



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1013 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD - Aplicabilidad / CONTRATACIÓN ESTATAL - Excepciones / CONTRATOS DE RÉGIMEN ESPECIAL - Inclusión /

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD - Inobservancia / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Control jurisdiccional

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD - Aplicabilidad / CONTRATACIÓN ESTATAL - Excepciones / CONTRATOS DE RÉGIMEN ESPECIAL - Inclusión /

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD - Inobservancia / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Control jurisdiccional

El principio de reciprocidad, establecido en el artículo 20 de la ley 80 de 1993, rige para los contratos a los que se aplica esta ley. Respecto de los contratos de régimen especial, tales como los de exploración y explotación de los recursos naturales y los de las empresas de servicios públicos, regirá también cuando esa normatividad los incluya o como consecuencia de compromisos adquiridos por Colombia en tratados, acuerdos o convenios con otros países. Igualmente, si los contratantes son entidades oficiales de dos o más países, por mutuo acuerdo podrá incorporarse la reciprocidad en el respectivo contrato. La normatividad especial de aquellos contratos no los sustrae de la concordancia de ésta con el Estatuto General de la Contratación Pública, respecto de los principios esenciales de transparencia, economía y responsabilidad y del deber de selección objetiva. Dentro de las hipótesis planteadas en la respuesta anterior, en el proceso de licitación respectivo el oferente que considere no garantizado el principio de reciprocidad, podrá hacerlo saber a la entidad u organismo que adelanta la licitación o concurso para que se de aplicación a dicho principio. La entidad u organismo que adelanta el proceso de licitación deberá pronunciarse sobre la falta de reciprocidad en el mismo. El peticionario podrá allegar todas las formas probatorias que, de acuerdo con la legislación colombiana y con los tratados internacionales respectivos, den mérito a su requerimiento. Si el contrato celebrado por una entidad u organismo del Estado hubiere desconocido los criterios previstos en el artículo 21 de la ley 80 de 1993 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o violado el principio de reciprocidad, podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ésta, con base en el artículo 44 del estatuto de contratación estatal, declare si hay lugar a la nulidad absoluta del contrato. Como se dijo en la primera respuesta, el principio de reciprocidad no es de aplicación general en la contratación estatal. Las entidades y organismos del Estado de todo orden, para los efectos propios de la ley 80 de 1993, deben implementar mecanismos de desagregación tanto para los proyectos de inversión que manejen directamente como para aquellos que realicen mediante contratos de asociación.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

DESAGREGACIÓN TECNOLÓGICA - Alcance / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultad reglamentaria

De conformidad con la facultad reglamentaria que el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional otorga al Presidente de la República, pueden reglamentarse las leyes respectivas y, por tanto, la ley 80 de 1993, para darle alcance y contenido a modelos de desagregación tecnológica relativos al suministro de información técnica y económica sobre proyectos de inversión.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

PRINCIPIO DE PREFERENCIA - Aplicabilidad / CONTRATOS DE RÉGIMEN ESPECIAL - Principio de preferencia

El principio de preferencia consagrado en el artículo 21 de la ley 80 de 1993 se aplica, en el marco de la contratación previsto en dicha ley, cuando existen ofertas de bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero, con el fin de dar preferencia a las primeras. En relación con las excepciones consagradas en el artículo 32 de la ley 142 de 1994 y en el artículo 76 de la ley 80 de 1993, las empresas correspondientes darán aplicación a ese principio cuando esté consignado en el régimen especial sobre exploración y explotación de los recursos naturales y en el de las empresas de servicios públicos; también como consecuencia de compromisos adquiridos por Colombia en tratados, acuerdos o convenios con otros países.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

CONTRATO DE OBRA - Modalidad llave en mano / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultad reglamentaria / CONTRATOS LLAVE EN MANO - Características

Como se afirma en la respuesta número 5, el Presidente de la República tiene una facultad reglamentaria de tipo general señalada por el ordenamiento constitucional en su artículo 189, numeral 11. Por tanto, bien puede expedir un decreto reglamentario que, dentro de esas atribuciones constitucionales y del marco específico de la ley, desarrolle características para los contratos llave en mano como modalidades especiales de los contratos de obra pública o de construcción de bien inmueble, en el entendido de que tales características se aplicarán a futuros contratos y deberán darse a conocer en el pliego de condiciones que regule los procesos de licitación o concurso. Como modalidad de transferencia de tecnología puede encontrarse bajo distintas formas, que van desde la entrega de una suma global por la totalidad de un

proyecto, hasta el pago por algunos de los diferentes elementos involucrados en el establecimiento de una empresa manufacturera en un país dado. Estos contratos se asimilan, generalmente, a contratos de obra a precio fijo o global y en ellos los contratistas adquieren la obligación de entregar al operador, en estado de utilización y bajo su responsabilidad, determinadas obras generalmente sobre inmuebles.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

