

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

JOSÉ LUIS BENAVIDES*

SUMARIO

I. Nivel económico multilateral y bilateral. A. Acuerdo de compras públicas de la Organización Mundial de Comercio. B. Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA). C. Tratados de libre comercio con países de América. 1. Procedimientos de contratación. 2. Las instituciones contractuales. II. Banca multilateral. B. Banco Mundial. B. Banco Interamericano de Desarrollo. III. Programas internacionales sobre contratación pública. A. Modelos Uncitral. B. Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG)

Los contratos de la administración pública han sido objeto de una febril actividad normativa desde que se expidió la

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en derecho administrativo (Universidad de París II - Panthéon - Assas); magíster en ciencias administrativas y doctor en derecho público de la Universidad de París - Panthéon - Sorbonne). Director del doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, profesor del posgrado en contratación estatal, Maestría en Derecho Administrativo y docente investigador de la misma institución; profesor invitado de la Universidad de Nantes (Francia); titular certificado de aptitud profesional de abogado de la Barra de París, trabajó en la Dirección jurídica de la Cámara de Comercio e Industria de París.

L-80/93. Concebida como instrumento privilegiado de la nueva manera de abordar la gestión pública, más convencional que impositiva, la ley buscó flexibilidad en la actividad, a través de principios rectores que ofrecieran a los gerentes públicos un instrumento versátil dentro de un ambiente de responsabilidad reforzado. Esta vocación universal de un estatuto general, previsto ya por la Carta (art. 150), no lo condujo a la instauración de un régimen único de contratación. La Corte Constitucional avaló las regulaciones particulares, recordando el carácter de estatuto general y no único¹, y así subsistieron los múltiples regímenes particulares, contemplados algunos por la misma L-80, como los de los contratos de explotación de recursos naturales (art. 76) o las particularidades de la contratación en el sector de telecomunicaciones (arts. 33-36), la exclusión total del estatuto para los contratos del sector financiero público (art. 32, parágrafo) o la aplicación de reglamentos particulares de los organismos internacionales de cooperación o de la banca multilateral (art. 13). La dinámica se extendió a otros sectores y parecería que el impulso particular de flexibilización que inspiró al legislador de 1993 no fue suficiente en varios temas en los que leyes particulares establecieron la aplicación del derecho privado. El año anterior a la expedición de la L-80/93 la L-30/92 había reafirmado la autonomía de las universidades públicas, prescribiendo el régimen de derecho privado de su contratación. El mismo año de la L-80/93 la L-100/93 reformaba el sistema de seguridad social, abriéndolo a la competencia: los hospitales públicos debían participar en el nuevo mercado en igualdad de condiciones que la competencia privada, por lo que se consideró importante asignarles un régimen de derecho privado. Un año después, la liberalización del mercado se extendía a los servicios públicos domiciliarios (L-142/94) y

1 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949/01 y C-633/96.

al sector eléctrico (L-143/94), por lo que se estableció también un régimen privado de sus contratos. Pero, además, el carácter de ley de principios de la L-80/93 auspició una gran actividad reglamentaria, que amplió más el espectro normativo en la materia. La reglamentación del gobierno nacional quiso restringir la flexibilidad de la ley, que propició en la práctica el aumento de corrupción, pero el Consejo de Estado ha suspendido y anulado importantes disposiciones por traspasar la difícil frontera de la reglamentación de una ley de principios. La L-1150/07 respondió legalizando la concepción de los decretos anulados, habilitando expresamente al Gobierno una generalizada y extraordinaria reglamentación sobre aspectos esenciales y renovando el propósito de modernización de la gestión contractual, mediante de publicidad generalizada por Internet y procedimientos electrónicos de contratación.

La reglamentación contractual presenta así un panorama complejo e inestable, en el que la improvisación de decretos substituidos cuando apenas son publicados se superpone a un número creciente de decisiones judiciales anulatorias. Ello refleja, en principio, una falta de verdadera política normativa en la materia. Pero también existe una influencia creciente de lo que pasa en el mundo con la contratación pública. Nuestra inestabilidad normativa también es el reflejo de tendencias mundiales de reformas permanentes en esta materia tan sensible a la globalización. La contratación pública constituye un porcentaje importante del PIB de los países, por lo que los procesos de apertura a mercados son particularmente importantes. Organismos internacionales como la OMC, la ONU y la OEA se han ocupado de la materia desde hace un buen tiempo. Así mismo, la sensibilidad económica hace la materia particularmente importante para la banca multilateral, que financió en el pasado grandes proyectos de obra pública y auspicia hoy muchos proyectos de inversión, como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo. En fin, el tema

es muy sensible para la inversión extranjera, lo que hace que los procesos de apertura de las economías tengan en cuenta estos intereses y que los tratados multilaterales y bilaterales de libre comercio otorguen particular importancia a los temas contractuales vinculados directamente con la protección de la inversión.

En estas condiciones, es importante aproximarse a la dinámica internacional de la contratación pública que vincula estos distintos actores a través de influencias recíprocas sin que existan jerarquías entre ellos. La conformación, las finalidades e intereses de estos distintos organismos y actores hacen que existan aproximaciones diferentes, en ocasiones opuestas. En el ámbito jurídico, sin embargo, ellas comparten la influencia creciente del derecho angloamericano, que antepone el espíritu práctico a la claridad y coherencia conceptual, tan importantes para el derecho continental, que tradicionalmente inspiró nuestras instituciones jurídicas. Comprenderlas nos ofrece una lectura particularmente enriquecedora de nuestra legislación, de nuestras dificultades de aplicación y de las tendencias del régimen contractual de la administración pública.

I. NIVEL ECONÓMICO MULTILATERAL Y BILATERAL

La contratación pública ha sido tema de creciente interés para los procesos de liberalización de las economías y por ello no es una casualidad el que hayan sido objeto de regulación por los distintos acuerdos multilaterales y bilaterales de libre comercio.

A. Acuerdo de compras públicas de la Organización Mundial de Comercio

Este acuerdo multilateral fue suscrito por los 27 países miembros de la Unión Europea, Corea, Estados Unidos, Hong Kong, China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega,

Singapur, Suiza y Taiwán en 1994^[2], entre los cuales brilla por su ausencia la representación de países en vías de desarrollo (en la actualidad, Panamá ha propuesto la participación; Argentina, Colombia y Chile son observadores³⁾), aunque el acuerdo previó un artículo especial para el tratamiento particular de estos países (art. 5.º), lo que se ha explicado como la consecuencia de la dinámica interna de negociación del tratado, que impide a los países en desarrollo negociar condiciones favorables porque, como lo veremos, el acuerdo admite excepciones de aplicación que se negocian sobre la base de la bilateralidad y la reciprocidad.

La finalidad del acuerdo es la apertura de los contratos públicos a la competencia internacional, para lo cual establece la prohibición de discriminación de empresas extranjeras y el compromiso de los países de crear procedimientos internos que sancionen las adjudicaciones irregulares.

El campo de aplicación del acuerdo se determina por diferentes parámetros. En primer lugar, por la designación de las entidades nacionales al que se aplica, designación establecida para cada país, mediante de una lista que identifica las entidades nacionales o territoriales, así como el tipo de entidad. En un segundo lugar, el tratado se aplica a las compras públicas, categoría entendida de manera amplia como “las adquisiciones mediante cualquier instrumento contractual, incluidos métodos tales como la compra, la compra a plazos o el arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra, e incluida cualquier combinación de productos y servicios” (art. 1.º). Sin embargo, esta amplitud

2 Año de suscripción, aunque varios de los países enumerados lo suscribieron con posterioridad. Ver fechas en [www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm#parties].

3 A estos países del subcontinente se agregan, en solicitud de adhesión: Albania, Armenia, China, Georgia, Jordania, Mongolia, Omán y Kirguisa. Como observadores: Arabia Saudita, Australia, Reino de Bahrein, Camerún, Croacia, India, Nueva Zelanda, Sri Lanka, Turquía y Ucrania.

no incluye los modelos contractuales de concesión en los que la remuneración del contratista no se deriva de un pago realizado por la entidad contratante por los bienes, obras o servicios que adquiere del contratista, como ocurre con la compra pública. En las distintas variantes de estos contratos, el concesionario se remunera con frecuencia a través de la explotación económica del bien o servicio a él concedido y, en todo caso, su remuneración conlleva un riesgo importante derivado de la ejecución del contrato. En fin, el tercer parámetro de aplicación del acuerdo está dado por los umbrales de valores de los contratos a partir de los cuales se aplica. La apertura no es concebida así de manera absoluta para todas las compras públicas, sino limitada a los contratos importantes desde el punto de vista económico.

Además, el acuerdo prevé dos tipos de excepciones sobre su aplicación. El primero identifica excepciones genéricas, consistente en ciertas materias sensibles cuya apertura al mercado internacional no se considera conveniente y sobre las cuales los países conservan plena libertad de regulación interna. En esta categoría están los contratos relacionados con la seguridad, la moral y el orden público; la vida, tanto humana, como animal y vegetal; la salud, los relacionados con discapacitados, los contratos de instituciones filantrópicas, la mano de obra en las prisiones, la promoción y ayuda a países subdesarrollados y la protección intelectual. El segundo grupo de excepciones es más complejo, por cuanto se establece entre países, bajo el principio de reciprocidad. Los signatarios del acuerdo elaboran listas de entidades o tipos de contratos excluidos con ciertos países, sobre la base de la reciprocidad de trato. A través de este mecanismo los estados pueden conservar tratos particulares, acordados previamente con ciertos países, en razón de sus intereses estratégicos, lo que genera un mapa muy complejo para la lectura del contenido concreto del acuerdo, determinado en buena parte por este enjambre de anexos en los que se identifican estas excepciones particulares. Esta mecánica

especial genera una asimetría importante entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, por la diferencia de poderes de negociación, lo que ha constituido un factor determinante para su ausencia de participación en el acuerdo multilateral.

B. Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)

El proyecto de Acuerdo de Libre Comercio de las Américas tuvo un precedente importante en el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), conocido por su sigla en inglés NAFTA, suscrito entre Canadá, Estados Unidos y México en 1992. Más aún: este acuerdo también tuvo influencia en el de la OMC cuyos lineamientos generales hemos expuesto, suscrito dos años después, en 1994.

