

LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y RECIPROCIDAD EN OFERTAS EXTRANJERA VS. LAS MIPYMES EN CONTRATACIÓN ESTATAL: UN LÍMITE A LA GLOBALIZACIÓN

Nohora Elena Pardo Posada¹

“Es difícil pensar en un problema jurídico que no cruce las fronteras disciplinarias e internacionales y es común ver cómo los mismos se extienden a lo largo del derecho privado y público para enseñar sobre comercio, seguridad y desarrollo mientras se refieren de paso al derecho nacional y comparado”.

David Kennedy

RESUMEN

El estatuto de contratación estatal, señala la igualdad de oportunidades para quienes pretendan ofertar con el Estado respetando principios constitucionales de igualdad, transparencia, celeridad, publicidad entre otros, sin embargo con la reciente reglamentación el Decreto 3809 del 30 de septiembre de 2009, sobre mipymes podría llegarse a afirmar que la globalización aún no ha llegado a este campo de la actividad pública.

ABSTRACT

The government's contracting statute points out equal opportunities for those interested in government bidding. It honors constitutional principles of equality, transparency, swiftness, advertising among others. However, as a result of the recently passed 3809 Act of September 30th, 2009 on SMEs it could be claimed that globalization has not yet reached this public activity's scope.

PALABRAS CLAVES

Contratación estatal, principios constitucionales, ley 80 de 1993, globalización, derecho.

KEYWORDS

Government procurement, constitutional principles, Law 80 of 1993, globalization, law.

Artículo de investigación depositado en octubre 26 de 2010, aprobado en enero 28 de 2011.

¹ Docente de la Universidad Libre Seccional Bogotá, Jefe del Área de Derecho Público,

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de globalización y las relaciones económicas que vincula agentes públicos y privados no es ajena al sector público; sin embargo a la luz de la normatividad vigente, es necesario su análisis en procura de mejorar el sector.

La ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, contienen los principios y reglas esenciales para la contratación pública, consagra los mecanismos de selección para la escogencia del mejor ofrecimiento en procura de cumplir con los fines estatales, como bien lo afirma la Corte Constitucional "...el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...". Lo que lleva a afirmar que la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad:

1º Asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y 2º evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, de lo cual se deduce que la decisión de contratar y la adjudicación de un contrato no es una facultad enteramente discrecional de las entidades públicas que integran aquella. En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglada, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. (Corte Constitucional Sentencia C-449 de 1992)

El desarrollo de este artículo inicia con un breve recorrido por la Nación del derecho administrativo global, el principio de igualdad y concurrencia, la mención de la normatividad de

las mipymes, en especial el Decreto 3809/09 y las ofertas extranjeras en el ámbito contractual del Estado.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Desde el año 2004 (RATTON SANCHEZ: 2008: p.17) se viene debatiendo en las instancias académicas el surgimiento de un derecho administrativo global, en adelante DAG, desarrollado en la Universidad de Nueva York. Richard Stewart, Ben Kingsbury y sus colegas buscan repensar el poder público como una forma de administración, sin importar si es ejercido por cortes o actores privados, integrado en una jerarquía convencional de autoridad pública o disperso a lo largo del globo. Visto de esta manera, se preguntan si las reformas administrativas convencionales – transparencia, participación, oportunidad de ser escuchado, revisión judicial – podrían ofrecer una receta para mejorar la gobernanza global (KENNEDY: 2008: P.15)

A su turno Benedict Kingsbury, ha definido el DAG como aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban (BENEDICT KINGSBURY: 2008:p 17)

Para la ejecución del derecho administrativo global se requiere de órganos globales administrativos, órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica (BENEDICT KINGSBURY: 2008:p 17).

