado es equivalente, exclusivamente, al sujeto menos favorecido en materia económica. Las garantías están allí, y son exigibles. Merece un estudio aparte, y de gran interés, el cúmulo de medidas que debió realizar Estados Unidos para el cumplimiento del TLC –si es que estas existen–. Finalmente, es preciso reflexionar sobre un asunto importantísimo respecto a la interpretación del Acuerdo, esto es ¿las normas allí contenidas se expresan como principios o reglas? Muchas de las disposiciones allí contenidas se enuncian como reglas pero, en mi opinión, erigen principios. Por tanto, la aplicación de ciertas normas no sería literal o textual, por el contrario, la preocupación debe ser la garantía de ciertos principios e intereses que se enuncian claramente en el Acuerdo. Esta aseveración debe ser leída con mucho cuidado, pues no conlleva el desconocimiento de las disposiciones. Lo que se propone es un estudio minucioso de cada determinación que toma la entidad pública cuando aplica el acuerdo, teniendo como *norte* la garantía de principios más que la plena eficacia de reglas. Al respecto, es interesante la lógica que propone la Corte Constitucional al revisar el tratado de inversión extranjera suscrito entre Colombia y el Reino Unido, esto, al tratar de sustanciar los principios de «trato justo y equitativo» y «entera protección y seguridad»:

«La posición mayoritaria de la doctrina internacional en torno a los principios del "trato justo y equitativo" y de la "entera protección y seguridad" indica que éstos se determinan en cada caso concreto, de conformidad con las reglas contenidas en los respectivos tratados, no respecto de una regla de justicia de carácter abstracto. En este orden de ideas, se debe tener en cuenta el objeto y la finalidad del Convenio en la aplicación de cada una de sus reglas particulares»¹³.

¹² El numeral 5 del artículo 3 dispone: «la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: [...] 5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

2.1. *Ámbito de aplicación*

La primera pregunta que debe hacerse, antes de aplicar el Acuerdo, es determinar si este lo vincula, de forma particular, en cada proceso de contratación. El párrafo primero del artículo 9.1 del capítulo 9, determina que «Este capítulo se aplica a cualquier medida de una Parte relativa a la contratación pública cubierta»¹⁴. La tarea es, entonces, determinar si la contratación pública de la entidad se encuentra «cubierta». Para esta labor se requiere el examen de dos criterios: *i)* subjetivo y; *ii)* objetivo. Estos se estudiarán de forma diferenciada.

Respecto al criterio subjetivo, se debe verificar que la entidad estatal se encuentra cubierta por el Acuerdo. Para esto debe remitirse al Anexo 9.1, que dispone que existen cuatro grupos de entidades cubiertas. La primera categoría la componen las entidades del nivel Central¹⁵. Lo relativo a este tipo de entidades se encuentra en la Sección A del documento. Las entidades que integran esta categoría son: en la rama legislativa, Senado y Cámara; en la rama judicial, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía general de la Nación; respecto a los organismos de control, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo; considerando la organización electoral, la Registraduría Nacional de la República. Finalmente, de la rama ejecutiva, todos los departamentos administrativos y ministerios. Respecto a este último grupo –rama ejecutiva–, se debe tener en cuenta el párrafo 1 de las notas a la lista de Colombia, según el cual «este Capítulo se aplica a las superintendencias, unidades administrativas especiales, y los establecimientos públicos de las entidades listadas en esta Sección». Esta nota es relevante debido a la gran ampliación del ámbito de aplicación del capítulo, o en otras palabras, su *cobertura*¹⁶.