El proyecto del ALCA comenzó en la Cumbre de las Américas, realizada en Miami en diciembre de 1994, pero sus negociaciones tuvieron tropiezos y la fuerte oposición de Brasil, por lo que finalmente fue abandonado en 2005. Sin embargo, es significativo, por cuanto constituye un antecedente importante para los tratados de libre comercio suscritos en el continente y porque proyecta en todo el continente el capítulo de contratos públicos, establecido por el TLCAN de 1992.

El proyecto ALCA recoge las instituciones del acuerdo de libre comercio de la OMC pero adiciona un capítulo de protección a la inversión extranjera, lo que tiene por consecuencia dos aspectos esenciales. En primer lugar, la noción de compras públicas se extiende, para cubrir también todas las modalidades de concesión. La medida es significativa, por cuanto el acuerdo OMC dejaba libertad a los estados para regular este tipo de contratos que requieren un alto grado de flexibilidad en la escogencia del concesionario y la definición de los términos específicos del contrato, dada su larga duración, su objeto particular y la inversión privada, todo lo

que genera una gran complejidad que hace inconveniente la amplitud de la concurrencia, la rigidez y el privilegio del factor precio, que caracteriza a los procedimientos de selección del contratista en las compras públicas.

Por otra parte, el proyecto ALCA no se limita a los procedimientos de selección de los contratistas, como lo hace el acuerdo de la OMC, sino que comprende también aspectos de la ejecución de los contratos, al involucrar nociones amplias de la inversión extranjera y el juzgamiento de los diferendos relacionados con ella en la ejecución de los contratos por parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que caracterizaremos más adelante.

C. Tratados de libre comercio con países de América

Frustrado el ALCA, su espíritu ha venido reproduciéndose en los tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio suscritos por los distintos países de América, cuya dinámica refleja una creciente expansión.

Algunos de esos tratados no comprenden la regulación de las compras públicas pero prevén su desarrollo ulterior. Tal es el caso de los TLC suscritos entre Mercosur y Bolivia (1996), Chile (1996), Perú y los países andinos (2004); así como entre Caricom (Comunidad del Caribe) y Costa Rica (2004), República Dominicana (1998) y Perú. Otros, por el contrario, sí tienen un capítulo especial de compras públicas, inspirado ampliamente en el tratado TLCAN y en el proyecto ALCA, como los celebrados entre Centroamérica y Panamá (2002), Chile (1999), República Dominicana (1998), Estados Unidos y República Dominicana (2004) y Colombia México y Venezuela (1994). Nuestro proyecto de TLC bilateral con Estados Unidos, tantas veces aplazado por el Congreso de este último, prevé un capítulo de compras públicas, al igual que los suscritos con Chile (2003) y Perú (2006), así como

el TLC México-Nicaragua (1997), además de los numerosos acuerdos suscritos entre los países latinoamericanos y otros países del mundo y con la Unión Europea.

Los contratos de libre comercio constituyen la puerta de entrada a nuestro país de la concepción internacional de la apertura y liberalización de los contratos públicos. La evolución de los acuerdos descritos ha ido imponiendo la noción estadounidense y ampliando el tratamiento de las compras públicas de la OMC. El resultado es la adopción de estándares mundiales referidos a los procedimientos de contratación que orientan de manera determinante las legislaciones internas. Pero la concepción de apertura y no discriminación muestra sus beneficios entre países de condiciones medianamente equivalentes. Por el contrario, los acuerdos entre países con marcadas distancias económicas refuerzan asimetrías muy sensibles, que pueden desnaturalizar las instituciones de los acuerdos. De igual forma, la expansión de las instituciones de protección a la inversión extranjera conlleva la modificación sustancial de instituciones jurídicas no solo contractuales. Veamos estas distintas manifestaciones:

1. Procedimientos de contratación

Los acuerdos internacionales han ido estructurando bases esenciales de los procedimientos de contratación que condensan la experiencia internacional e interna de los distintos países. Los acuerdos no adoptan un reglamento de contratación aplicable a los estados, pero fijan parámetros esenciales que deben ser respetados por la regulación interna de los países en torno a la transparencia, la regla general de la licitación pública abierta y las autoridades independientes para la composición de litigios.

En cuanto a la transparencia, ella gira en torno a los principios de publicidad y de concurrencia. La publicidad estimula los medios electrónicos, que permitan una amplia

difusión de los proyectos para la mayor participación de proponentes. El contenido de la invitación pública no está explícitamente definido, pero sí lo están las bases esenciales para lograr el objetivo de difusión. Además, debe darse amplia y clara difusión a la reglamentación interna referida a la contratación, a través de medios electrónicos o de remisión directa a todo interesado que la solicite. Igualmente, la publicidad no sólo debe abarcar la promoción de los proyectos sino también la adjudicación de los contratos.

En cuanto a la amplitud de la concurrencia, los acuerdos establecen plazos mínimos de licitaciones, que permitan la correcta elaboración de propuestas, así como comunicación de cualquier modificación de pliegos en tiempo útil para la correspondiente adaptación y preparación de ofertas por los proponentes. Así mismo, la legislación interna debe establecer los parámetros de los pliegos. Los acuerdos no prevén pliegos tipo de condiciones técnicas o administrativas generales, sino la definición de ciertos valores esenciales que promuevan una verdadera concurrencia. Así, ellos deben fijar de manera clara y completa las condiciones técnicas de la obra, bien o servicio solicitado, sin contemplar discriminación alguna, siguiendo los parámetros internacionales. Los pliegos deben fijar también de manera clara los criterios de selección del contratista, privilegiando el factor precio, gracias a la definición clara de las condiciones requeridas o, en caso necesario, otros criterios igualmente objetivos.

En relación con las condiciones de participación, los acuerdos prevén la posibilidad de realizar registros de proponentes, siempre que no limiten la libertad de registrarse y establezcan las formalidades esenciales, debidamente justificadas, que no constituyan factores discriminatorios.

En cuanto a los procedimientos específicos de selección, los acuerdos privilegian la licitación pública abierta, como mecanismo que ofrece las mejores condiciones de transparencia por la amplitud de participación e igualdad de tratamiento de oferentes. La excepción a esta regla general debe

estar justificada de manera específica por la reglamentación, bien sea por la necesidad de un peso mayor dado a las condiciones del contratista sobre su oferta, como sucede con los concursos de arquitectura, la consultoría o la realización los prototipos industriales y científicos, o por diferentes tipos de factores que justifican la selección directa, como el valor poco significativo del contrato, las licitaciones declaradas desiertas, la urgencia en la suscripción del contrato, los derechos exclusivos vinculados al contrato que excluyen la concurrencia o los servicios especializados.

En fin, el tercer elemento esencial de los acuerdos relacionado con los procedimientos de contratación se refiere a la creación de instancias administrativas o jurisdiccionales independientes que garanticen la regularidad de los procesos contractuales. Para ello, varios principios esenciales deben orientar las instituciones creadas por los países en su derecho interno.

1.º *Libertad de acceso*. Los aspirantes y proponentes deben tener amplio acceso a los recursos establecidos.

2.º *Derecho de defensa*. El dispositivo debe garantizar un real derecho de defensa de los proponentes, frente a la decisión de la administración contratante, por lo que ésta debe responder concretamente y por escrito a sus solicitudes, en tiempos útiles y suficientes. En vínculo con el principio de transparencia, los proponentes deben tener oportuno acceso a los documentos de la licitación, concurso o todo procedimiento de selección, en particular al de adjudicación, y las impugnaciones por parte de los proponentes no deben conllevar una restricción punitiva frente a futuras licitaciones.

3.º *Publicidad*. También en aplicación del principio de transparencia, los procedimientos establecidos deben ser públicos.

4.º *Independencia*. La autoridad administrativa o judicial debe tener independencia frente a la entidad contratante y poseer medios y poderes importantes de investigación para

poder determinar rápidamente la regularidad del proceso contractual. La eficacia real de estos procedimientos está también subordinada a los poderes otorgados a estas autoridades para adoptar y ejecutar sus decisiones. Por ello han de tener el poder de suspender los procesos en curso y definir derechos de los proponentes irregularmente descalificados o no seleccionados como contratistas.

Estos parámetros esenciales fijados por los acuerdos multilaterales y bilaterales han influido ampliamente en la regulación de nuestros países. Aun cuando no hayamos suscrito todos los acuerdos, los principios constituyen hoy un patrimonio internacional que se ha ido incorporando a nuestra legislación. Así, la transparencia, elevada a principio por la L-80/93 (art. 24), fue objeto de refuerzos por el Dcto. 2170/02 que fueron consolidados por la L-1150/07, a través del portal de contratación y la publicidad generalizada en Internet, no sólo para el anuncio de la apertura de los procesos contractuales, sino también y sobre todo su trámite. La concurrencia, por su parte, había sido objeto de regulación explícita mediante el deber de selección objetiva (L-80/93, art. 29)⁴ y ha sido de nuevo abordada por la L-1150/07, al diferenciar los requisitos de habilitación de los proponentes de las condiciones de evaluación de las propuestas (art. 5.º). En cuanto a los pliegos, el reglamento de la ley insiste en la exigencia de modificación de pliegos en tiempo útil para los proponentes (Dcto. 2474/08, art. 7.º, modificado) y aunque aún no se consagra en nuestra regulación la posibilidad de pliegos de carácter general, prevista sólo para los contratos para la adquisición y de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización (L-1150/07, art. 2.º, par. 3.º), la ley establece parámetros a respetar en su

4 JUAN CARLOS EXPÓSITO. "El deber de selección objetiva", en JAIME ORLANDO SANTOFIMIO y JOSÉ LUIS BENAVIDES (comps.). *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007.*

elaboración, con el fin de lograr una selección objetiva ajena a cualquier discriminación (L-80/93, art. 24.5). Así mismo, el legislador, que se había ocupado ya de la simplificación del registro de proponentes (L-80/93, art. 22), reforzó al máximo esta tendencia al consagrar de manera ingenua la intangibilidad de la declaración espontánea de los requisitos de habilitación de los candidatos, en la nueva regulación del registro (L-1150/07, art. 6.º)⁵.