IMPORTACIÓN DE LAS ENTIDADES ESTATALES - Régimen aplicable / CONSEJO SUPERIOR DE COMERCIO EXTERIOR - Facultades

El artículo 21 de la ley 80 de 1993 faculta al Consejo Superior de Comercio Exterior para que establezca el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales. Dentro de esta perspectiva, puede determinarse la prohibición de importar a nombre de la entidad contratante estatal bienes para la obra contratada, o limitar el uso que los contratistas hacen de las licencias anuales y de los cupos que, como parte del Plan Vallejo, han sido destinados al contratante estatal.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS - Concepto

Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una Empresa de Servicios Públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo con estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados".

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

CONTRATO DE ASOCIACIÓN - Concepto

El artículo 32 de la ley 80 de 1993 define qué son contratos estatales y establece una enumeración a título enunciativo. El párrafo 2 -inciso 4 que dice que "Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos" y determina, enseguida, requisitos para que esta modalidad pueda darse.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

PLAN VALLEJO - Objetivos

Sus proyecciones han sido, bajo diferentes variantes, permitir la importación libre de impuestos, de materias primas y bienes de capital cuya destinación sea la generación de exportaciones. Su objetivo básico se concentraba en tres aspectos; utilizar capacidad instalada no ocupada; Facilitar el suministro de materias primas; promover y diversificar las exportaciones no tradicionales.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

SELECCIÓN OBJETIVA - Concepto / PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD - Aplicabilidad

La selección objetiva consiste en el escogimiento de la oferta más favorable para la entidad, hace énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones subjetivas y establece con carácter enunciativo factores determinantes para escoger, cuya consideración debe constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa. La selección objetiva del contratista no puede sustraerse al principio de reciprocidad prescrito en el artículo 20 de la ley 80, pues ello implicaría que los proponentes de origen extranjero no fueran evaluados en las mismas condiciones de los nacionales, lo que desequilibra el proceso de selección y contraría la favorabilidad prevista en el artículo 29, en cuanto dice que ésta no puede configurar factores diferentes de los contemplados en los términos de referencia, sin olvidar que el querer del legislador fue el de apoyar la industria, la ingeniería y la consultoría nacionales dentro de un marco de libre competitividad. De idéntica forma, el oferente nacional frente al extranjero no puede ser considerado fuera del contexto de una selección objetiva.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio No. 00802-2 del 15 de enero de 1998.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Santa fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

Radicación número: 1013

Actor: MINISTRO DE DESARROLLO ECONÓMICO

Referencia : Contratos de obra. Modalidad llave en mano. Principios de reciprocidad y de preferencia. Desagregación tecnológica.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, después de varias consideraciones de orden legal, formula a la Sala la siguiente consulta:

1. "¿El principio de reciprocidad debe ser aplicado por las empresas que se rigen por el artículo 76 de la ley 80 de 1993 o por las leyes de servicios públicos?"
2. ¿El oferente nacional puede dentro del proceso licitatorio solicitar a la entidad que adelanta la licitación o concurso que se le garantice el principio de reciprocidad contenido en el artículo 20 de la ley 80 de 1993?
3. ¿Bajo el marco normativo actual, qué entidad debe pronunciarse sobre la falta de reciprocidad y qué tipo de pruebas pueden allegarse?
4. ¿Las empresas del Estado que exploran y explotan recursos naturales no renovables y aquellas que tienen participación de recursos estatales y que se dedican a la prestación de servicios según las leyes 142 y 143 de 1994 están obligadas a aplicar el artículo 21 de la ley 80 y a implementar mecanismos de desagregación tecnológica en los proyectos de inversión que manejen directamente o mediante contratos de asociación?
5. ¿Mediante decreto reglamentario podría disponerse la aplicación de modelos de desagregación tecnológica que únicamente impliquen el suministro de información técnica y económica oportuna sobre los proyectos?
6. ¿El artículo 32 de la ley 142 de 1994 y el artículo 76 de la ley 80 de 1993 exigen a las empresas que a ellos se sujetan de aplicar el principio de preferencia a la oferta nacional previsto en el Estatuto General de Contratación?
7. ¿Es procedente expedir un decreto reglamentario al artículo 32 de la Ley 80 en el que se señalen características especiales a los contratos llave en mano y se señale que los mismos son modalidades diferentes a los contratos de obra pública o construcción de bien inmueble, en el que los bienes de capital adquiridos por el contratista se entenderán propiedad del contratante desde el momento de su adquisición?
8. ¿Es posible limitar la facultad que tienen los contratistas de los grandes proyectos de inversión, de importar a nombre del contratante bienes destinados a la obra contratada o limitar el uso que hacen los contratistas de las licencias anuales y cupos Plan Vallejo otorgados al contratante?