¹⁴ El párrafo dos del artículo *ibidem* afirma que una contratación pública cubierta es «[...] una contratación pública de mercancías, servicios o ambos: (a) a través de cualquier *medio contractual*, incluyendo la compra, el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción –operación– transferencia y contratos de concesión de obras públicas» (cursiva fuera de texto). Cárdenas y Carranza proponen una adecuada comprensión de la expresión *medios contractuales*, según las autoras «[...] los medios contractuales deberían interpretarse en nuestro sistema legal como cualquier tipo contractual, más que medio contractual⁴¹. Esto significa que la norma se refiere a cualquier tipo de contrato estatal que cumpla con los montos del tratado, celebrado por las entidades cubiertas» (CÁRDENAS, Margarita y CARRANZA, Ana Milena. Transformaciones del ordenamiento jurídico colombiano derivadas del capítulo de compras públicas del TLC Colombia- UAE. [Consultado el 27 de abril de 2020] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6156595>).

¹⁵ La categoría de «nivel» que utiliza el TLC no corresponde a la legislación colombiana.

¹⁶ La lectura pausada de las «notas» y excepciones dispuestas para los listados en el Anexo 9.1 es una tarea laberíntica pero absolutamente necesaria para determinar si la

La segunda categoría se integra por las entidades del nivel Sub-central. El listado de estas entidades, y sus notas, se debe consultar en la Sección B del Anexo 9.1. Este listado, según el párrafo 4 de la Sección es taxativo, se compone por las gobernaciones de los 32 departamentos. En las «notas» a esta lista se destaca la contenida en el párrafo 2, según el cual las gobernaciones pueden denegar los beneficios del capítulo siempre que los oferentes no cumplan con, por la menos, 1 de las condiciones allí establecidas¹⁷. La tercera categoría se compone por un listado, también taxativo, de *c) Otras entidades cubiertas*; este se encuentra en la Sección C del Anexo. Allí se encuentran entidades como la DIAN, el INPEC, la CREG, el SENA, el ICFES, COLDEPORTES, COLCIENCIAS, entre otras. Un aspecto importante en este listado es la presencia de entidades sometidas y excluidas al EGCAP.

Finalmente, la Sección D contiene la cuarta y última categoría: *entidades especiales cubiertas*. Esta Sección merece consideraciones especiales. El párrafo primero indica que «una Entidad Especial Cubierta es una entidad del Gobierno de Colombia que: (a) no está sujeta a los requisitos de la ley de contratación pública de Colombia [...] y (b) realiza sus adquisiciones bajo régimen de contratación privado [...]». De igual forma, el párrafo segundo ordena que «Esta sección aplica a las siguientes Entidades Especiales Cubiertas del Gobierno de Colombia: (a) ISA; (b) ISAGEN; (c) Colombia Telecomunicaciones». Al respecto caben dos interpretaciones: según la primera, el párrafo primero contiene dos criterios de identificación para determinar qué entidades estatales adquieren el carácter de *especiales cubiertas*. Según esta perspectiva, cualquiera que cumpla con estas dos condiciones se debe entender incluida en la lista del párrafo segundo, que bajo esta comprensión es enunciativa. La segunda interpretación identifica el listado del párrafo segundo con un carácter taxativo, y los condicionamientos del párrafo primero los considera descriptivos o justificantes de la distinción o categorización especial. En mi opinión esta es la lectura correcta, por los siguientes argumentos: *i)* no existe una lista equivalente que contenga *entidades especiales cubiertas* en Estados Unidos, lo que exalta la especialidad del listado; *ii)* entre el listado de *otras entidades cubiertas* es posible identificar entidades que cumplen con los criterios expuestos en el párrafo primero y, sin embargo, no se catalogan como *especiales cubiertas*. Esto desvirtúa el carácter del criterio identitario de dichas cláusulas. El dato más relevante respecto a esta categoría es que sus entidades solo aplican, de todo el capítulo 9, la cláusula de *trato nacional*.

contratación pública de cada entidad se encuentra cubierta. No basta con la mera consulta de los listados.

¹⁷ Con el fin de no saturar el texto con inclusiones literales del anexo, se invita al lector a visitar la página 9 del Anexo, donde es posible consultar las tres condiciones mencionadas.