En cuanto a los procedimientos específicos, la regla general de la licitación, existente desde los decretos-leyes 150/76 y 222/83, fue explícitamente enunciada en las leyes 80/93 (art. 24.1) y 1150/07 (art. 2.1) y la contratación directa, que dejaba un amplio margen de discrecionalidad en la selección del contratista de la L-80/93 (art. 29) en los casos taxativamente enunciados (art. 24.1), coincidentes con los eventos de los acuerdos internacionales, fue objeto de reglamentación restrictiva, creando procedimientos intermedios con marcado refuerzo de la publicidad y la concurrencia (Dcto. 2170/02), legalizados por la L-1150/07 (art. 2.º).

Por el contrario, el tercer tema de los acuerdos, relacionado con las autoridades independientes que garanticen el respeto de los procedimientos, no ha sido objeto de buen desarrollo por nuestra legislación. Si bien es cierto que nuestra jurisdicción administrativa cuenta con autonomía e independencia reales frente a la administración contratante, sus decisiones son respetadas y los proponentes y contratistas cuentan con mecanismos judiciales para hacerlas cumplir, ellas son esencialmente indemnizatorias. Nuestro sistema jurídico no prevé mecanismos *eficaces* que permitan la suspensión de los procedimientos irregulares y la rápida indemnización de los proponentes que ilegal-

5 JOSÉ LUIS BENAVIDES. "Reforma de la Ley 80 de 1993. Mucho ruido y pocas nueces", en *Lecciones de derecho disciplinario*, vol. 6, Procuraduría General de la Nación, 2007, pp. 215-270.

mente ven frustrada su aspiración legítima de adjudicación o conclusión del contrato. La institución de la suspensión provisional de los actos abiertamente ilegales, prevista en nuestro procedimiento contencioso administrativo (CCA, art. 152), no es un mecanismo idóneo, debido a la restricción de su admisión y a la ausencia de aplicación inmediata (efecto devolutivo de la apelación), lo que hace que al quedar en firme la suspensión, la irregularidad esté ya consolidada. Esta falencia de la institución de la suspensión provisional es objeto hoy de particular atención en el proyecto de modificación del Código Contencioso Administrativo y, en materia contractual, ha sido objeto de regulación específica en el derecho comparado. Así, las directivas de la comisión de la Unión Europea han establecido un recurso específico para lograr suspender en tiempo útil los procesos irregulares⁶, y las legislaciones latinoamericanas han venido creando autoridades independientes, en ocasiones de carácter administrativo, que desarrollan los lineamientos consagrados en los acuerdos internacionales. Así, la ley de contrataciones del Estado peruana de 2008 establece un Tribunal de Contrataciones del Estado (arts. 63 y ss.), como órgano consultivo administrativo que tiene entre sus funciones resolver las controversias durante los procesos de selección. La Ley 19.886 chilena sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios de 2003 estableció un tribunal de contratación pública (art. 22 y ss.) encargado de fallar las impugnaciones de los procedimientos de contratación, mediante un procedimiento expedito que puede concluir con la suspensión del proceso. En Estados

6 Directiva 89/665/CE del Consejo, del 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. DO n.º L- 395 de 30/12/1989.

Unidos, el Civilian Board of Contract Appeals⁷, instaurado en el 2007, cristaliza la experiencia de varias agencias especializadas desde los años veinte, para la decisión expedita de conflictos originados en los procesos de contratación, para lo cual tiene importantes poderes de instrucción y de suspensión de procedimientos e incluso imposición de penas e indemnizaciones. En Canadá, el Tribunal de Comercio Exterior (Canadian International Trade Tribunal) tiene una división de contratos públicos con una competencia similar⁸, cuyas decisiones son sólo recomendaciones, pero son muy respetadas y frente a ellas los afectados pueden ejercer el recurso de apelación.

2. Las instituciones contractuales

Los acuerdos internacionales tienen una amplitud considerable sobre varios aspectos que tendrán repercusiones muy significativas sobre el panorama contractual local.

En primer lugar, tienden a extender su campo de aplicación. Hemos visto que el acuerdo de la OMC, suscrito por los países desarrollados, se restringió a las compras públicas, mientras que los tratados de libre comercio incluyen los modelos contractuales de concesión. Ello es sensible por la importancia de estos contratos, tanto desde el punto de vista de la importancia del objeto vinculado con infraestructuras o servicios estratégicos, como por su costo y duración. La política de apertura de compras públicas en los países desarrollados, incluidas las obras públicas, contratadas como adquisición de un bien o servicio para la administración, pagado por ésta mediante un precio, se diferencia de las modalidades de participación privada en la financiación de proyectos de infraestructura o servicios públicos, que

7 [www.cbca.gsa.gov]

8 [www.citt.gc.ca/procure]

caracteriza los distintos modelos de concesión y, genéricamente, los modelos de asociación pública y privada.

En estos modelos contractuales, la complejidad de los proyectos involucrados, su costo elevado, su larga duración y la participación del capital privado hacen importante flexibilizar los mecanismos de selección de concesionario. Su carácter de colaborador de la administración como asociado de ésta en el cumplimiento de fines públicos por tiempo prolongado en áreas de infraestructura y servicios altamente sensibles para la comunidad hacen esencial modelar sistemas de selección que permitan valorar las condiciones concretas específicas de los distintos proponentes e incluso vincularlos a los procesos de concepción de los proyectos, para poder aprovechar su experiencia técnica y permitirles asumir plenamente su responsabilidad en el éxito de la empresa que se les encomienda. En realidad, es aquí donde surgió el carácter *intuitio personae* de los contratos administrativos, que permite a la administración identificar no sólo una propuesta sino *el* contratista más idóneo para los altos fines públicos que le serán confiados.

Estas particularidades hacen que tanto el tratado de la OMC como las directivas europeas, así como las legislaciones internas de los distintos países desarrollados, incluidos los Estados Unidos e Inglaterra y los países de fuerte tradición del derecho administrativo, como Francia y España, establezcan reglamentaciones flexibles de selección de concesionarios, distantes del formalismo de las compras públicas, en las que el factor precio es enteramente determinante y las condiciones técnicas de las necesidades públicas pueden definirse más claramente, de manera anticipada. Así, aunque las legislaciones internas y comunitarias vieron nacer la imposición de sistemas de publicidad y concurrencia en estos procedimientos, no abandonaron la importante negociación directa con cada uno de los participantes, para definir condiciones técnicas y económicas, en condiciones que preserven el principio de igual trato a cada uno de ellos.

De este modo, tanto el régimen inglés, a la vanguardia de las modernas versiones de las asociaciones público-privadas (*public-private-partnership*), como las directivas europeas desarrollaron los procedimientos de diálogo competitivo en los que se vincula a los proponentes para la concreción del proyecto que se ha de realizar, estimulando su propuesta de soluciones técnicas pertinentes, que permitan luego la selección de la mejor, así como del modelo económico más rentable para la administración, conservando parámetros de sostenibilidad económica del proyecto mismo.

La complejidad técnica de estos procesos de selección, así como las exigencias de madurez tanto de la administración como de los proponentes, que permita negociaciones *transparentes* en beneficio de los proyectos y no de quienes intervienen en ellas, muy seguramente ha desestimulado su uso en los proyectos de los países en vías de desarrollo. Es así como la reglamentación aplicable a las compras públicas se extiende a todos los contratos en los acuerdos de libre comercio. Con ello se busca reducir al máximo cualquier discrecionalidad de los funcionarios, estableciendo lo más temprano posible referentes "*objetivos*" tanto del objeto contractual como del perfil del contratista, de tal suerte que el procedimiento de selección pueda realizarse prácticamente de manera automática, a través de una competencia por entero reglada, tanto por las normas generales como por las condiciones de los pliegos.

La práctica, sin embargo, viene mostrando los límites importantes y los efectos perversos de esta técnica. La definición previa de los parámetros contractuales exige una planificación muy desarrollada, cuya implementación está lejos de ser una realidad en nuestro medio. Hemos visto cómo el objetivo de simplificación de procedimientos, que ha motivado nuestras reformas del régimen de contratos, se concreta en realidad con una reglamentación cada vez más significativa, compleja e impracticable, lo que multiplica las probabilidades de errores y favorece la orientación irre-

gular de los procedimientos de selección. Además, si bien un volumen importante de contratos puede ser objeto de definición de parámetros técnicos preestablecidos, como lo indicaban las investigaciones que dieron lugar al proyecto de ley de la L-1150/07 (80% de los contratos⁹), en muchos casos es importante buscar adaptaciones concretas de las definiciones legales y reglamentarias, para no caer en formalismos contrarios a la sensatez administrativa.

En segundo lugar, el campo de aplicación de los acuerdos genera asimetrías importantes que plantean desigualdades significativas cuando los países signatarios tienen marcadas distancias en su desarrollo. La asimetría se manifiesta en cuanto a las entidades enumeradas a las que se les aplicará el tratado. Así, por ejemplo, el proyecto de TLC de Colombia con los Estados Unidos prevé su aplicación a todos los organismos nacionales del sector central y descentralizado, con algunas restricciones. La lista de los organismos federales de Estados Unidos, aunque numerosa (78), no cubre todas las agencias. En cuanto a la cobertura territorial, en Colombia el tratado se aplicaría a todos los departamentos, mientras en Estados Unidos sólo a nueve de los 52 estados de la Unión. Y en cuanto a otras entidades, el listado de Colombia contiene 22, mientras el de Estados Unidos se restringe a seis. La participación en el mercado estadounidense por parte de las empresas colombianas será más restringida que la participación de las empresas estadounidenses en los contratos colombianos. En este sentido, también existen asimetrías en los umbrales de contratación, por cuanto éstos no tienen en cuenta el grado distinto de desarrollo de las empresas en uno y otro país. Así, el tamaño y, por consiguiente, el número de empresas estadounidenses que pueden competir en los contratos de suministros de bienes

9 Proyecto de ley 20 de 2005, Senado. Gaceta del Congreso n.º 458 del 1.º de agosto de 2005 [<http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel2>].

y servicios de valor superior a US\$ 64.786 dólares (umbral del acuerdo) que han de realizarse en Colombia son mucho más significativos frente al número de empresas colombianas que con los mismos montos participarán en el mercado estadounidense. Las empresas colombianas que podrán competir en el mercado de los Estados Unidos serán pocas frente a este volumen de contratos que interesa a franjas consideradas como Mipymes en ese mercado.