I. Aspectos conceptuales, análisis normativo y consideraciones.

Contratos estatales.

Los define el artículo 32 de la ley 80 de 1993: "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad" (inciso 1). Señala, a título enunciativo, los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

El actual estatuto contractual introdujo una definición, pues el decreto 222 de 1993 sólo estructuró, propiamente, la clasificación y la naturaleza de los contratos administrativos y de derecho privado de la administración para, en el artículo 80, hacer una enumeración de los contratos regulados por ese decreto y, en normas subsiguientes, establecer definiciones específicas de cada uno de ellos.

La ley de contratación los definió de manera genérica, sin restringir el campo de definiciones individuales. Lo esencial, entonces, del contrato estatal es que, como acto jurídico, genere obligaciones para las entidades a que se refiere la ley 80 (art 2 - num. 1. y parágrafo del num 3). Además, estos contratos podrán estar previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad siempre que no sean contrarios a la Constitución, la ley, el orden público y los principios del régimen de contratación.

El contrato estatal con una entidad u organismo del Estado como extremo contratante, está relacionado con el interés público, compromete recursos de naturaleza pública y exige, por obvias razones, un acuerdo de voluntades. En él se da la aplicación de cláusulas o estipulaciones excepcionales, ajenas al derecho común.

Contratos de servicios públicos.

La definición de este tipo de contratos la trae el artículo 128 de la ley 142 de 1994: "Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una Empresa de Servicios Públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo con estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados" (inc 1).

La misma norma señala que hacen parte de este contrato no solo sus regulaciones escritas, sino las que de manera uniforme la empresa aplique en la prestación del servicio y que existe este contrato aún en el evento de que algunas de esas reglas sean producto de estipulación con uno o algunos usuarios.

De conformidad con lo prescrito en los artículos 31, 32, 39 -parágrafo- y 132 de la ley 142 de 1994, se puede concluir que el querer del legislador en relación con la actividad contractual y algunos de los actos de las entidades prestadoras de servicios públicos, fue el que estuvieran regulados, en principio, por el derecho privado y por lo estipulado en dicha ley. Así, el derecho privado quedó como regla general y el público, administrativo, como excepcional.

El artículo 31 pretendió establecer una concordancia de esta ley con el Estatuto General de Contratación Pública, al disponer la remisión al artículo 32 del mismo, pero generó una situación confusa, toda vez que permite concluir que la actividad contractual relacionada con los servicios públicos domiciliarios no está regida por el referido estatuto ni por el derecho público, sino por el derecho privado con las salvedades que la misma ley prescribe, tales como el evento en el cual la Comisión de Regulación haga obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes en

ciertos contratos, caso en el cual lo relacionado con éstas se registrará por la ley 80 y los actos que ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 32 consagra directamente que la constitución y los actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de las personas vinculadas en calidad de socias a las mismas, se registrarán por las reglas del derecho privado. Se olvida que existen decisiones que pueden afectar la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como lo son la suspensión y corte del servicio, las que son de competencia del derecho público.

El artículo 39 relaciona una serie de contratos especiales para la gestión de los servicios públicos y señala que los mismos se rigen por el régimen legal privado, salvo el de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente y para acceso al espectro electromagnético, lo que se regula por el derecho público.

A su vez, el artículo 132 radica como régimen legal del contrato de servicios públicos lo dispuesto en dicha ley 142, en las condiciones especiales pactadas con los usuarios, en las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y en las normas del código de comercio y del código civil. Sobre las condiciones uniformes prevalecerán las especiales y respecto de los efectos fiscales el contrato se tendrá como celebrado con cada usuario en particular, así tenga ese tipo de especificaciones.

C. Contratos de Asociación.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993 define qué son contratos estatales y establece una enumeración a título enunciativo. El párrafo 2 -inciso 4- dice que "Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos" y determina, enseguida, requisitos para que esta modalidad pueda darse.

A su vez, el párrafo 3 del artículo 7 de la mencionada ley expresa que "En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley, con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se registrarán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios". Y el artículo 76 del estatuto contractual preceptúa que los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales se registrarán por la legislación especial aplicable, de acuerdo con las competencias específicas para estos asuntos. Defiere a los reglamentos internos de estas entidades el determinar los procedimientos afines a la selección, cláusulas, cuantías y trámites.

Contratos llave en mano.

Como modalidad de transferencia de tecnología puede encontrarse bajo distintas formas, que van desde la entrega de una suma global por la totalidad de un proyecto, hasta el pago por algunos de los diferentes elementos involucrados en el establecimiento de una empresa manufacturera en un país dado. Estos contratos se asimilan, generalmente, a contratos de obra a precio fijo o global y en ellos los contratistas adquieren la obligación de entregar al operador, en estado de utilización y bajo su responsabilidad, determinadas obras generalmente sobre inmuebles.