La conformación del derecho administrativo global lleva consigo más allá del concepto de globalización jurídica como lo afirma Bonaventura de Sousa, es un proceso mediante el cual una entidad o condición local dada consigue extender su alcance a todo el globo y, al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar a una condición o entidad rival como local, no existiendo una globalización sino una localización (BONAVENTURA DE SOUSA SANTOS: 2001: pág. 152), en este aspecto el derecho administrativo doméstico requiere de grandes transformaciones y ajustes donde necesariamente tendrá que surtirse el proceso de Inclusión globalizada y exclusión globalizada, si se pretende la regulación del derecho administrativo global.

En materia de contratación estatal, el concepto de globalización se encuentra relacionado con los acuerdos de coordinación, los tratados internacionales que tiene como característica la ausencia en su estructura de la toma de decisiones vinculantes (OP.Citada KINGSBURY. RATTON SÁNCHEZ: 2008:p 10), por esta razón la dificultad de articular el derecho administrativo doméstico con un derecho administrativo global, cuando depende de diferentes actores, gubernamentales, privados y tercer sector.

Cuando se habla de derecho global el tema de la territorialidad de la ley pierde eficacia, sin embargo es importante señalar como en el marco regulatorio de las normas colombianas se trata el asunto, así el artículo 13, del estatuto contractual indica cuál es la normatividad aplicable para los contratos estatales: los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. El principio de la territorialidad de la ley, que emana su obligatoriedad de los artículos del Código Civil, señala en el artículo 18 que se impone la Ley a los nacionales como a los extranjeros residentes en este país; a su turno el primer inciso del artículo 20 los bienes situados en territorio colombiano se sujetan a las disposiciones de este código; la misma regla opera en relación con los contratos celebrados en país extraño sobre bienes situados en Colombia o que deban ejecutarse o producir efectos en el territorio nacional; de la

misma manera están sometidos al código civil los actos jurídicos celebrados en Colombia, en cuanto a sus formalidades, contenido, validez y naturaleza, según el artículo 21 *ibidem*.

El artículo 20 inciso 3º del Código Civil, con base en el criterio del lugar de ejecución del contrato, señala que si el contrato se debe cumplir en el territorio colombiano o genera efectos que le sean inherentes a los derechos e intereses de la nación, se aplicará la ley colombiana.

El artículo 21 del Código Civil y el artículo 38 de la ley 153 de 1887, con base en el principio del lugar de celebración, establece como la solución de fondo respecto de la forma de los instrumentos públicos a la ley del país en los que éstos hayan sido otorgados.(ÁLVAREZ LONDOÑO: 2001:PASG 189)

Para resolver los cuestionamientos surgidos en torno a la territorialidad de la ley y su aplicación en materia contractual la Ley 1150 de 2007 regula la materia señalando: 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 (Colombia Congreso de la República: Ley 1150/07)

Los apartes normativos citados se presentan como solución al problema de la territorialidad y como obstáculo frente a un derecho administrativo global.

LA IGUALDAD Y RECIPROCIDAD FRENTE A OFERTAS EXTRANJERAS

En el ámbito contractual los interesados que acuden a la presentación de sus ofertas se encuentran regidos por principios de índole constitucional y legal para la protección de sus derechos y el cumplimiento de los fines estatales, principios que han sido objeto de estudio por

parte de la doctrina y la jurisprudencia y son desarrollados como principios fundamentales del proceso contractual: la libertad de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia.

Como principio fundante de la participación de extranjeros se aborda el derecho-principio de igualdad, que se traduce en la expresión según la cual “la ley es igual para todos”, según las directrices precepto constitucional del artículo 13 son dos condiciones que deben cumplirse para el apropiado ejercicio de este derecho: el trato paritario e igualitario de las personas y el trato diferenciado a favor de grupos en condiciones diversas que lo justifican, implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, esto indica que le queda prohibido a la administración establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás.

En materia de igualdad de acceso a la contratación estatal, además de los postulados generales impuestos por el preámbulo Constitucional y los artículos 1º y 13 ibídem, el artículo 209 superior dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad.