En tercer lugar, no hay que olvidar el propósito central de los acuerdos de apertura de los mercados y competencia extendida, lo que implica una serie de prohibiciones expresas a cualquier medida proteccionista de la industria o empresas locales. Los acuerdos proscriben así toda imposición de utilización de bienes o servicios nacionales a las empresas extranjeras, toda modalidad de condicionamientos de la inversión, como transferencia tecnológica o de cualquier otro tipo, y todo tratamiento favorable a los nacionales. Esta concepción drásticamente liberal transforma en ilícitos los procesos de intervencionismo de Estado encaminados a reforzar sectores geográficos o industriales. La contratación pública ha sido un instrumento macroeconómico por las implicaciones que ella tiene en la economía interna, pero esta política *keynesiana* se encuentra en contravía absoluta con la liberalización del sector contractual a merced exclusiva de la dinámica del mercado. Los críticos de los acuerdos ven aquí una renuncia inaceptable de la soberanía nacional a la orientación de sectores estratégicos. Este punto fue particularmente sensible para que los países en vías de desarrollo no suscribieran el acuerdo de compras públicas de la OMC, pero hoy se encuentra reincorporado como valor esencial de los distintos acuerdos de libre comercio. En la actualidad, es pertinente preguntarse sobre el alcance del principio frente a la crisis económica mundial originada en la crisis financiera, en la medida en que las reacciones al liberalismo desbordado hacen que las políticas económicas se orienten al apoyo de sectores estratégicos de crecimiento

interno, entre los que los contratos públicos suelen tener un impacto importante.

Por otra parte, el principio plantea la ampliación del principio constitucional de igualdad. Nuestra Corte Constitucional ha explicado cómo el principio no significa un trato idéntico para todos los sujetos de derecho, en la medida en que el principio de igualdad no tiene un contenido estrictamente numérico. Por ello es posible establecer tratamientos particulares, siempre y cuando ellos se refieran a situaciones homólogas y estén motivados en el interés general, lo que implica una valoración y ponderación del peso de los valores constitucionales en juego. Así, la Corte consideró que el propósito de fomentar la ingeniería local y el estímulo a la implantación de empresas en un municipio que motivaba el tratamiento preferente dado a las proponentes domiciliados en la ciudad de Pereira no era fundamento suficiente para sacrificar el principio de igualdad de proponentes domiciliados en otros municipios¹⁰.

No obstante, las licitaciones pueden contener medidas de orientación de oferentes justificadas en el interés general local, como sucede en los proyectos de transportes masivos municipales, que imponen la participación de sociedades que integren a los pequeños transportadores y excluyen la participación de proponentes ajenos al transporte local respectivo. Si la política de transporte público masivo busca reemplazar el caótico sistema de buses, resulta racional y necesario vincular a los antiguos transportadores al nuevo sistema, estimulando la transición y limitando su desempleo generado por el nuevo sistema. Igualmente, la L-80/93 permite el trato preferente de las ofertas nacionales cuando ellas se encuentren en igualdad de condiciones con las extranjeras y, en igualdad de condiciones entre oferentes extranjeros, prefiere “aquel que contenga mayor incorporación de recursos

10 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-147/96.

humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica" (art. 21).

Por su parte la L-915/04 sobre San Andrés, Providencia y Santa Catalina, estimula la contratación con los residentes locales:

Artículo 67. *Contratación*. En las licitaciones de contratos cuyo objeto deba ser desarrollado en el territorio del departamento Archipiélago, las entidades licitantes propenderán por una participación real y efectiva de los raizales y residentes, valorando esta circunstancia. En igualdad de condiciones se preferirá a los raizales y residentes del departamento Archipiélago.

La L-590/00, modificada por la L-905/04, establece criterios de *promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana*:

Artículo 12 (mod. por art. 90, L-905/04). *Concurrencia de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado*. Con el fin de promover la concurrencia de las micro, pequeñas y medianas empresas a los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, las entidades indicadas en el artículo 2o. de la Ley 80 de 1993 o de la ley que la modifique, consultando lo previsto en esa ley y en los convenios y acuerdos internacionales:

1. Desarrollarán programas de aplicación de las normas sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología, en lo atinente a preferencia de las ofertas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición pública de bienes y servicios.
2. Promoverán e incrementarán, conforme a su respectivo presupuesto, la participación de micro, pequeñas y medianas empresas como proveedoras de los bienes y servicios que aquellas demanden.

[...]

4. Las entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicio a las Mipymes nacionales.

Parágrafo. El incumplimiento de los deberes de que trata el presente artículo por parte de los servidores públicos constituirá causal de mala conducta.

Y, de manera más explícita, la L-816/03 tiene por objeto el *apoyo a la industria nacional a través de la contratación pública* y prescribe en sus primeros artículos:

Artículo 1.º Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por entidades de la Administración Pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación. Se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se regirán por las normas de Derecho Privado de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.

[...]

Artículo 2.º 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.

Artículo 4.º La presente ley se aplicará sin perjuicio de lo previsto en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

Estas disposiciones de protección chocan con el principio de igual tratamiento de nacionales establecido en los acuerdos de libre comercio y, dado el carácter supralegal de éstos, se planteará el tema de la inexequibilidad de estas distintas leyes. De hecho, las mismas leyes transcritas establecen, con cierta hipocresía, la necesidad de consultar los acuerdos internacionales.

Debe observarse que los convenios internacionales no se aplican a todos los contratos sino a aquellos superiores a los umbrales fijados por los tratados mismos. Dada la importancia de los valores de los contratos concernidos, podría resaltarse que los mecanismos de promoción de las medianas y pequeñas industrias estarían protegidos. No obstante, los principios de los tratados son expansivos y ellos cobijarán los subcontratos de los contratos de montos importantes, cobijados por los tratados, en la medida en que el principio de igual trato de nacionales excluye toda obligación de subcontratar con nacionales.

Por otra parte, la ley de protección de la industria nacional es engañosa en su alcance. Luego de prescribir el apoyo de la industria nacional (art. 1.º), llegando incluso al establecimiento de porcentajes de puntajes a favor de los

componentes colombianos (art. 2.º), como hemos transcrito, el párrafo del artículo 1.º establece:

Parágrafo. 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.

En estos términos, la protección se anula por cuanto el calificar de nacionales los bienes de las empresas extranjeras de los países con quienes tenemos tratados de libre comercio reitera el principio de igual trato, esencial a estos tratados, lo que significa que no será posible privilegiar la oferta nacional. El párrafo borra entonces de un tajo el contenido mismo de la ley. Más aún: el texto va más allá del principio establecido en los tratados, por cuanto no restringe su aplicación a los contratos de umbrales fijados por aquéllos, sino que crea una aplicación general, fundada en la simple existencia del tratado y del principio de reciprocidad, inherente a este tipo de acuerdos.

El principio del trato nacional se complementa con otro, que establece el trato de la nación más favorecida, que va más allá de la reciprocidad. En virtud de este principio de derecho internacional se debe dar al país signatario (y a sus empresas) el mejor trato que se contemple para cualquier país (y sus empresas) en virtud de cualquier tratado suscrito. Este principio es una herramienta importante en los tratados multilaterales, porque impide la realización de acuerdos bilaterales o restringidos a algunos de los países signatarios, para establecer tratos preferenciales. Si un país otorga un trato preferente a otro de los países signatarios

de la convención multilateral, el umbral general se sube, dando así el mismo tratamiento no sólo a ese país, sino extendido a todos los países que suscriben la convención multilateral.

Pero este principio no fue aplicado en el acuerdo de compras públicas de la OMC. Los países desarrollados tuvieron cuidado de conservar los tratos especiales acordados previamente entre múltiples países, lo que dio origen a los numerosos y complejos anexos de excepción al acuerdo general de compras públicas, regidos por el principio de reciprocidad, como lo reseñamos antes.

Aplicado en los acuerdos bilaterales de libre comercio, el principio no tiene el mismo sentido que en los multilaterales, en la medida en que las relaciones que se definen se limitan a los dos países signatarios. Aunque la Corte Constitucional ha considerado en múltiples ocasiones que estas cláusulas “favorecen la cooperación y la internacionalización de la economía en armonía con lo que establece el artículo 226 de la Carta”^{11/12}, los umbrales de tratos preferentes tienden así a subirse, lo que puede tener impacto significativo, al considerar las asimetrías entre los mercados y las políticas internacionales de los dos países. En todo caso, la generalización de la inclusión del principio obliga tener en cuenta que cuando un país conceda privilegios a otro por razones estratégicas de ciertos mercados, lo estará haciendo implí-

-
- 11 Artículo 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.
 - 12 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-751/08, sobre la exequibilidad de “protocolo modificatorio al acuerdo de promoción comercial Colombia - Estados Unidos” de 2007. La Corte cita la Sentencia C-279/01 sobre la exequibilidad del acuerdo comercial entre las repúblicas de Colombia y Costa de Marfil, de 1997. Igualmente se refieren las sentencias C-137/95 (acuerdo de Marrakech, fundador de la OMC) C-178/95 (TLC Colombia, México y Venezuela); C-216/96 (convenio comercial entre las repúblicas de Colombia y Hungría de 1995); y C-864/06 (acuerdo de complementación económica entre los países del Mercosur y los de la comunidad Andina).

citamente con todos aquellos con quienes en el pasado o en el futuro suscriba acuerdos de libre comercio.

En fin, resulta importante resaltar la noción extendida de la expropiación, contenida en los acuerdos de libre comercio. Nuestra Carta Política contempla la posibilidad de expropiar bajo las condiciones de una declaratoria previa de utilidad pública definida por el legislador y una sentencia judicial previa que indemnice al afectado, consultando sus intereses, así como los de la comunidad (CP, art. 58¹³). La Corte ha caracterizado la expropiación directa como aquella que, respetando estas exigencias, transfiere el título o el derecho de dominio de un particular al Estado. Pero la expropiación indirecta va más lejos, por cuanto ella no contempla los actos de *transferencia de derechos* sino la afectación de éstos por las medidas lícitas, bien sea del orden legal, reglamentario o administrativo particular, adoptadas por los distintos órganos del Estado, de tal suerte que interfiera con *expectativas inequívocas y razonables de la inversión*, como lo contemplan literalmente los tratados.

La Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta esta modalidad expropiatoria, resaltando que los tratados definen que la calificación de expropiación indirecta “requiere de una investigación factual, caso por caso” de tal suerte que cualquier efecto adverso sobre las inversiones no configura automáticamente una expropiación y es necesario analizar el específico impacto económico del acto gubernamental sobre la inversión. Así, los tratados exponen que, *salvo circunstancias excepcionales, los actos regulatorios diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bien-*

13 “[...] Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. [...]”