Bajo dos variantes se presenta la adquisición de tecnología extranjera. "En la primera se adquieren los diferentes elementos tecnológicos amarrados entre sí e involucrados en una negociación total que incluye el suministro externo de otros servicios como capital, equipos, financiamiento, etc. En la segunda forma la tecnología se adquiere en forma desagregada, esto es, separando en primer término el paquete tecnológico del resto de los componentes del proyecto y desagregando posteriormente ese paquete en los distintos elementos, licencias básicas del proceso, diseños básicos, ingeniería de detalle, servicios específicos de ingeniería, asistencia técnica para la puesta en marcha y operación de la planta, etc."¹

Los contratos llave en mano están regulados en nuestro estatuto contractual bajo la denominación de "Contrato de Obra" (artículo 32, num. 1). Algunos expertos ven en este tipo de contratos aspectos cuestionables tales como el no permitir a veces una verdadera transparencia de la tecnología, crear una dependencia permanente del empresario nacional para con el vendedor extranjero, la subutilización de los recursos técnicos y naturales del país, lo elevado de sus costos, la dificultad de adecuar la tecnología al entorno nacional, el peligro de importar elementos innecesarios y la dificultad de adaptar posteriormente tecnologías más modernas y sofisticadas.

En nuestro medio, tal modalidad limita la participación de la industria colombiana en proyectos de inversión pues ésta no tiene la capacidad ni el conocimiento adecuados para intervenir en etapas de amplia exigencia tecnológica; es preciso, por esa razón, darle mecanismos que la habiliten para prepararse competitivamente en procesos de producción, asociación y financiamiento.

Con todo, el contrato llave en mano ofrece ventajas cuando integra previamente tecnología local, permite la desagregación tecnológica y la asimilación de tecnología.

Plan Vallejo.

Sus proyecciones han sido, bajo diferentes variantes, permitir la importación libre de impuestos, de materias primas y bienes de capital cuya destinación sea la generación de exportaciones. Su objetivo básico se concentraba en tres aspectos:

a. Utilizar capacidad instalada no ocupada;

- b. Facilitar el suministro de materias primas;
- c. Promover y diversificar las exportaciones no tradicionales.

Se creó mediante el decreto legislativo número 336 de 1957, artículos 10 a 13. Con posterioridad se le introdujeron modificaciones que buscaban adaptar el sistema a las circunstancias cambiantes de la economía colombiana. Tales fueron, entre otras: ley 1 de 1959 (Estatuto de Comercio Exterior); decreto ley 444 de 1967 sobre Régimen de Cambios Internacionales; decreto 982 de 1981, que reglamentó en forma integral el Plan Vallejo en lo que se relaciona con aspectos de comercio exterior, aduanas y trámites administrativos; ley 48 de 1983 o Ley Marco de Comercio Exterior; ley 109 de 1985 o Estatuto de Zonas Francas; decretos reglamentarios 109 y 631 de 1985 sobre sistemas especiales de importación-exportación; ley 7 de 1991: normas generales de comercio exterior, crea el Ministerio de Comercio Exterior, composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, crea el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica; decreto 2505 de 1991: transforma a Proexpo en Bancoldex S.A. y decreto 466 de 1992: estructura orgánica del Incomex.

Principio de reciprocidad.

Desde el punto de vista gramatical, el diccionario de la lengua española define la reciprocidad como la "correspondencia mutua de una persona o cosa con otra".

Es un concepto que se emplea tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, pero que ha cobrado mayor dimensión en las relaciones económicas internacionales, en especial aquellas de carácter multilateral.

"La reciprocidad puede ser real o formal. La primera atenderá a los beneficios efectivamente percibidos por las partes; la segunda, al simple hecho de las concesiones. Los países en desarrollo impugnan la reciprocidad formal porque ellos no están en igualdad de *status* con los industrializados y aspiran a una reciprocidad real, que se aparte de la simetría en las concesiones y atienda a los resultados".²

El desarrollo y la aplicación de este principio encuentra su fundamento en las relaciones internacionales. Cada Estado lo incorpora en su ordenamiento jurídico y en Colombia la ley 80 de 1993 lo consagra en su artículo 20, reglamentado por el decreto 679 de 1994, artículo 9. La búsqueda de su cumplimiento recae no sólo en el propio Estado, sino en sus entidades u organismos y en los mismos oferentes de bienes y servicios.

La ley 80 tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. Estas las define en el artículo 2, en donde extiende el campo de aplicación a nuevas instituciones creadas por la Constitución Política de 1991, como las regiones, las provincias y los territorios indígenas, entre otras, constituyéndose esta ley en el régimen contractual general para el Estado en todo el territorio nacional, salvo las excepciones que ella misma señala.