Ahora bien, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

La jurisprudencia constitucional ha determinado las reglas para la aplicación del principio de igualdad en la contratación administrativa: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de

selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados (Corte Constitucional: Sentencia C-862/08)

A su turno en el contexto en comento, jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la igualdad se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la administración, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, siguiendo a la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración. De acuerdo con lo anterior, la igualdad en la contratación pública no limita el derecho de la entidad de dar preferencia a quien mejores calidades y condiciones tenga y acredite, toda vez que es el cometido de la selección objetiva que ordena la ley (Consejo de Estado. Sentencia de 11 de marzo de 2004).

Si el principio de igualdad establece un trato sin discriminación alguna, como diferente sucede en cuanto al principio de reciprocidad de prestaciones comporta una de las bases de la estructura de los contratos administrativos y, desde esta perspectiva, desarrolla el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa, donde cumple una doble función: (i) la de interpretar e integrar la normatividad que regula los contratos -determinante en la etapa de celebración como límite al principio de la autonomía de voluntad-, y (ii) la de complementar el régimen de los derechos y obligaciones acordadas expresamente por las partes en el negocio jurídico -relevante en la etapa de ejecución contractual como ordenamiento legal imperativo Sentencia(C-892/01)

El principio de reciprocidad, propio de relaciones privadas, tiene aplicación en el campo del derecho público inicialmente de la jurisprudencia y de la doctrina, ante la apremiante necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que podrían afectar su cumplimiento y ejecución material, buscando con ello equipar y armonizar las exigencias del interés público social con la garantía de los derechos del contratista (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 1996).

En nuestro derecho positivo, el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 consigna la reciprocidad en los procesos de contratación estatal indicando que 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.

El artículo de marras establece la noción de principio de reciprocidad, como el compromiso adquirido por Colombia con otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado, 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.

Exponiendo el parágrafo 1o. Que le corresponde al Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

Y en el parágrafo 2o. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre

y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo.

La reciprocidad es el comienzo de aceptación de normas y tratados internacionales para la relación contractual con el Estado pero encuentra su límite en el artículo 21 *ibidem*, porque establece el deber para las entidades estatales de garantizar 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. Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquél que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica, debiendo acreditar con su oferta la existencia de la reciprocidad, acompañando para el efecto un certificado de la autoridad del respectivo país, situación que fue aclarada mediante la ley 816 de 2003, parágrafo 1 que consagró: 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. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.

¿ES VIOLATORIO DEL DERECHO A LA IGUALDAD ESTABLECER UN TRATO DIFERENTE PARA LAS OFERTAS EXTRANJERAS?

Retomando lo arriba expuesto frente al principio de igualdad y la necesaria aplicación del artículo 209 de la Constitución Política no solo en su aspecto de igualdad sino en el servicio que debe prestar a la función administrativa que se orienta al servicio de los intereses generales. La

función administrativa puede asumir entre otras formas para su desarrollo el mecanismo de la contratación estatal. Lo que lleva a afirmar que la misma, está al servicio de ese interés general, lo anterior tiene asidero en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, prescribe que la contratación administrativa persigue “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines”. Y en el inciso segundo de esta misma norma, que preceptúa lo siguiente: “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

Unido a lo anterior, se encuentra la exposición de motivos que el Gobierno Nacional presentó al Congreso: “Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados. (Bendeck Olivella:1992: 22).

Ahora bien, la Corte Constitucional al estudiar el interés público implícito en la contratación estatal, ha indicado que en el contrato se afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son

un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general. (Corte Constitucional:C400:1999:7)

Al intervenir el interés general en la relación contractual Estado particular, se impone que en la contratación administrativa no sea indiferente la persona del contratista que celebra un convenio o acuerdo con la Administración. Puede decirse que el contrato estatal es, sin lugar a dudas, un contrato de aquellos que la doctrina califica como contratos intuito persone, o contratos celebrados en razón a las calidades mismas de la persona con la que se contrata (Ibidem, pag.9).