*estar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no son constitutivos de expropiaciones indirectas*¹⁴. No obstante, la definición de los tratados no deja de ser abierta y la afectación de las *expectativas de la inversión* se traduce concretamente por el deber de indemnizar no sólo por las pérdidas efectivas, la disminución patrimonial que soporta el afectado, como sucede en la expropiación directa, sino también por la reducción de las aspiraciones de lucro que tenía el inversionista. Además, hemos expuesto que esta restricción de expectativas no surge tan sólo de una medida adoptada contra el inversionista o su inversión, al igual que en la expropiación directa, sino también como consecuencia de cualquier *acción gubernamental*, como contemplan los tratados. En la medida en que los tratados de libre comercio, así como los de promoción y protección de las inversiones extranjeras (TBI, por su sigla en inglés), contemplan el arbitraje en los eventos de afectación de los inversionistas o sus inversiones, serán éstos quienes concreten el alcance de la expropiación y no los tribunales nacionales.

Estos arbitrajes son especiales porque se adelantan en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), institución del Grupo del Banco Mundial, que designa los árbitros internacionales que definirán el litigio entre el inversionista y el Estado correspondiente. El proceso tiene la particularidad de instaurarse contra el Estado signatario y no contra la entidad pública al origen del litigio o la entidad contratante del inversionista. Los laudos son definitivos y no necesitan exequátur para su aplicación interna. Tan sólo son objeto de un procedimiento extraordinario de anulación por vicios de forma, ante el mismo CIADI, lo que excluye toda intervención de

14 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-039/09, sobre el TLC suscrito entre Colombia y Chile en 2006. El texto analizado en esta sentencia corresponde al modelo tipo de los tratados propuestos por los Estados Unidos de América y constituyen hoy un modelo reproducido en todo el continente americano.

las instancias nacionales del país en conflicto. Aunque las condenas millonarias y los múltiples procesos adelantados contra países latinoamericanos¹⁵ han generado críticas por protección especial de los inversionistas y retiro del Centro de países como Bolivia (2007) y Ecuador (2009), resulta simplista una descalificación global de la institución sin el análisis particular de los arbitrajes, tarea difícil por el contexto de la normatividad y situaciones fácticas de cada caso y por la ausencia de lineamientos generales de las decisiones arbitrales. En todo caso, el mecanismo extrae los litigios del juzgamiento interno, propósito esencial del dispositivo que busca evitar la parcialidad de las decisiones a favor a favor de los estados, pero que innegablemente tiende a proteger *la inversión internacional*.

II. BANCA MULTILATERAL

El segundo grupo de factores de influencia significativa en la regulación de los contratos públicos proviene de la banca multilateral, en particular del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo.

B. Banco Mundial

El Banco Mundial se presenta como un fuente vital de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo de todo el mundo, que tiene por misión combatir la pobreza para obtener resultados duraderos y ayudar a la gente a ayudarse a sí misma¹⁶. En esta misión, los contratos públicos tienen una relevancia particularmente significativa,

15 En 2008, más de la mitad de los 123 casos pendientes concernían estados latinoamericanos (63) entre los cuales Argentina tenía 34. TONY PLILLIPS. *Argentina versus el Banco Mundial: ¿juego limpio o partido arreglado?*, 18 de junio de 2008, Programa de las Américas [www.ircamericas.org].

16 [www.worldbank.org]

por cuanto los proyectos financiados por el Banco suelen involucrar contratos suscritos por las entidades públicas de los países beneficiarios de sus préstamos y donaciones. El Banco tiene así particular interés en la correcta elección de los contratistas y la buena ejecución del contrato, que permitan la adecuada inversión de los recursos, así como de la ayuda técnica. Por ello, la reglamentación de la contratación pública es una preocupación esencial del Banco, lo que generó modelos reglamentarios desde los años ochenta, a los cuales deben ajustarse las entidades públicas ejecutoras de los recursos prestados. Además, el personal del Banco supervisa periódicamente la ejecución del proyecto para cerciorarse de que los fondos del préstamo se utilizan para los fines previstos, de conformidad con lineamientos de economía, eficiencia y eficacia.

Desde 1974 la Institución había redactado un folleto para la “utilización de consultores por el Banco Mundial y sus prestatarios” así como las *normas para adquisiciones con préstamos del Banco*. En 1981 se actualizan y complementan, determinando los pasos que se habrá de seguir y la participación activa de la supervisión del Banco. En la actualidad se aplican las normas de 2004, actualizadas en 2006, que indican su finalidad de informar a los encargados de la ejecución de proyectos financiados total o parcialmente por el Banco sobre las políticas que rigen la contratación de obras y adquisición de bienes necesarios para el proyecto. Dentro de las obligaciones del préstamo otorgado por el Banco se encuentra la aplicación de sus documentos de licitación que le permiten asegurarse del buen destino de los recursos, ajeno a consideraciones políticas o de orden distinto del económico.

Los criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, la igualdad de oportunidades de competencia y el fomento de amplia participación de proponentes, así como la transparencia del proceso de contratación, constituyen así valores esenciales de la reglamentación del Banco Mun-

dial, por lo que se plantea la regla general de la licitación pública internacional, aunque se concedan preferencias apropiadas para bienes de fabricación nacional, cuando ello sea procedente. Las otras modalidades de contratación (licitación internacional limitada, licitación pública nacional y contratación directa) son de aplicación restringida para los eventos descritos por las mismas normas.

Las reglas establecen el alcance del examen realizado por el Banco Mundial, desde la programación anual de las contrataciones propuestas por el prestatario para asegurarse de que sean conformes a lo establecido en el préstamo y en la reglamentación de contratación, hasta una evaluación posterior de la ejecución del proyecto que le permite incluso declarar la contratación viciada, de conformidad con las políticas anticorrupción del mismo Banco, fijadas en sus *guías para prevenir y combatir el fraude y la corrupción* en los proyectos que financia, lo que le permite cancelar la porción del préstamo asignada a los bienes y obras concernidos aun cuando inicialmente haya aprobado la contratación. Entre estos dos extremos de los proyectos, el Banco también revisa y aprueba los pliegos de condiciones y todos los soportes de licitación, los documentos de soporte para las precalificaciones, las respectivas invitaciones y metodologías de evaluación, cuando se aplica este sistema, así como el proyecto de contrato, en la contratación directa y en general todas las especificaciones técnicas, financieras y jurídicas del futuro contrato. El Banco también tiene un privilegio de inspección de las evaluaciones de ofertas que le permite solicitar aclaraciones y emitir objeciones a la adjudicación. Incluso, si luego de la comunicación *online* de los resultados de la licitación aparecen inconformidades o quejas, el Banco puede imponer revisiones a la adjudicación con la consecuente nueva publicación de resultados. El Banco también supervisa y aprueba las modificaciones al contrato que conlleven un aumento de más del 15% del precio original.

La presentación general de los objetivos de la reglamentación del Banco Mundial es significativa en dos planos distintos de influencia sobre el derecho nacional:

Por una parte, el desarrollo de los procedimientos por más de tres décadas de experiencia del Banco en todo el planeta ha generado principios y reglas de aplicación generalizada. Ello no significa necesariamente que las reglas tengan un verdadero consenso de parte de todos los participantes y afectados por la contratación pública. De hecho, la reglamentación del Banco busca establecer herramientas detalladas para los funcionarios, que con frecuencia son criticadas por su excesivo detalle. El Banco organiza regularmente cursos *online* para la formación de funcionarios sobre sus *políticas de adquisiciones y contratación de consultores*. Además, esta pretensión de ofrecer guías detalladas de contratación, que orienten el comportamiento de los gerentes públicos, se complementa con la tendencia marcada a concentrar e incluso restringir los criterios de evaluación en torno al valor de las ofertas, con el ánimo de alejarse de consideraciones subjetivas, lo que hemos visto que también es criticado por la impertinencia del factor exclusivo de selección y los efectos perversos de contrataciones con precios inferiores a los reales, en sacrificio de la calidad de la prestación, eventos todos rodeados de grandes tensiones entre las partes y la promoción de reclamaciones y contenciosos por parte de los contratistas.

No obstante, las guías del Banco Mundial concretan valores generalizados de los procedimientos de contratación que, como lo vimos en relación con los acuerdos multilaterales, consignan prácticas mundiales de refuerzo de publicidad, transparencia en las decisiones, vías de acceso a su impugnación y criterios económicos de selección, que buscan eficiencia de la gestión contractual. Estos valores tienen repercusión sobre las reglamentaciones internas de los contratos públicos, como claramente se puede apreciar en nuestra L-80/93 y su reforma introducida por la L-1150/07,

ancladas en los principios orientadores de transparencia, economía y responsabilidad, reforzados con los parámetros de concreción de la selección objetiva de contratistas.

Por otra parte, las guías establecen distintas instituciones contractuales que han tenido influencia creciente en las legislaciones internas de los países latinoamericanos, como el régimen de garantías precontractuales, contractuales y poscontractuales, las modalidades de precios en el contrato y su forma de establecimiento, así como los medios alternativos de solución de litigios y el estímulo del arbitraje.

La reglamentación del Banco Mundial presenta sin embargo limitaciones significativas frente a las reglas de contratación interna. Nuestra legislación, por ejemplo, promueve la transparencia en todo el proceso de selección de contratistas, no sólo estableciendo mecanismos de amplia difusión del procedimiento mediante las publicaciones tradicionales (L-80/93, art. 30.1), hoy reforzada por la publicación *en línea*, a través del portal de contratación (L-1150/07, art. 8; Dcto. 2474/08, arts. 4 y 8), sino también por la oportunidad otorgada a todo interesado de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones administrativas en las distintas etapas del procedimientos, así como la posibilidad que deben tener para expresar sus observaciones (L-80/93, art. 24.2). Además, el legislador estableció el carácter público de las distintas actuaciones administrativas y de los expedientes que las contengan (L-80/93, art. 24.3), lo que permite una amplia consulta, y el deber de motivar todos los actos administrativos expedidos en desarrollo de la actividad contractual, así como los informes de evaluación (L-80/93, art. 24.7). En sentido contrario, las reglas del Banco establecen la confidencialidad de la evaluación *hasta que la adjudicación del contrato haya sido publicada*, con el propósito de evitar que las personas que examinan las ofertas tengan *interferencias reales o percibidas*.