El artículo 20 *ibídem* establece el concepto de reciprocidad comercial, según el cual los oferentes extranjeros de bienes y servicios participarán en igualdad de condiciones y recibirán el mismo tratamiento precontractual y contractual que los proponentes nacionales, siempre y cuando a éstos se les concedan iguales oportunidades en cuanto a los requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

El decreto 679 de 1994, en el artículo 9, previó que los extranjeros que soliciten la aplicación de la reciprocidad deben acompañar a la oferta un certificado expedido por la autoridad del respectivo país, en el cual se acredite la existencia de aquélla. Pero no clarifica la situación del productor colombiano en procura de lograr la reciprocidad en licitaciones internacionales celebradas en el país, con lo cual el oferente nacional queda en desventaja frente al extranjero, para acceder a mercados con competencia foránea.

En consecuencia, en los contratos a que alude el artículo 76 del Estatuto Contractual, así como en los que regulan la prestación de servicios públicos, debe darse aplicación al principio de reciprocidad consagrado en el artículo 20 del citado estatuto, en atención a mantener el equilibrio del proceso de selección del contratista, el cual debe ser observado, por expresa manifestación de la ley, aún en los reglamentos internos de las entidades estatales allí mencionadas.

El Principio de preferencia.

La actividad económica en Colombia estuvo orientada durante muchos años por el denominado proteccionismo, que buscaba dar a la industria y al trabajo nacionales marcos de favorabilidad y de beneficio con miras a establecer un más adecuado proceso de competitividad en favor de los colombianos. Tal era el espíritu del decreto ley 222 de 1983 en su Título X, artículos 268 y siguientes.

Aquel esquema tradicional fue afectado por los procesos de apertura de la economía, que buscan lograr unas mayores eficiencia y eficacia en la política económica. Esta es la perspectiva del artículo 21 de la ley 80 de 1993, sobre tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales, que favorece siempre la opción que mejor convenga al interés público pero prefiere la oferta de bienes y servicios de origen nacional, en un marco de libre competitividad, si las condiciones para contratar resultan iguales y, además, cuando determina no exigir en los contratos de empréstitos y demás formas de financiamiento, el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica o que a ello se condicione el otorgamiento.

El artículo 21 del estatuto contractual garantiza un tratamiento especial a las ofertas nacionales cuando establece: "En igualdad de condiciones para contratar se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional". Este aspecto fue sustentado en la exposición de motivos de la ley 80 así:

"Para lograrlo, si bien debe protegerse a los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, su contenido tendrá que adecuarse a las exigencias de una política de apertura. En este sentido, el proyecto en su artículo 21 consagra un sano criterio de libre competencia entre los oferentes nacionales y extranjeros, favoreciendo siempre la opción que mejor convenga al interés público, pero prefiriendo la oferta de bienes y servicios de origen nacional cuando las condiciones para contratar resulten iguales. Es decir que se apoya a la industria, a la ingeniería y a la consultoría nacionales dentro de un marco de libre competitividad.

Ahora bien, no sólo la protección y la preferencia de las ofertas nacionales se obtienen cuando se presente igualdad en las condiciones para contratar, sino que también se alcanza, como lo preceptúa el primer inciso del citado artículo, a través de la proscripción de cuanto atañe a la exigencia de todos aquellos requisitos y condiciones que no se impongan a los oferentes de origen extranjero". (Gaceta del Congreso No. 75, 23 de septiembre de 1992. Página 16).

Los artículos 25 y 100 de la Constitución Nacional consagran que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de especial protección del Estado y que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos de los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley.

Dentro del propósito de trato preferencial para la oferta de bienes y servicios de origen nacional se disponen, en nuestra regulación contractual, mecanismos como la obligatoriedad de efectuar la desagregación tecnológica en los proyectos de inversión, el deber de buscar que en los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica y la obligación de incluir en la comparación de propuestas nacionales y extranjeras los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización, tal como lo establece el artículo 29 de la ley 80, al hablar del proceso de selección objetiva.

Por gozar el trabajo de protección especial del Estado consagrada constitucionalmente, el principio de preferencia es una de las limitantes establecidas por la ley al derecho de igualdad de que disfrutaban los extranjeros residentes en Colombia por expreso mandato constitucional y configura un factor determinante dentro del proceso de selección objetiva.

Debe corregirse la escasa participación que se le da a la industrial nacional en muchos de los proyectos de inversión adelantados en Colombia, hecho que no siempre estriba en falta de competitividad. Ello no implica desconocer realidades actuales de los procesos económicos internacionales, ni convertir el país en una especie de autarquía económica. El Gobierno Nacional tiene los instrumentos y dispone de los mecanismos (legales, contractuales, acuerdos comerciales, etc.) que así lo permitan.