Para cerrar el criterio subjetivo se debe precisar un asunto puntual: inicialmente en el Acuerdo se incluía a ECOPETROL en el listado de la Sección C, y en sus «notas» se le asignaban una serie de condiciones especiales para realizar contrataciones públicas. En el párrafo sexto se dispuso que cuando el Gobierno colombiano garantizara que esta entidad cumpliera con los criterios expuestos para catalogarse como *entidad especial cubierta*, esta entidad sería incluida en el listado de la Sección D. Mediante la Decisión N° 2 de la Comisión de Libre Comercio del Acuerdo de promoción comercial Colombia-Estados Unidos se modificó la lista.

Con estos apuntes se agota lo atinente al criterio subjetivo. Verificado que la entidad se encuentra dentro de las cuatro categorías señaladas, entonces debe estudiarse, en concreto, el objeto a contratar. Esto representa el estudio del criterio objetivo, que se integra por dos exámenes. Por un lado, para que una contratación pública quede *cubierta* por el Acuerdo, se debe considerar que el monto estimado del contrato iguale o supere un umbral¹⁸. Este último varía según la categoría de la entidad contratante; excepto para las *entidades especiales cubiertas* que no se encuentran sujetas a montos. El funcionario debe, responsablemente, actualizar el umbral según lo dispuesto en la Sección I del Anexo 9.1 antes de compararlo con el valor estimado de la contratación a realizar. Esto con el fin de no incurrir en un error que pueda perjudicar en el trato al oferente estadounidense. En la tabla 1 se resumen los umbrales, distinguiendo el bien a contratar y señalando la norma que rige su actualización:

Sección	Categoría	Umbral para la contratación de bienes y servicios	Servicios de construcción
A	Central	US\$ 64,786	US\$ 7,407,000, o, para Colombia, durante los tres años siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo, la suma de US\$ 7,407,000, ajustada de conformidad con la Sección I del Anexo, o la suma de US\$
B	Sub-central	US\$ 526,000	
C	Otras entidades cubiertas	US\$ 250,000	

¹⁸ Al estimar el valor del contrato para determinar si este se encuentra cubierto o no, el TLC exige: i) no fraccionar una contratación pública con el fin de evadir el acuerdo; ii) tener en cuenta toda forma de remuneración –incluyendo primas, cuotas, interés, entre otros–; y iii) cuando la contratación pública vaya a realizarse por partes, y traiga como resultado la adjudicación de múltiples contratos en un período dado, se debe basar el cálculo en el valor máximo total de la contratación durante todo el período de su vigencia.

			8,000,000, la que sea mayor.
Ajuste del umbral		Según la sección I del Anexo	Hoy: US\$ 8,000,000

Tabla 1.

También se debe revisar si en dicho proceso de contratación es posible aplicar el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que exige la reserva de los procesos de contratación adelantados mediante licitación pública, selección abreviada o concurso público de méritos, a la medianas y pequeñas empresas – MIPYME– cuando el valor del proceso es menor a US\$ 125.000 y la entidad estatal ha recibido por lo menos 3 solicitudes procedentes de este tipo de empresas por lo menos 1 día hábil antes de la apertura del proceso. El párrafo 3 de la Sección H del Anexo, sobre «notas generales», dispone que el Acuerdo respeta esta reserva y su aplicación no viola los derechos de los oferentes estadounidenses.

Luego se debe pasar a un segundo examen, objetivo, que se detiene en la naturaleza del bien u objeto a contratar. Esto se propone porque hay bienes y servicios, según la categoría de la entidad, excluidos de la cobertura del Acuerdo. Se comienza por las excepciones generales. Estas se encuentran en las siguientes acápites: *i)* en la Sección F, se excluyen algunos servicios en materia de investigación y desarrollo, ingeniería y arquitectura, servicios públicos, servicios sociales, de impresión o elaboración de programas de televisión¹⁹ y *ii)* en la Sección H se disponen las «Notas generales» que excluyen, por ejemplo, el arrendamiento o adquisición de inmuebles, y curiosamente las contrataciones relacionadas con los programas derivados de la solución del conflicto armado. Posteriormente, se deben examinar las notas que, de forma particular, realizan exclusiones en la aplicación del Acuerdo a ciertos objetos contractuales según la categoría de la entidad. Por ejemplo, dentro de las entidades del nivel central, el párrafo 7 de las notas a la lista de Colombia determina que «no están cubiertas por este Capítulo las contrataciones para la preparación y celebración de elecciones». Caso a caso, el funcionario debe evaluar que respecto al objeto del contrato no se disponga ningún tipo de excepción.