Si bien la relación contractual se enmarca no solo en el orden jurídico sino de manera especial en la función administrativa y en el interés general, esto no conlleva una vulneración del principio de igualdad, La Corte Constitucional considero que “El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho - esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.(Corte Constitucional: C- 530 de 1993)

A su turno el tratadista Dromi, citando a Fiorini y Mata, precisa que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son: ‘1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas

que rigen el procedimiento de elección de co-contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior. Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. (Corte Constitucional. C. 887 de 2002)

Sin embargo en algunos eventos se presenta un tratamiento diferente establecido por la entidad en sus pliegos de condiciones con el único propósito de satisfacer la específica necesidad y fundamentado en el interés general perseguido con el contrato, lo cual no vulnera el derecho a la igualdad (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia de 19 de julio de 2001).

El trato diferente se encuentra justificado para el tribunal constitucional cumplirse los requisitos de : a) la situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales. b) El trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido, esto es la garantía de la prevalencia del interés general (Corte Constitucional. C. 887 de 2002)

Corolario de lo anterior es la situación que en los pliegos de condiciones se establezca un trato diferente para la contratación con Mipymes y extranjeros con acuerdo de reciprocidad vigente, sin que esto lleve consigo la vulneración del principio de igualdad.

¿LA GLOBALIZACIÓN Y LAS NORMAS EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL ESTIMULAN EL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA?

La libertad de concurrencia guarda una estrecha e íntima relación con el principio de igualdad de oportunidades que debe regir todo procedimiento de selección de contratistas, pues la jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de indicar que al asegurarse multiplicidad de ofertas, por una parte, se garantiza la participación de los particulares sin diferencia de trato y, por otra, se facilita la escogencia de aquella propuesta que mejor se ajuste a las finalidades de interés público que se pretenden alcanzar. En otras palabras, "... La libre concurrencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación". (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de diciembre de 2007).

Por otra parte, el tribunal constitucional sostiene que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración; sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad. (Corte Constitucional C-815 de 2001).

La libre concurrencia, conlleva, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio

es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Se concluye que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina el principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art. 13. C.P), y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo arts. 333 y 334 C.P. (Consejo de Estado. Auto de 30 de enero de 2003).

Ahora bien, el proceso de contratación estatal desarrollado entre otros en el principio de libre concurrencia tiene su fuente en las normas de derecho interno; no hay una mirada global del mismo, se aparta de la creación de un mercado común o multilateral, que depende necesariamente de que los gobiernos disciplinen las fases de preparación, selección de sus contratos públicos de forma y en ambientes transparentes a nivel Transnacional (SUÁREZ BELTRAN: CEPAL. Manual de contratación Pública electrónica para América Latina: P:5) dejando a un lado los acontecimientos globales que enmarcan el surgimiento de un nuevo derecho y por ende el proceso de globalización del derecho.

CONTRATACION CON ORGANISMOS INTERNACIONALES

Frente a la contratación con organismos internacionales, el tema se encuentra alejado del concepto de la globalización, contrario a lo comentado en las líneas anteriores, la aplicación del orden jurídico para regular la relación contractual esta sometida al verbo “podrán” en materia regulativa

es decir, por disposición expresa del artículo 20 de la Ley 1150/07, las obligaciones, derecho, prohibiciones y demás cláusulas contractuales se someterán a las reglas jurídicas de la entidad internacional siempre y cuando sean financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

Establece el citado artículo el objeto de los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional de la siguiente manera:

- 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.
- Contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.(Ley 1150/07:art 20).

El derecho administrativo doméstico se hace a un lado para la aplicación de un derecho externo que depende de las normas propias del contratista y que podría sin que hasta la fecha se haya presentado generar conflictos frente a las normas globales.