Considera la Sala que las empresas del Estado que exploran y explotan los recursos naturales renovables y no renovables y las que se dedican a la prestación de los servicios públicos según las leyes 142 y 143 de 1994, están obligadas a aplicar el artículo 21 de la ley 80, con miras a hacer efectiva la protección al trabajo nacional y a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 del Estatuto Contractual que si bien preceptúa que estas entidades estatales continuarán regíendose por la legislación legal aplicable, desarrollarán en sus procedimientos el deber de selección objetiva, cláusulas excepcionales, cuantías trámites y principios de transparencia, economía y responsabilidad. Vale decir que, si por una parte se estatuye la excepción del parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80, por la otra adopta la concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública, en el artículo 31 de la ley 42 de 1994.

La Desagregación de tecnología.

Se considera, por parte de un experto en el tema, como "El desglose de la tecnología para la producción de un bien o para la prestación de un servicio, desde su gestación hasta su implementación en sus etapas, distinguiendo las tecnologías medulares de las tecnologías periféricas, con el objeto de mejorar la posición negociadora de los adquirientes de tecnología, generar demanda de servicios o bienes nacionales, ayudar al proceso de asimilación y copia. El concepto opuesto a desagregación es el de Tecnología Empaquetada"³

Esta idea está desarrollada en el marco de los acuerdos del Pacto Subregional Andino y tratada, específicamente, en el artículo 21 de la ley 80 de 1993.

El referido artículo 21 permite al Gobierno Nacional determinar entre otros conceptos, el de la desagregación tecnológica. En tal virtud, el decreto 679 de 1994 definió la desagregación tecnológica como proceso orientado a descomponer los proyectos de inversión "que puedan implicar la contratación de bienes de procedencia extranjera, en sus diferentes elementos técnicos y económicos con el objeto de permitir la apertura de varias licitaciones para su ejecución, buscando la participación de la industria y el trabajo nacionales".

Se quiere con este prospecto no afectar los grandes proyectos de inversión, orientados sobre bases de complejidad tecnológica, para que los demandantes, los oferentes y el propio gobierno puedan aportar verdaderos elementos de juicio que permitan verificar la existencia o no de la producción nacional. Se logra, así, no afectar de plano las formas de contratación denominadas "llave en mano", ni la oferta local que pueda existir. En otras palabras, se quiere conocer los niveles tecnológicos que exige un proyecto específico, las características del mismo, grado de avance de las empresas nacionales en su tecnología y la posibilidad de éstas para acceder a determinados proyectos.

La referida exposición de motivos de la ley 80 de 1993 consideró: "La filosofía que informa tal norma (se refiere al artículo 21) se cumple al establecer en forma imperativa el deber de analizar la conveniencia de efectuar la desagregación tecnológica y de realizar pluralidades de procedimientos de selección reglada cuando se trate de ejecución de los proyectos de inversión". (Gaceta del Congreso. No. 75, 23 de septiembre de 1992. Página 16)

La Sala estima que la intención del legislador sobre desagregación tecnológica de grandes proyectos de inversión es de aplicación también en las empresas estatales que exploran y explotan recursos naturales no renovables. Como lo dijo respecto del principio de preferencia, la aplicación de la legislación especial debe tener concordancia con los principios generales de la contratación pública para evitar, así, el desamparo del productor nacional que puede licitar y competir en proyectos específicos y singulares del proyecto general, sin más gabelas que la preferencia en igualdad de condiciones en un marco de selección objetiva. Debe, por tanto, disponerse por esas empresas la adopción de manuales internos de contratación, cuando las condiciones técnicas y económicas lo permitan. Igualmente, ante las exigencias producto de la apertura económica, el Gobierno Nacional puede implementar nuevos modelos de desagregación que, sin desconocer los sistemas tradicionalmente conocidos, permitan a la tecnología nacional asimilar conocimientos, adaptarlos, avanzar y competir adecuadamente con la oferta extranjera.

Selección objetiva.

El artículo 29 de la ley 80 de 1993 preceptúa que la selección objetiva consiste en el escogimiento de la oferta más favorable para la entidad, hace énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones subjetivas y establece con carácter enunciativo factores determinantes para escoger, cuya ponderación debe constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa.

Señala esta norma que la favorabilidad de la propuesta u ofrecimiento no puede obedecer a factores diferentes de los enunciados en los documentos contentivos de requisitos y condiciones, o fundamentada únicamente en alguno de ellos o en la exclusiva consideración del más bajo precio o plazo ofrecido el cual, si es inferior al previsto en los pliegos, no será objeto de evaluación.