Un segundo ejemplo de distinción lo constituye la intangibilidad de la adjudicación del contrato. Como hemos visto,

el Banco Mundial puede revisar y modificar los resultados de la selección por inconsistencias puestas de presente tras su publicación. Por el contrario, nuestra legislación consagra la regla general de la irrevocabilidad del acto de adjudicación (L-80/93, art. 30.11), aunque la L-1150/07 introdujo la posibilidad de revocatoria si luego de la adjudicación sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad que afecte la validez de la decisión, así como *si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales*, excepción consagrada genéricamente por el Código Contencioso Administrativo frente a los actos de contenido particular (CCA, art. 73)¹⁷. No obstante, es necesario recordar que nuestras jurisprudencias administrativa y constitucional establecen que este evento es restrictivo, al exigir la evidencia de medios fraudulentos para obtener el acto, lo que implica una intención demostrada de la ilegalidad por parte de quienes intervinieron en su adopción y no permite la revocatoria por la exclusiva disconformidad objetiva entre el acto de adjudicación y la reglamentación a que está sujeto¹⁸.

Desde otro punto de vista, la reglamentación del Banco Mundial tiene otro efecto importante: la imposición de su aplicación en los proyectos financiados con sus recursos genera un eventual conflicto de normas. Las diferencias señaladas, que se multiplican en otros eventos de la detallada regulación del Banco, podrían fragilizar la legalidad de los procedimientos ante incompatibilidades con la legislación interior. Para evitarlo, el estatuto contractual permite la aplicación preferente de la reglamentación de los organismos multilaterales de crédito:

17 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 12907; Secc. II.B. Sentencia del 11 de julio de 2002, 25000-23-25-000-1997-03407-01(73-01). CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-230/93.

18 JOSÉ LUIS BENAVIDES. "Alcance de la presunción de juridicidad", en *Memorias del VII Foro Iberoamericano de derecho administrativo*, Panamá, 14-18 de septiembre, en prensa.

Ley 80/93, art. 13, inc. 4.º:

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito [...] podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Impugnada su constitucionalidad, la Corte Constitucional puso de presente la participación de Colombia en estos organismos y el carácter vinculante de los convenios internacionales suscritos por el país. Recordó además las reglas de extraterritorialidad de la ley consignadas en el Código Civil y en el derecho internacional para concluir que la reglamentación de la banca multilateral sólo podría aplicarse en los “contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales”. De lo contrario, se “podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado”¹⁹. Este análisis de la Corte conlleva un criterio absoluto, que excluye la aplicación de los reglamentos del Banco Mundial cuando existe una participación de los recursos provenientes del recursos públicos nacionales, lo que ocurriría en la mayoría de casos, por cuanto los proyectos no suelen ser financiados íntegramente por las donaciones o préstamos de la banca multilateral. Sería entonces imposible dividir el proyecto según el origen de los recursos, para aplicar el reglamento del banco y el del estatuto de contratación a cada una de las partes correspondientes. Adaptando este criterio absoluto de la Corte, el reglamento, y luego la L-1150/07 establecieron la posibilidad de aplicar las reglas de los bancos en los “contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de los organismos

19 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-249/04.

de cooperación, asistencia o ayudas internacionales” (art. 20, reglamentado por Dcto. 2474/08, art. 85).

Este tipo de previsiones, que permiten la aplicación preferente de reglamentos de la banca multilateral, está contenido con frecuencia en la legislación interna de contratación pública, como ocurre en Argentina (Dcto. 1023/01, art. 5); Chile (L-19886/03, art. 3.c); Paraguay (L-2051/03, art. 2.º, c); Ecuador (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública n.º 395 de 2008); El Salvador (Dcto.-Ley 868/00, art. 4.º); Honduras (Dcto. 74/01, art. 1.º); México (Ley de obras públicas y servicios relacionados de 2000, art. 12); Nicaragua (L-323/99, art. 3.º); Panamá (L-22/06, art. 6.º); Paraguay (L-2051/03, art. 2.º); Perú (Dcto.-Ley 1017/08, art. 3.º); Uruguay (L-15903/87, art. 486) y Venezuela (Ley de contrataciones públicas de 2009, art. 4.º).

Además, la reglamentación del Banco Mundial establece modelos alternos de contratación que permiten la gerencia de proyectos, cuando los prestatarios carezcan de la organización, recursos y experiencia necesaria para contratar. El Banco puede incluso imponer estos *agentes de contratación* que realicen los procedimientos de contratación, observando estrictamente los reglamentos del Banco, agentes que pueden ser incluso agencias de las Naciones Unidas. Siguiendo este principio, las distintas legislaciones citadas del subcontinente suelen incluir en las excepciones a la aplicación de la reglamentación interna la contratación con los organismos internacionales públicos, lo que permite confiar a ellos la gestión integral de proyectos entregándoles importante volumen de recursos para su administración. Mediante este procedimiento se busca la experiencia y la neutralidad de una agencia internacional para la eficiente y correcta ejecución de recursos públicos, pero ello puede traducirse en una forma de eludir las reglas de ejecución y control del presupuesto público.

En Colombia este sistema fue consignado por el artículo 13 de la L-80/93, transcrito parcialmente arriba. Junto a la posibilidad de aplicación de reglamentos de los organismos multilaterales de crédito, el legislador también autorizó la exclusión de la reglamentación interna en los “contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales” los que podrían estar sujetos a sus respectivos reglamentos. Como reseñamos, la Corte Constitucional consideró que la aplicación de reglamentación foránea se justificaba por la ejecución de recursos provenientes de créditos o donaciones, lo que permitió restringir el evento “*con exclusividad*, a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales” (énfasis del texto original).

La L-1150/07 fue más explícita, al prohibir a las entidades estatales “celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional” (art. 20). El texto estableció además que los proyectos de cooperación que involucren recursos públicos deben cuantificar en moneda nacional los aportes del cooperante y que las contralorías ejercerán el control fiscal sobre estos proyectos. Sin embargo, el parágrafo 1.º de este artículo autorizó que “los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos”, lo que minimiza las restricciones anteriores en la medida en que estos convenios de cooperación se suscriben justamente con instituciones extranjeras de derecho público, como la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello (SECAB) o el PNUD de las Naciones Unidas, que tienen justamente como funciones la gestión de proyectos públicos. Por lo demás, el carácter internacional de estos organismos les confiere inmunidades diplomáticas consagradas en convenios inter-

nacionales que restringen los alcances de las inspecciones presupuestales de las contralorías nacionales.

En fin, la influencia del Banco Mundial sobre las legislaciones internas no se limita a la imposición de sus reglamentos en muchos contratos. Como desarrollo del llamado *Consenso de Washington* de 1989 de la banca multilateral, que dio lugar a la formulación de los credos del neoliberalismo, el Banco formuló políticas de estímulo a la inversión privada en el sector público y la apertura de la contratación al mercado internacional. Los grandes y múltiples proyectos de concesión de infraestructuras y servicios de los años noventa acompañaron las reformas estructurales de los estados latinoamericanos, para lo cual era importante la adaptación de las legislaciones internas. Las crisis de estos modelos concesivos en sectores sensibles como el agua, ocurridas en Argentina y Bolivia, y los modelos precarios que tuvimos en Colombia, que dieron lugar a cuantiosas demandas en las concesiones de infraestructura vial o aeroportuaria, responden a las dificultades globales frente a los modelos de participación privada.

En el año 2005, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional analizaban el estado de atraso de las infraestructuras en el mundo y en particular en América Latina, por lo que formulaban nuevas dinámicas contractuales²⁰. Mientras los estimativos económicos indican que para la obtención de los índices de crecimiento adecuado de los países en vías de desarrollo es necesaria una inversión equivalente al 5,5% del PIB por año, la inversión en el subcontinente era apenas del 1,6%. En muchos países del área se redujeron las inversiones en infraestructura en los años noventa,

20 La infraestructura y el Banco Mundial. Documento de trabajo para la reunión del 25 de septiembre de 2005 del Comité ministerial conjunto de los consejos de gobierno del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional sobre la transferencia de recursos reales a los países en vías de desarrollo [www.worldbank.org].

como consecuencia de los ajustes económicos, esperando que el sector privado cubriera parte significativa de este déficit. La opinión desfavorable de la población sobre los procesos de privatización, pese a los avances que el Banco Mundial considera que se dieron en la calidad y eficacia de los servicios, auspició la intención de revitalizar el interés del sector privado, estructurando marcos contractuales y reglamentarios más sólidos, con instrumentos financieros más interesantes, teniendo en cuenta que ni los recursos públicos locales ni las ayudas de la banca multilateral serán suficientes para los importantes montos de inversión, necesarios para reparar la mediocre infraestructura existente, constitutiva de un grave problema y generadora de un impacto negativo sobre la productividad.

Este análisis del Banco Mundial se orienta en la misma línea de la Declaración de Johannesburgo de diciembre de 2004, fruto de una mesa conjunta de trabajo entre los países en desarrollo y los donantes bilaterales y multilaterales, auspiciada por el Comité de Asistencia al Desarrollo (CAD) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), declaración que buscó el desarrollo de herramientas y normas reconocidas y aceptadas en el ámbito internacional que permitan mayor efectividad, eficiencia y transparencia de los sistemas de adquisiciones públicas. Como desarrollo de esta declaración, el Banco elaboró una guía metodológica para la *evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones* destinada a los países en vías de desarrollo y los países donantes, concebida como herramienta “para determinar la calidad y efectividad de los sistemas nacionales de adquisiciones”²¹.

La influencia de las concepciones del Banco Mundial cambia así de sentido. Ya no se trata de la imposición de

21 Metodología para la evaluación de los sistemas nacionales de adquisiciones públicas. Versión 4. 2007. p. 2 [www.worldbank.org].

sus reglamentos a los proyectos que financia, sino del estímulo directo por el cambio integral de la reglamentación interna. La banca multilateral no solo vigilará entonces la correcta ejecución de *sus* recursos, ejecutados mediante los contratos, sobre los que tienen un estricto control, gracias a los poderes expresos consagrados en su reglamentación aplicable, sino que de manera global analizará si el país cuenta con una estructura legal conforme a los *lineamientos internacionales*, definidos en este sistema de evaluación. De manera expresa, el documento establece que

la meta a largo plazo es que los países irán mejorando sus sistemas nacionales de adquisiciones para cumplir con las normas reconocidas en el ámbito internacional lo que resultará en una mayor efectividad en el uso de los fondos y en el cumplimiento de las obligaciones del país²².