LAS MIPYMES OBSTÁCULO DE LA GLOBALIZACIÓN EN CONTRATACION ESTATAL

En diferentes documentos y normatividad del gobierno nacional se ha tratado el tema de las mipymes, observando en todos ellos un cometido especial del Estado para propender por el desarrollo y continuidad de esta forma de asociación; es así como en el documento

COMPES 3484/07, se define la micro, pequeñas y medianas empresas, señalando que son aquellas unidades de explotación económica, que realizan personas naturales o jurídicas, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que respondan conjuntamente a los siguientes parámetros:

1. Número de Trabajadores Permanentes.
2. Valor de las Ventas Brutas Anuales y/o Activos Totales, de acuerdo con los rangos que señalará el reglamento que para el efecto se expida.

En la Ley 590 de 2000, o Ley de Mipymes, se establecieron mecanismos para apoyar y facilitar el acceso a la tecnología, la ampliación de la oferta de mano de obra calificada, la penetración de mercados internos e internacionales, la financiación, las fuentes de información y la capacitación.

En el tema de las mipymes hay que tener en cuenta la valoración y ponderación de los factores señalados en la ley 816 de 2003, en la que se advierte que las entidades de la Administración pública, que de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, adoptaran criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional. Y otorga en virtud al parágrafo 1 el 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. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente.

A su turno la ley 1150 de 2007, artículo 12 contempla la promoción del desarrollo, para lo cual dispone que en los pliegos de condiciones las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispondrán en las condiciones que señale el reglamento, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión

de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales, siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 13 y en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección cuyo valor se encuentre por debajo de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional pueda establecer cuantías diferentes para entidades en razón al tamaño de su presupuesto, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, siempre que se garantice la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en la contratación y que previo a la apertura del proceso respectivo se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento por el Gobierno Nacional. En todo caso la selección se hará de acuerdo con las modalidades de selección a que se refiere la presente ley (Ley 1150 de 1997).

La definición de Mipyme en los artículos 2° de las Leyes 590 de 2000, modificado por el artículo 75 de la ley 150/07, y la ley 905 de 2004, disponen:

“Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

1. Mediana empresa:
 - a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o
 - b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Pequeña empresa:

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

3. Microempresa:

- a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,
- b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

El párrafo 3 del artículo 12 *ibídem* consagraba:

PARÁGRAFO 3o. Las medidas relativas a la contratación estatal para las Mipymes, no son aplicables a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera

El párrafo atrás reproducido fue objeto de acción pública de inconstitucionalidad y en pronunciamiento C-826-09 se decretó la inexecutable afirmando que el medio empleado por la norma acusada resulta desproporcionado en relación con los derechos sacrificados, siendo su obiter dicta la siguiente:

De conformidad con lo establecido en la ley, las medidas de discriminación positiva contempladas en la contratación están sometidas a la regulación reglamentaria y a la valoración que en el caso concreto puede hacer la administración, de tal forma que en el diseño particular de los factores de escogencia contenidos en los términos de referencia o en el análisis previo de la selección del contratista, pueden incluirse cláusulas que propendan por los mismos objetivos que aquí se implementan sin que sean sacrificados los derechos al trabajo y a la no discriminación de las micro, pequeñas o medianas empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera (Corte Constitucional C-826 de 2009).

En materia contractual por mandato del artículo 12 de la ley 1150 de 2007, se expidió el decreto 3806 del 30 de septiembre de 2009 limitando la invitación pública para ofertar en

los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos a Mipymes, imponiendo como requisito: 1. La cuantía del proceso esté por debajo de los 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y 2. Se manifieste el interés en participar en un proceso con convocatoria limitada, mediante la presentación de una solicitud en tal sentido, de por lo menos tres (3) Mipymes, con el fin de lograr la limitación de la convocatoria.

La solicitud se debe presentar entre el momento de publicarse el aviso de convocatoria pública y hasta el último día de publicación del proyecto de pliego de condiciones, y la misma deberá contener, además de la manifestación de su interés en participar en el proceso, la de cumplir con su condición de Mipyme, lo cual se acreditará con la presentación de una certificación expedida por contador o revisor fiscal, según sea el caso, en la que se señale tal condición. (Decreto 3806 de 2009).