Del contenido de la regla analizada se concluye que la selección objetiva del contratista no puede sustraerse al principio de reciprocidad prescrito en el artículo 20 de la ley 80, pues ello implicaría que los proponentes de origen extranjero no fueran evaluados en las mismas condiciones de los nacionales, lo que desequilibra el proceso de selección y contraría la favorabilidad prevista en el artículo 29, en cuanto dice que ésta no puede configurar factores diferentes de los contemplados en los términos de referencia, sin olvidar que el querer del legislador fue el de apoyar la industria, la ingeniería y la consultoría nacionales dentro de un marco de libre competitividad. De idéntica forma, el oferente nacional frente al extranjero no puede ser considerado fuera del contexto de una selección objetiva.

Competencia y jurisdicción.

En el evento de que un oferente considere que se está desconociendo el principio de reciprocidad dentro del proceso licitatorio puede solicitar, en cualquier momento, a la entidad que adelanta la licitación que se le garantice la observancia del mismo, so pena de que tal desconocimiento vicié el referido procedimiento y lo haga susceptible de una nulidad, como lo prevé el numeral 5 del artículo 44 de la ley 80. Si fuere preciso podrá invocar el derecho de petición, conforme al mandato del artículo 23 superior, con su desarrollo impreso en el Código Contencioso Administrativo.

La jurisdicción competente para dirimir las controversias que se presenten con motivo del proceso licitatorio en el caso de la exploración y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 87 del decreto 01 de 1984, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo toda vez que los organismos encargados de administrar dichos recursos hacen parte de la rama ejecutiva del poder público.

A efectos de identificar ante qué autoridad se puede solicitar el reconocimiento judicial del principio de reciprocidad, tratándose de los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos, conviene recordar el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera - del 23 de septiembre de 1997:

"a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante ésto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contenciosas administrativas, entre los que puedan citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art 154 inc 1). c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (art 31 inc 2), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal) o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los arts 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de los actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa".

K. A manera de conclusión.

El artículo 226 de nuestro ordenamiento constitucional, en concordancia con el 9 y con el 227 del mismo, determina la obligación para el Estado de promover la internacionalización de la economía sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Si éste fue el querer del constituyente no puede aceptarse razón alguna para que las entidades u organismos del Estado den a este mandato un alcance precario.

Sin defender un "proteccionismo" a ultranza es necesario que las empresas del Estado, al abrir licitaciones, construyan mecanismos que

Concepto Sala de Consulta C.E. 1013 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EVA - Gestor Normativo

garanticen el fiel cumplimiento del principio de reciprocidad en favor del oferente local.

Es preciso, también, que las nuevas empresas prestadoras de servicios públicos entiendan que los principios orientadores de la ley 80 de 1993, como tales, encierran un marco filosófico que debe guiar posibilidades de acceso, en sus licitaciones, para el productor nacional. Evitar, por ejemplo, que en modalidades como las del contrato de confección de obra material llave en mano la importación de un bien de capital destinado a la obra sea realizada a nombre de la empresa colombiana contratante cuando, en estricto sentido, debe hacerse a nombre del contratista, para impedir que el IVA causado por la importación del bien termine siendo pagado por el contratante o que este impuesto, cuando es facturado por un proveedor nacional, se convierta en un mayor costo de la obra contratada.

Es imperativo que al igual que los demás países, principalmente los desarrollados, Colombia defienda sus industrias y, con el respeto de los derechos que la Constitución y la ley dan a los extranjeros, la producción nacional no sea desfavorecida con base en simples consideraciones de duda sobre su calidad, su eficiencia y su eficacia.

Tradicionalmente la capacidad del Estado como comprador de bienes industriales ha sido utilizada como motor de desarrollo que da participación a la ingeniería, la tecnología y los recursos humanos del país. Así se moderniza el aparato productivo, con igualdad para el extranjero, pero sin discriminación para el proveedor nacional, especialmente en licitaciones internacionales para obras de infraestructura, proyectos petroleros y servicios públicos. El Estado debe incentivar, no impedir, la participación de la industria nacional, bajo perspectivas de selección objetiva y sin que se desconozca el valor de la producción industrial colombiana.

i los mandatos constitucionales y legales existen, los funcionarios de la administración no deben desconocer el esfuerzo productivo local. En este sentido, en la medida en que los productores colombianos se encuadren dentro de las exigencias de calidad, de precios, de plazos de entrega, de posibilidades de lograr fórmulas de asociación contractual, deben tener mejores oportunidades para competir.

Se responde:

1. El principio de reciprocidad, establecido en el artículo 20 de la ley 80 de 1993, rige para los contratos a los que se aplica esta ley. Respecto de los contratos de régimen especial, tales como los de exploración y explotación de los recursos naturales y los de las empresas de servicios públicos, regirá también cuando esa normatividad los incluya o como consecuencia de compromisos adquiridos por Colombia en tratados, acuerdos o convenios con otros países. Igualmente, si los contratantes son entidades oficiales de dos o más países, por mutuo acuerdo podrá incorporarse la reciprocidad en el respectivo contrato.