2.2. Escogencia del procedimiento de selección

El Acuerdo menciona cuatro modalidades de selección. Como regla general y, catalogada como un principio, se enuncia la licitación abierta. A manera de

¹⁹ Se mencionan solo los servicios relativos a la contratación por parte de Colombia, pues también hay una lista que enuncia los servicios excluidos cuando la entidad contratante es estadounidense.

excepción se disponen tres posibilidades: *i)* la licitación selectiva²⁰; *ii)* las listas multiusos y; *iii)* la contratación directa.

Lo primero que se debe resolver es si la mención de estas opciones en el tratado implica una obligación de adoptar dichas modalidades en el ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta el principio del procedimiento de licitación y la redacción del Acuerdo, la regulación de estas tres excepciones se presenta como una previsión frente a la posibilidad de que se incorporen en el ordenamiento²¹. De estas tres, en Colombia solo se ha regulado la contratación directa. El artículo 9.8 del Acuerdo habilita a las entidades contratantes, en ciertos escenarios, para evadir la licitación pública. Estas causales no se corresponden con la Ley 1150 pero esto, sin embargo, no deriva en un incumplimiento del Acuerdo en virtud de que la Ley colombiana es un poco más restrictiva respecto a las circunstancias bajo las cuales se puede adelantar el procedimiento, no es más flexible. Si, por ejemplo, el Acuerdo permite que una licitación pública declarada desierta dé paso a la contratación directa, pero, la Ley 1150 ordena la celebración de un procedimiento de selección abreviada, entonces el Estado colombiano resuelve la situación de una forma más garante de principios e ignora la potestad que, en principio, le otorga el Acuerdo. Si esta situación tuviese una relación inversa, entonces se podría pensar en una ocasional violación.

Quedan entonces, tres vías: *i)* realizar una licitación pública, como se dispone en el EGCAP; *ii)* contratar directamente y motivar debidamente las circunstancias que justifican esta decisión o *iii)* evaluar si el procedimiento de selección abreviada cumple con los mínimos en materia de garantías que se imponen en el TLC. Finalmente, este procedimiento no es más que una licitación pública donde los términos se reducen considerablemente. Esta tercera vía merece un estudio amplio y detallado, además, una problematización importante respecto a la aplicación de las normas del Acuerdo a manera de reglas o de principios. Por tanto, ello es objeto de otro escrito, por el momento el texto expondrá los aspectos fundamentales al interior del procedimiento de licitación pública que resulte *cubierto* por el convenio internacional en cuestión.

²⁰ Al respecto comentan Cárdenas y Carranza: «En la doctrina comparada, el mecanismo de “licitación privada” ha sido definido como un procedimiento de selección del contratista en que los participantes inscritos en los registros de la Administración atraviesan por una etapa de preselección que limita la extensión y el alcance de la convocatoria a ofertar. Su diferencia con la licitación “general” reside en que esta se dirige al público de forma indeterminada, mientras que la licitación selectiva llama a personas determinadas a través de una invitación directa» (CÁRDENAS, Margarita y CARRANZA, Ana Milena. Transformaciones del ordenamiento jurídico colombiano derivadas del capítulo de compras públicas del TLC Colombia- UAE. [Consultado el 27 de abril de 2020] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6156595>).