Para ello, se diseñan distintos indicadores, relacionados con cuatro pilares: 1. el marco legal existente que reglamenta las adquisiciones en el país; 2. la arquitectura institucional del sistema; 3. la competitividad del mercado nacional; y 4. la integridad del sistema de adquisiciones.

La influencia del Banco Mundial se expresa así en distintos niveles. Las prácticas internacionales aportan parámetros globalmente aceptados y las distintas herramientas son interesantes para el análisis interno de la gestión contractual. No obstante, sin demonizar las políticas del Banco, no se puede desconocer la generalización de una concepción particular de la contratación. Las "*normas reconocidas en el ámbito internacional*" corresponden a la visión del Banco, en la que el estímulo a la inversión privada es prioritaria, por lo cual es esencial diseñar mecanismos jurídicos que aseguren la rentabilidad mínima de los proyectos y ofrezcan

22 *Ibíd.*, p. 1.

seguridades jurídicas a los inversionistas, reforzando así las tendencias de los convenios multilaterales y bilaterales que abordamos antes.

B. Banco Interamericano de Desarrollo

Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) financia, como el Banco Mundial, muchos proyectos gubernamentales que se desarrollan mediante la contratación pública. El BID impone igualmente sus reglamentos de contratación, ejerciendo una importante influencia sobre los regímenes internos de contratación y también estuvo muy presente en los proyectos de participación privada en los proyectos de infraestructura bajo los distintos modelos de concesión, después de los años noventa. No siendo el propósito de esta presentación el análisis exhaustivo de estos procedimientos, podemos tan solo resaltar la esfera de influencia del BID, cercana a la lógica del Banco Mundial, para concentrarnos en su específico programa de fortalecimiento de sistemas de contratación pública, que veremos en el literal B del acápite siguiente.

III. PROGRAMAS INTERNACIONALES SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Varios programas internacionales han tenido influencia importante y creciente en la regulación interna en materia de contratación pública.

A. Modelos Uncitral

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por su acrónimo en inglés Uncitral) ha adelantado un trabajo de reflexión y unificación de las prácticas contractuales. Creada por la Asamblea General en 1966 para reducir las limitaciones del

comercio internacional por las disparidades entre las leyes nacionales, la Comisión recibió mandato general para fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Integrada por 60 estados miembros de las Naciones Unidas, elegidos escalonadamente por seis años, la Comisión tiene una amplia representatividad global y heterogénea de las distintas realidades de los países miembros de las Naciones Unidas, frente a los intereses más homogéneos que inspiran las reflexiones de la banca multilateral y la Organización Mundial del Comercio.

Entre las distintas temáticas de la Comisión se encuentran la contratación pública y el desarrollo de la infraestructura. En 1987 la Comisión concibe una *Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales*. Ella refleja las prácticas de la gestión contractual de la época, centradas en la inversión pública directa en sectores estratégicos que, con capital público, requerían con frecuencia la participación especializada de empresas transnacionales y una compleja preparación de las condiciones técnicas de estos contratos. La guía se orientaba así a ayudar a las partes en la negociación y redacción de contratos de obra, señalando los problemas jurídicos particulares y las soluciones que pueden anticiparse contractualmente, distinguiendo, por ejemplo, los contratos de obra civil de aquellos que, además de ésta, incluyen la incorporación de instalaciones y equipos, lo que suele incluir obligaciones de diseño, transferencia de tecnología y capacitación de personal. La guía se estructura así en una primera parte de estructuración del proyecto y el procedimiento de contratación y una segunda destinada a los términos, particularidades del contrato mismo, como núcleo principal de interés.

En 1993, la Comisión concibe un modelo de ley sobre la contratación pública de bienes y obras, con el propósito de ayudar a los estados a reformar y modernizar su régimen legal interno de contratación. La preocupación es ahora el desarrollo de métodos destinados a lograr el libre juego de

la competencia, fundada en la transparencia, la equidad y la objetividad del proceso de adjudicación, todo lo cual debe generar mayor economía y eficiencia en la gestión contractual. La similitud con los propósitos de las orientaciones de los reglamentos de la banca multilateral es reflejo de la instauración de modelos liberales por la mayoría de países en la década de los noventa. Al año siguiente, la Comisión completa el modelo, introduciendo ciertas particularidades de la contratación de servicios que ameritan un trato particular en el que la valoración de las condiciones del contratista es más importante que el precio de la oferta, que suele caracterizar la contratación de bienes y obras.

El modelo así consolidado se orienta particularmente a los países en vías de desarrollo y a los países en transición, teniendo en cuenta el peso particularmente importante de la contratación pública en sus economías y la necesidad de concebir procesos contractuales que les permitan obtener precios competitivos con buena calidad de los bienes, obras y servicios adquiridos. El modelo se concentra en la caracterización de los distintos métodos de contratación que generen el máximo de competitividad entre oferentes y las condiciones para su aplicación y el logro de la objetividad en la selección, dejando al reglamento de aplicación el desarrollo del marco de referencia general fijado por la ley. Aun cuando se propende a la mayor restricción posible de los regímenes excluidos, la Comisión es consciente de ciertos tratos particulares, como ciertos aspectos del sector defensa y seguridad, así como de la necesidad de prever la supremacía de los convenios internacionales que incluyen procedimientos de contratación, lo que respalda la aplicación de los reglamentos de la banca multilateral a los que nos referimos antes.

La guía se concentra así en la publicidad de las convocatorias a licitación y a precalificación de oferentes, la forma de presentación de las ofertas y las formas de establecer las evaluaciones y comparaciones de ofertas. También incluye

un capítulo especial sobre las vías de recurso, tanto administrativos como contencioso-administrativos.

La ley modelo establece flexibilidades en los procesos de selección de acuerdo con los proyectos, lo que suele ser considerado importante en la práctica internacional de los países desarrollados. La complejidad de ciertos proyectos o las particularidades de ciertos servicios desaconsejan el automatismo en las adjudicaciones en el que se inspiran más los modelos de la banca multilateral que han influido en nuestra legislación interna, así como la de la mayoría de países del subcontinente. Aunque el reglamento de adquisiciones del Banco Mundial admite factores de evaluación distintos del precio, como calendario de pagos, plazo de entrega, costos de operación, eficiencia y compatibilidades del equipo, disponibilidad de servicio y repuestos, capacitación, debe propenderse a expresarlos *en términos monetarios o asignárseles una ponderación relativa* para poder establecer la oferta más baja²³. Los pliegos deben entonces contemplar fórmulas de aplicación *mecánica* para la calificación de las propuestas. Y en cuanto al reglamento para la selección de consultores, éste estructura la selección en dos etapas, luego de una preselección de las firmas más especializadas, según el objeto contractual (lista corta): la primera, para evaluar la calidad, teniendo en cuenta la experiencia del consultor en relación con el contrato, la calidad de la metodología propuesta, las calificaciones profesionales de su personal, la transferencia de conocimientos y el personal nacional. No obstante, al igual que en los contratos de bienes y obras, estos criterios se evalúan asignando puntajes ponderados establecidos en el pliego, según rangos porcentuales establecidos por el mismo reglamento. La segunda etapa consiste en la apertura del sobre económico de las ofertas que

23 Banco Mundial. Normas para la contratación de bienes, obras y servicios conexos, 2004, actualizada a 2006, num. 2.53.

hayan obtenido los puntajes mínimos en la primera fase, lo que permitirá una evaluación de los criterios técnicos y económicos. Finalmente, existe una negociación de precisión con el proponente seleccionado, para definir los términos definitivos del contrato.

Por el contrario, la ley modelo de la CNUDMI presenta varios métodos para que la entidad pueda adaptarse a las diversas circunstancias. Aunque el modelo contempla las licitaciones sobre la base del precio de las ofertas, cuando las particularidades o la complejidad del contrato no hagan posible formular de manera precisa las especificaciones técnicas de los bienes u obras requeridos, las características de los servicios o la finalidad requeridas, no es conveniente adjudicar el contrato en función de sus propias especificaciones, sin haber negociado previamente con los proponentes sobre la capacidad exacta y las variaciones posibles del bien, servicio u obra requeridos.

El modelo ofrece entonces tres posibilidades: la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva. En la primera modalidad, la entidad solicita diversas propuestas respecto de las características técnicas y de calidad del objeto del contrato, así como de las condiciones contractuales para su suministro. Al final de la etapa, la entidad habrá definido las condiciones específicas, lo que le permite convocar para la segunda fase una licitación clásica. En la solicitud de propuestas, la entidad convoca un número restringido de proponentes, con quienes negocia las posibles modificaciones en el contenido de su respectiva propuesta, antes de que presenten su *mejor oferta definitiva*, para valorar y compararlas luego, conforme a criterios y ponderación de coeficientes preestablecidos. En la tercera modalidad, de negociación competitiva, se establece un diálogo con los proponentes para las definiciones técnicas, en el que se definen etapas para valorar avances y calificaciones de la concreción del proyecto.

Para la contratación de servicios se plantean tres procedimientos, según las condiciones de aquéllos. El primero, en función del precio de las propuestas con una calificación técnica previa, que se asimila a la selección de consultores del Banco Mundial. El segundo contempla la negociación con los proveedores antes de pedirles la presentación de su mejor oferta definitiva. Y en el tercero la entidad negocia sólo el precio con el proveedor que haya obtenido la mejor calificación técnica.

La flexibilidad de estos modelos permitiría mayor adaptación concreta a los proyectos, evitando la tendencia a la concentración en torno al precio, con los inconvenientes que hemos resaltado en varias oportunidades. Pero, como también lo hemos señalado, ella implica mayor madurez tanto de la administración contratante como del sector privado proponente, lo que sin duda ha auspiciado la formulación de regímenes formalistas en los países en vías de desarrollo.

En el año 2000, luego de una década de expansión de los modelos concesionales, la Comisión expidió la *Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, con la finalidad de promover un marco legal propicio y equilibrado entre el fomento a la participación privada y los diversos criterios de interés público a cargo de las entidades contratantes. En un trabajo complementario, la Comisión definió en el 2003 las disposiciones legales modelo, sobre la base de la guía.