La normatividad especial de aquellos contratos no los sustrae de la concordancia de ésta con el Estatuto General de la Contratación Pública, respecto de los principios esenciales de transparencia, economía y responsabilidad y del deber de selección objetiva.

2. Dentro de las hipótesis planteadas en la respuesta anterior, en el proceso de licitación respectivo el oferente que considere no garantizado el principio de reciprocidad, podrá hacerlo saber a la entidad u organismo que adelanta la licitación o concurso para que se de aplicación a dicho principio.

a) La entidad u organismo que adelanta el proceso de licitación deberá pronunciarse sobre la falta de reciprocidad en el mismo. El peticionario podrá allegar todas las formas probatorias que, de acuerdo con la legislación colombiana y con los tratados internacionales respectivos, den mérito a su requerimiento.

Si el contrato celebrado por una entidad u organismo del Estado hubiere desconocido los criterios previstos en el artículo 21 de la ley 80 de 1993 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o violado el principio de reciprocidad, podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que ésta, con base en el artículo 44 del estatuto de contratación estatal, declare si hay lugar a la nulidad absoluta del contrato.

3. Como se dijo en la primera respuesta, el principio de reciprocidad no es de aplicación general en la contratación estatal. Las entidades y organismos del Estado de todo orden, para los efectos propios de la ley 80 de 1993, deben implementar mecanismos de desagregación tanto para los proyectos de inversión que manejen directamente como para aquellos que realicen mediante contratos de asociación.

4. De conformidad con la facultad reglamentaria que el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional otorga al Presidente de la República, pueden reglamentarse las leyes respectivas y, por tanto, la ley 80 de 1993, para darle alcance y contenido a modelos de desagregación tecnológica relativos al suministro de información técnica y económica sobre proyectos de inversión.

5. El principio de preferencia consagrado en el artículo 21 de la ley 80 de 1993 se aplica, en el marco de la contratación previsto en dicha ley, cuando existen ofertas de bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero, con el fin de dar preferencia a las primeras.

En relación con las excepciones consagradas en el artículo 32 de la ley 142 de 1994 y en el artículo 76 de la ley 80 de 1993, las empresas correspondientes darán aplicación a ese principio cuando esté consignado en el régimen especial sobre exploración y explotación de los recursos naturales y en el de las empresas de servicios públicos; también como consecuencia de compromisos adquiridos por Colombia en tratados, acuerdos o convenios con otros países.

6. Como se afirma en la respuesta número 5, el Presidente de la República tiene una facultad reglamentaria de tipo general señalada por el ordenamiento constitucional en su artículo 189, numeral 11. Por tanto, bien puede expedir un decreto reglamentario que, dentro de esas atribuciones constitucionales y del marco específico de la ley, desarrolle características para los contratos llave en mano como modalidades

especiales de los contratos de obra pública o de construcción de bien inmueble, en el entendido de que tales características se aplicarán a futuros contratos y deberán darse a conocer en el pliego de condiciones que regule los procesos de licitación o concurso.

En cuanto a que los bienes de capital adquiridos por el contratista se entiendan propiedad del contratante desde el momento de su adquisición, la Sala se abstiene de dar una regla general, pues ello debe ser materia de evaluación objetiva en cada caso.

7. El artículo 21 de la ley 80 de 1993 faculta al Consejo Superior de Comercio Exterior para que establezca el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales. Dentro de esta perspectiva, puede determinarse la prohibición de importar a nombre de la entidad contratante estatal bienes para la obra contratada, o limitar el uso que los contratistas hacen de las licencias anuales y de los cupos que, como parte del Plan Vallejo, han sido destinados al contratante estatal.

Transcribese al señor Ministro de Desarrollo Económico. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CESAR HOYOS SALAZAR
Presidente de la Sala
LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

JAVIER HENAO HIDRON
ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 PIEDRAHITA E., Francisco. "Contratos Llave en Mano". Memoria del Seminario sobre Desarrollo de Tecnología Industrial. Instituto de Investigaciones Tecnológicas. Bogotá, 1975. Pág.31.

2 ALVAREZ Soberanis, Jaime: "Consideraciones sobre el papel del GATT frente a los países en desarrollo". Separata de la Revista del Derecho Industrial. Ediciones *Depalma*. Buenos Aires. No.5. Mayo-Agosto 1980. Pág.298.

3 MORENO, Félix. "Glosario Comentado sobre Política Tecnológica". Revista "Ciencia, Tecnología y Desarrollo". Colciencias y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Vol.1, No.2, Bogotá. 1977. Pág.87.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:42:46