Deberán verificarse los siguientes requisitos mínimos:

1. El domicilio principal de las Mipymes departamentales, locales o regionales debe coincidir con el lugar de ejecución del contrato. Para estos efectos, bastará con que el proponente acredite que su domicilio principal está en el departamento de ejecución contractual, y
2. Las Mipymes deberán tener por lo menos un (1) año de constituidas al momento de la convocatoria, lo que también deberá acreditarse al hacer la manifestación a que se refiere el numeral 2 del artículo anterior. (Decreto 3806 de 2009)

PARÁGRAFO 3o. Las medidas relativas a la contratación estatal para las Mipymes, no son aplicables a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Considera la Corte Constitucional en sentencia C-826/09, que las acciones afirmativas a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, que son perfectamente aplicables a las controladas por la Superintendencia Financiera o por cualquier autoridad pública, concretan políticas

públicas de enorme interés político e importancia constitucional no sólo porque inciden en el crecimiento de la economía nacional sino también porque contribuyen de manera eficaz y adecuada a incrementar el empleo no calificado de personas que se encuentran en clara situación de vulnerabilidad por su falta de capacidad económica y de preparación profesional. Entonces, como la exclusión de beneficios en la contratación administrativa para ese tipo de empresas, cuyos objetivos constitucionales son de igual manera imperiosos para el país, debía contar con una justificación suficientemente clara y adecuada y no la hubo, ni de manera expresa o tácita, es fácil inferir su desproporcionalidad.

Las normas señaladas llevan a afirmar que el gobierno Colombiano en su política de fomento a las mipymes, ha dejado a un lado el concepto de globalización y se ha limitado al orden interno con el objeto de dar cumplimiento a su política pública de apoyo a las mipymes.

CONCLUSIÓN

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

En el panorama de la contratación estatal la noción de globalización y de derecho administrativo global se encuentra aún en una etapa incipiente del procedimiento, formas y condiciones de la relación contractual. Sin embargo el orden jurídico contempla la participación de extranjeros en condición de contratistas del

Estado bajo las premisas de los artículos 19 y 20 del estatuto contractual, así mismo para esta clase de relaciones la ley y la jurisprudencia de manera reiterada ha reconocido los principios de igualdad, libertad de concurrencia y trato, pero en nada tiene que ver la aplicación de esta normatividad con fenómenos de globalización del derecho.

Las normas que regulan el tema de la contratación si bien establecen la intervención de extranjeros, se enmarcan no bajo normas globales sino en normas impresas por tratados o leyes propias del derecho interno que autorizan la aplicación de normas internacionales para efectos de contratación con organismos internacionales.

El trato preferente que otorga el decreto 3806 de 2009 a favor de las mipymes si bien contribuye a generar espacios de participación en la economía a esta clase de empresas, disminuye una vez más la posibilidad de aplicación de un derecho global, teniendo en cuenta que para ello tendría que adaptarse esta figura al orden global.

En Colombia el concepto de globalización y derecho administrativo global se encuentra distante del orden jurídico, a pesar de que desde el año 2005 en los ámbitos académicos se viene tratando el tema del derecho administrativo global, situación que es compartida por los países latinoamericanos. En la actualidad el tema solo es una propuesta académica que aún no cuenta con la debida divulgación, mal podría aplicarse una globalización cuando las estructuras del derecho doméstico no se encuentran preparadas para trascender labor, lo que no quiere decir que nos sea posible que la globalización se inmersa en la relación contractual del Estado, pero para ello se requiere de un trabajo arduo que flexibilice y unifique el derecho doméstico de los Estados y otorgue espacios de reflexión, cesión y flexibilización de los estándares jurídicos de la comunidad global .

BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ LONDOÑO. Luis Fernando, S.J y GALÁN BARRERA. Diego Ricardo. Derecho Internacional Privado, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, Bogotá. Págs. 189 y 190
2. Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart El Surgimiento del Derecho Administrativo Global. En: Revista D may de derecho Público. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, marzo de 2010.
3. Bendeck Olivella, Jorge. Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993. En: Gaceta del Congreso, N° 75. 23 de septiembre de 1992.
4. Bonaventura de Sousa Santos y Mauricio Villegas. Caleidoscopio de la justicia en Colombia. Siglo del Hombre editores, Universidad de Los Andes 2001.
5. COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública En: Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.
6. COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 590 de 2000. Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresa. En: Diario Oficial No. 44.078 de 12 de julio 2000.
7. COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 816 de 2003 Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública. En: Diario Oficial 45242 de julio 08 de 2003.
8. COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 905 de 2004 por medio de la cual se modifica la ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial No. 45.628 de 02 de agosto 2004.
9. COLOMBIA CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 DE 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. En: Diario Oficial 46691 de julio 16 de 2007.
10. COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2003 Expediente No 23508. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.
11. COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp.12307
12. COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de diciembre de 2007. Exp. 24715. M. P. Ruth Stella Correa Palacio.
13. COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 1996. C.P. Daniel Suárez Hernández
14. COLOMBIA.Sentencia C-892/01 Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil uno (2001).
15. COLOMBIA. Corte Constitucional C- 530 de 1993 P. DR. Alejandro Martínez Caballero.
16. COLOMBIA. Corte Constitucional C-892/01 Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.
17. COLOMBIA. Corte Constitucional C-826 de 2009 Magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
18. COLOMBIA. Corte Constitucional C-815 de 2001 Magistrado ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Corte Constitucional. C. 887 de 2002 M.P. Dra. Clara Inès Vargas Hernández.
19. COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia C-400/99, MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
20. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 679 DE 1994 fecha 28/03/1994 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 En: Diario Oficial No. No. 41.287, del 29 de marzo de 1994.
21. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3806 de 2009. Por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública. En: Diario Oficial 47.495 de octubre 7 de 2009
22. COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. Documento COMPES 3484/07. Política Nacional para la transformación Productiva y la Promoción de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas: Un Esfuerzo Público-Privado.
23. Corte Constitucional. C- 826 de 2008. Magistrado ponente Dr. Fariñas Dulce, María José. De la globalización económica a la globalización del Derecho: Los nuevos escenarios jurídicos. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas : Boletín Oficial del Estado Fecha de edición: 2000
24. KENNEDY, David. El misterio de la gobernanza global Conferencia Kormendy, Universidad del Norte de Ohio, Petit College of Law enero 25 de 2008 Traducción de: María Angélica Prada Uribe. En Revista de Derecho Público 24. Universidad De Los Andes – Facultad de Derecho. Marzo de 2010.
25. Mesa Redonda del Proyecto GAL, que versó sobre el Derecho Administrativo y la Gobernanza Global, en New York

- University School of Law, de fecha 30 de enero de 2004. Para más información, véase <<http://www.iilj.org/GAL/GALroundtable2004.asp>>. Citado por RATTON SÁNCHEZ Michelle. El Proyecto ‘Derecho Administrativo Global’: Una Reseña Desde Brasil Octubre 2008. Revista de Derecho Público Universidad los Andes. Marzo de 2010.
26. PASTRAN PASTRAN, Jorge Eliécer. Del Gobierno en línea a la contratación Electrónica. Políticas Públicas en Juego. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. Abril de 2010.
 27. RATTON SÁNCHEZ. Michelle. El Proyecto Derecho Administrativo Global: Una Reseña Desde Brasil Octubre 2008. En Revista de Derecho Público 24. Universidad de Los Andes – Facultad de Derecho. Marzo de 2010.
 28. RICO PUERTA. Luis Alfonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer, Sexta edición, Bogotá.

Empresa y Sociedad