La guía comienza con la formulación de una serie de principios que deben tenerse en cuenta para la formulación de un marco legal e institucional favorable a los proyectos, que asegure transparencia, amplia participación, equidad entre los intereses divergentes (inversionista, concesionario, usuario, finalidades públicas) y sostenibilidad a largo plazo de los proyectos. La ley debe también definir de manera clara las autoridades responsables de los proyectos, los tipos y sectores de infraestructura que pueden concederse, su ámbito territorial y carácter exclusivo o no, así como la

coordinación interinstitucional y la separación de funciones de prestación de servicios frente a las de reglamentación a cargo de órganos autónomos e independientes ajenos a injerencias políticas y sectoriales.

La guía continúa con la recomendación de definición de riesgos de los proyectos, frente a los cuales no deben imponerse limitaciones a la posibilidad de negociación para convenir su distribución con el contratista, de conformidad con las necesidades del proyecto. Así mismo, se debe indicar con claridad las autoridades que prestarán respaldo financiero para la ejecución de los proyectos, así como las modalidades admitidas.

En relación con los procedimientos de selección del concesionario, la guía resalta que la experiencia internacional ha puesto de manifiesto las limitaciones de los métodos formales tradicionales de selección competitiva por licitación, por lo que es necesario adaptar la modalidad de selección a las particulares locales. Para ello, es importante tener en cuenta los problemas particulares que hay que resolver.

En primer lugar, el proceso de selección es complejo, costoso y de larga duración, por lo que no es conveniente hacer una convocatoria pública abierta, en la que los proponentes serios pueden verse desmotivados frente a la posibilidad de propuestas poco realistas o presentadas por oferentes no calificados. Es importante, entonces, realizar preselecciones que permitan identificar a los proponentes calificados, quienes sólo después presentarán sus ofertas.

En segundo lugar, la precisa definición técnica del proyecto, que caracteriza el ideal de los contratos de obra, en los que el contratista es un ejecutor del proyecto estructurado por la entidad pública, no suele existir en los modelos de concesión. Más aún: la autoridad concedente puede estar interesada en vincular al particular en la formulación técnica del proyecto, con la correspondiente responsabilidad sobre su pertinencia, sobre la base de requisitos de fiabilidad o reglamentaciones sectoriales y de seguridad que deban

cumplirse. Por ello, suele ser más pertinente definir resultados esperados del proyecto, más que los detalles técnicos de obras y medios para obtenerlos.

En tercer lugar, en los contratos de obra el origen público de los fondos que los remuneran y la propiedad pública de las infraestructuras hacen que los dos estén asegurados para el proyecto. La selección del contratista puede así concentrarse en el precio de la oferta, si se tienen definidas las condiciones técnicas. Por el contrario, en los modelos de concesión el contratista se remunera con la explotación o gestión de la infraestructura que él construye, razón por la cual es el proyecto mismo el que suministra los recursos para sufragar los costos tanto de construcción, como operativos y financieros. Por consiguiente, resulta fundamental que el proyecto sea autosostenible. El análisis de la solidez de los montajes financieros resulta esencial, así como la fiabilidad de las soluciones técnicas del proyecto que deben proponer los candidatos. Además, la entidad concedente procurará formular criterios de calificación y evaluación que den suficiente importancia a la garantía de continua prestación de los servicios y su acceso universal, así como los servicios propuestos y su sostenibilidad durante todo el tiempo de la concesión. En estas condiciones, puede ser pertinente la selección del concesionario en dos etapas: una primera, destinada a la concreción técnica del proyecto por parte de los concurrentes, y una segunda, en la que éstos depositan su oferta.

En cuarto lugar, y como consecuencia de estas particularidades, la negociación con los proponentes, que se evita como principio en la licitación tradicional, resulta esencial en estos procedimientos. La imposibilidad de definir el detalle del proyecto desde el comienzo hace necesario brindar a las partes la flexibilidad de convenir las condiciones específicas del futuro acuerdo, tanto en el orden técnico como en el financiero, lo que permite una determinación y distribución de los riesgos del proyecto entre las partes.

Las particularidades de estos proyectos exigen atención de aspectos distintos frente a las compras públicas de bienes, obras o servicios. La fase previa no se limita a la buena formulación de las condiciones técnicas y la identificación de las necesidades por satisfacer, sino que involucra aspectos de regulación económica, marco jurídico flexible tanto de la participación de privados en infraestructuras y servicios públicos, como de modelos de propiedad de unas y otros, monopolios o competencia limitada o abierta en la prestación de servicios, participación coordinada de instituciones gestoras, operativas y reglamentarias de la actividad, así como condiciones financieras adaptadas. Las particularidades también hacen importante establecer los recursos administrativos y contenciosos contra la decisión de adjudicación, así como disposiciones especiales sobre la ejecución de los contratos, en los que se tratan las condiciones de las prórrogas y de resolución de la concesión y los mecanismos de solución de controversias.

B. Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG)

Desde el 2003 se realizaron reuniones sectoriales por parte de altos funcionarios para el análisis de los programas de modernización de la contratación pública. Como resultado, se creó la Red Interamericana de Compras Gubernamentales en 2005, integrada por las instituciones gubernamentales que tienen la máxima responsabilidad relacionada con la regulación, la gestión y la modernización de las compras públicas en los países de la región. Con el apoyo del Instituto para la Conectividad en las Américas (ICA), originado en la cumbre de las Américas de Quebec en el año 2001, en la que los líderes de la región reconocieron la importancia de promover las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la OEA propiciaron la creación de dicha red como instru-

mento que auspicia la generación de espacios de reflexión, intercambio y cooperación entre las distintas instituciones de los países miembros, para lo cual ha desarrollado una página Internet en la que se encuentra información sobre los regímenes contractuales del continente y se difunden la actualidad y actividades del sector [www.ricg.org].

En el mismo 2003 la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA y el ICA crearon la Red de Líderes de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe (Red GEALC [www.redgealc.net]), con el fin de promover la cooperación entre los países de la región y facilitar los intercambios, entre otros, en materia de compras públicas.

En el año 2006 la Oficina para Comercio, Crecimiento y Competitividad de la OEA encargó un estudio a consultores especializados sobre *la modernización de las prácticas de compras y contrataciones del Estado, como un instrumento para el comercio y desarrollo*. El análisis aborda las prácticas en los distintos países, las experiencias comunes, las particularidades y los valores comunes esenciales para el mejoramiento de los sistemas de contratación.

En el 2009 el BID y la OEA comienzan el programa “Fortalecimiento de TIC y la participación de Mipymes”, cuyo objetivo principal es incrementar la participación competitiva de Mipymes en los procesos de compras públicas de la región, para lo cual el proyecto identificará e implementará las mejores prácticas y TIC en los sistemas de compras públicas de cooperación institucional público-privada, buscando así mejorar la eficiencia y transparencia en los procesos de contratación.

Fruto de esta dinámica, la mayoría de países de la región cuenta hoy con portales de contratación y las legislaciones han generalizados técnicas contemporáneas de contratación como las bolsas de productos, las subastas inversas, los acuerdos marco y la contratación electrónica:

Argentina:	[www.argentinacompra.gov.ar]
Bahamas:	[www.bahamas.gov.bs]
Bolivia:	[www.sicoes.gov.bo]
Brasil:	[www.comprasnet.gov.br]
Canadá:	[www.merx.com]
Chile:	[www.chilecompra.cl]
Colombia:	[www.contratos.gov.co/puc]
Costa Rica:	[www.hacienda.gov.cr/comprared]
Ecuador:	[www.compraspublicas.gov.ec]
El Salvador:	[www.mh.gob.sv/moddiv/HTML]
Guatemala:	[www.guatecompras.gt]
Haití:	[www.cnmp.gouv.ht]
Honduras:	[www.honducompras.gob.hn]
Jamaica:	[www.ocg.gov.jm/ocg]
México:	[www.compranet.gob.mx]
Nicaragua:	[www.nicaraguacompra.gob.ni/siscaefportal]
Panamá:	[www.panamacompra.gob.pa/panamacompra]
Paraguay:	[ww.dncp.gov.py/sicp/login.seam]
Perú:	[ww.seace.gob.pe]
República Dominicana:	[www.comprasdominicana.gov.do]
Trinidad y Tobago:	[www.finance.gov.tt]
Uruguay:	[www.comprasestatales.gub.uy]

De manera más general, la dinámica de todas estas influencias internacionales se refleja en el cronograma de reformas legislativas sobre contratación pública, que proliferaron en la región a partir de la década de los noventa:

- 1993: Brasil, Colombia
- 1996: Costa Rica, Uruguay
- 2000: México, El Salvador, Nicaragua
- 2001: Argentina, Ecuador, Honduras
- 2003: Chile, Paraguay
- 2004: Perú

2006: Guatemala, Panamá

2008: Venezuela

2009: Bolivia

En estas condiciones, la regulación de los contratos públicos está lejos de ser materia exclusiva de políticas internas de los países. Los regímenes internos no pueden tampoco entenderse sin la perspectiva internacional que los explica de manera creciente y, en todo caso, les da un trasfondo esencial para la dimensión de su alcance.

BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES, JOSÉ LUIS. “Alcance de la presunción de jurisdicción”, en *Memorias del VII Foro Iberoamericano de derecho administrativo*, Panamá, 14-18 de septiembre, en prensa.

BENAVIDES, JOSÉ LUIS. “Reforma de la ley 80 de 1993. Mucho ruido y pocas nueces”, en *Lecciones de derecho disciplinario*, vol. 6, Procuraduría General de la Nación, 2007.

EXPÓSITO, JUAN CARLOS. “El deber de selección objetiva”, en JAIME ORLANDO SANTOFIMIO y JOSÉ LUIS BENAVIDES (comps.). *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007* (s. d.).

PHILLIPS, TONY. *Argentina versus el Banco Mundial: ¿juego limpio o partido arreglado?*, 18 de junio de 2008, Programa de las Américas [www.ircamericas.org].

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 12907; Secc. II.B. Sentencia del 11 de julio de 2002, 25000-23-25-000-1997-03407-01(73-01).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-230/93.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949/01 y C-633/96.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-147/96.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-751/08.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-039/09.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-249/04.