²¹ El artículo 9.7.5 del Tratado es redactado en los siguientes términos: «Cuando la legislación de una Parte permite la realización de procesos de licitación selectiva [...]».

2.3. Estructura del procedimiento de licitación abierta

Antes, se abordó el alcance y significado de la cláusula de *trato nacional*. En virtud de esta y, a la vez, el principio de reciprocidad, se debe dar a los oferentes estadounidenses un trato absolutamente igual al que se otorga a los nacionales. Sin embargo, el Tratado incluye «mayores exigencias» para garantizar, en mayor o igual medida, ciertos principios como la publicidad y no discriminación. Por tanto, es propio pensar que la estructura del procedimiento de licitación pública dispuesto en el EGCAP es, en analogía, el *croquis* de un mapa. Tendencialmente, el croquis debe completarse con unos colores preestablecidos –representado por el procedimiento de licitación celebrado regularmente–, en virtud del Acuerdo, es necesario que se incorporen algunos colores diferentes en espacios sutiles del croquis. A continuación, se sintetizan cuáles son esos asuntos donde se aplica el color tradicional y aquellos donde hay alguna variación.

La primera exigencia en virtud del Acuerdo es la publicación de un *aviso sobre planes de contratación pública*. Este debe incluir el objeto de cada contratación pública planificada y la fecha estimada para la realización del procedimiento de selección. Este requisito queda resuelto con la publicación que, en virtud del artículo 2.2.1.1.4.1 del Decreto 1082, se realiza del Plan Anual de Adquisiciones. Este incluye las necesidades que tiene una entidad, los bienes que las satisfacen, el valor estimado de estos, las fechas estimadas para contratar dichos bienes o servicios y, finalmente, la modalidad de selección por la cual se contratan.

Luego, el artículo 9.4 del Acuerdo ordena la publicación de un *aviso de contratación futura*, que podrá ser publicado por medios electrónicos o impresos de amplia difusión. Debe contener los datos de la entidad contratante, una descripción de las mercancías a contratar, los períodos de entrega, la modalidad de selección, el sitio y plazo para la presentación de las ofertas y *una indicación de que la contratación pública está cubierta*. Este requisito parece cumplirse con los tres avisos que comúnmente se publican en cumplimiento del artículo 30 de la Ley 80, según el cual «Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP». Estos avisos, en efecto, contienen información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación.

Tanto el *aviso sobre planes de contratación pública* como el *aviso de contratación futura* son importantes para determinar de las exigencias o garantías esenciales del Tratado: el plazo para presentar ofertas. El Acuerdo, en el artículo 9.5, plantea 3 escenarios: *i)* desde la fecha del *aviso de contratación futura* el plazo para presentar ofertas no será menor a 40 días; *ii)* este plazo mínimo se puede

reducir a 30 días siempre que el *aviso de contratación futura* se publique en un medio electrónico y provea los *documentos de contratación* en un medio electrónico²²; *iii*) si se cumple con lo anterior y, adicionalmente, la entidad ha publicado un aviso separado, que puede ser el *aviso de contratación planificada* – es decir, plan anual de adquisiciones– con por lo menos 40 días y no más de 12 meses de anticipación, entonces el plazo podrá ser menor a 30 días. En ningún caso el plazo para la presentación de las ofertas será menor a 10 días. Pues bien, aquí existen varias posibilidades que ya quedaron planteadas; sin embargo, considero que bajo la estructura tradicional del procedimiento de selección, es posible concluir que la regla general no son los 40 días sino, el plazo mínimo de 10 días.

La preocupación por este plazo para presentar ofertas, en principio amplio – 40 días–, surge en un determinado contexto histórico: en Colombia la virtualidad no era una realidad al momento de suscribir el Tratado. Esto quedó planteado en la Carta Adjunta del 22 de noviembre de 2006. Allí se pactó que Colombia podría habilitar la reducción en el plazo siempre y cuando incorporara un sistema de contratación pública electrónico. Luego, Colombia notificó a Estados Unidos al incorporar e implementar el SECOP II. Con esta medida se cumple lo propuesto en el párrafo 3 del artículo 9.5 y se configura como regla general un plazo de mínimo 30 días para la presentación de las ofertas. Pues bien, como las entidades estatales publican cumplidamente el plan anual de adquirentes, que hace las veces de *aviso de contratación futura*, entonces se cumple con el requisito del párrafo 4 y es dado afirmar que la verdadera regla general es un plazo mínimo de 10 días para presentar ofertas. Este es el tercer escenario que se planteó con anterioridad. En todo caso, «la Entidad contratante proporcionará a los proveedores tiempo suficiente para [...] preparar y presentar las ofertas, tomando en cuenta la naturaleza y complejidad de la contratación pública», esta es la teleología de la norma *ejusdem*.

Superando la discusión sobre el plazo para presentar ofertas, para concluir se expondrán tres condiciones especiales del TLC al interior del procedimiento de licitación pública. La primera se vincula a las condiciones de participación que las entidades pueden exigir a los oferentes, lo que comúnmente se identifica como requisitos habilitantes. Según el artículo 9.7 del Acuerdo, las condiciones de participación se deben limitar a aquellas que den cuenta de la capacidad legal, comercial, técnica y financiera de un oferente. Esto no es diferente al reclamo tradicional de que los requisitos habilitantes no superen lo necesario, y de esta

²² Según lo que el Acuerdo comprende como documentos de contratación y el contenido que este les asigna, el proyecto de pliego de condiciones es el documento con el que se satisface este requerimiento. En este sentido, la publicación simultánea –en un medio electrónico– del tercer aviso de contratación y el proyecto de pliego de condiciones, es equivalente a la publicación de un *aviso de contratación futura* y los *documentos de contratación*.

forma se restrinja el potencial de oferentes que participen en determinado proceso. Ahora, lo distintivo es que se debe valorar la capacidad del oferente tomando la base de sus actividades globales de negocio. En consecuencia, la experiencia de un oferente se debe valorar con independencia al territorio donde esta ha tenido desarrollo. Así mismo, en ningún caso se impondrá como condición de participación la adjudicación de uno o más contratos por una entidad cualquiera proveniente del país de la entidad contratante.

La segunda condición relevante son las especificaciones técnicas del objeto a contratar. Estas deben contar con una redacción en términos funcionales o de desempeño; basarse en estándares internacionales y, lo más importante, las especificaciones no pueden hacer referencia a una marca o nombre comercial salvo que no exista otra manera suficientemente precisa de describir los requisitos de la contratación pública. En estos escenarios se debe utilizar expresiones tales como «o equivalente».

Finalmente, el artículo 9.9 sobre el tratamiento y adjudicación de los contratos —en el párrafo 8— impone el deber de publicar un aviso sobre la información de la adjudicación, bien sea por medios electrónicos o impresos. Este aviso debe contener la información de la entidad contratante, la descripción del objeto adquirido, la fecha de adjudicación, el nombre y los datos del oferente al cual fue adjudicado el contrato, el valor del mismo, y la modalidad de selección por la cual se adelantó el proceso de contratación. Este aviso debe ser publicado a más tardar 60 días después de la adjudicación del contrato, con indiferencia a la modalidad de selección utilizada.

Bibliografía

MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO. Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos. [Consultado el 7 de abril de 2020] Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-entre-la-republ-1/contenido/texto-final-del-acuerdo>

Doctrina

MOLINA, Sandra Milena. Las relaciones exteriores y los tratados internacionales en la constitución de 1991. [Consultado el 11 de abril de 2020] Disponible en: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/download/3116/2983>

CÁRDENAS, Margarita y CARRANZA, Ana Milena. Transformaciones del ordenamiento jurídico colombiano derivadas del capítulo de compras públicas del

TLC Colombia- UAE. [Consultado el 27 de abril de 2020] Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6156595>

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-494 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-750 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-608 de 2010. M.P. Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-377 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.

