

Principios de la contratación pública en el ámbito del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia¹

MARILIN ASCANIO PACHECO²

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto examinar la importancia de los principios generales de la contratación pública incorporados en el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Colombia. El análisis se realiza a partir del estudio de la evolución global de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, libre concurrencia y publicidad. Estos principios han generado la unificación de criterios y la reglamentación existente en esta disciplina, así como la formación de un derecho común que se basa en la prohibición de cualquier tipo de discriminación por razón de nacionalidad, y como garante de las relaciones comerciales encaminadas a avanzar en materia de contratación pública.

- 1 El presente artículo es producto del trabajo de grado con el mismo nombre, presentado por la autora en el marco del magíster en Derecho Público, de la Universidad Santo Tomás de Chile.
- 2 Abogada egresada de la Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Magíster en Derecho Público, Mención Derecho Administrativo Avanzado y Litigación, de la Universidad Santo Tomás, Santiago, Chile. Abogada contratista del Área Jurídica de la Secretaría de Cultura de Santiago de Cali, Colombia. Correo-e: Ascanio8409@gmail.com. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2105-1259>. Fecha de recepción: 2 de marzo de 2020. Fecha de modificación: 10 de agosto de 2020. Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2020. Para citar el artículo: ASCANIO PACHECO, MARILIN, "Principios de la contratación pública en el ámbito del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2021, pp. 337-369. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n25.11>.

Palabras clave: contratación pública, transparencia, acuerdo de libre comercio, principios de trato nacional y no discriminación, control de constitucionalidad.

Principles of Public Procurement in the Context of the Free Trade Agreement Between Chile and Colombia

ABSTRACT

The purpose of this article is to examine the importance of the general principles of public procurement incorporated in the Free Trade Agreement between the Republic of Chile and the Republic of Colombia. The analysis draws on the study of the global evolution of the principles of equality, non-discrimination, transparency, free competition and publicity. These principles have generated the unification of criteria and the existing regulations in this discipline, as well as the formation of common regulations based on the prohibition of any form of discrimination on the basis of nationality and as a guarantee of sounded commercial relations, aimed at advancing the matter of public procurement.

Keywords: Public Procurement, Transparency, Free Trade Agreement, National Treatment and Non-Discrimination Principles, Control of Constitutionality.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública es una importante actividad económica de los gobiernos, por medio de la cual la Administración celebra acuerdos de voluntades con los administrados para cumplir con algunas de sus obligaciones. Se rige por un grupo de principios como eje fundamental, a través de los cuales se garantiza que estos contratos se ajusten a derecho. Cada Estado ha establecido una serie de principios aplicables en su legislación, sin embargo, los que se han considerado como generales a nivel global son el principio de igualdad de los oferentes, el principio de libre concurrencia y el principio de transparencia³,

3 En relación a la globalidad de estos principios, ha sostenido Jaime Rodríguez-Arana que: "En este punto, el caso de la contratación pública es paradigmático, puesto que, como se analiza en esta intervención –pionera ciertamente en la materia en lo que a lengua hispana se refiere–, los principales instrumentos supranacionales y globales en materia de contratación se han construido precisamente al calor de los principios: los de no discriminación, de publicidad, de libre concurrencia, etcétera. Estos principios son la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos –al manejar fondos públicos– de actuar con transparencia, de fomentar la igualdad y adjudicar el contrato a la mejor oferta con

teniendo en cuenta que la protección de estos garantiza la disminución de posibles prácticas anticompetitivas o ilegales. No obstante, todo proceso contractual debe obedecer unos presupuestos constitucionales y reglamentarios que dirigen la función administrativa, como son la publicidad, el debido proceso, la imparcialidad, la buena fe, la economía y la selección objetiva, entre otros⁴.

En este orden de ideas, la evolución de este conjunto de principios ha impulsado el crecimiento de un ordenamiento jurídico-administrativo contractual de índole supranacional⁵, razón por la cual el ámbito de las contrataciones públicas ha tomado gran importancia a nivel global, tanto en los acuerdos de libre comercio suscritos por los diferentes países, como en las adopciones de regulación administrativa internacional. Esta rama del derecho administrativo ha ido transformarse rápidamente, al punto de que distintos países⁶ han incluido en sus convenios internacionales capítulos de contratación pública, tal como lo han hecho Chile y Colombia en su Acuerdo de Libre Comercio, fundamentándolo en el principio de trato nacional y no discriminación, según lo recomendado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en su Acuerdo de Contratación Pública.

El Acuerdo de Libre Comercio firmado entre Chile y Colombia entró en vigencia en 2009 y ha sido uno de los pocos acuerdos favorables para Colombia, debido a que el país ha presentado un déficit comercial en la apertura de mercados bilaterales. En el marco de este pacto comercial se han realizado

miras al interés público, que es siempre el elemento central que gravita y preside el entero régimen jurídico de aplicación. Es decir, en materia de contratos públicos, los principios han sido la base de las normas que ulteriormente se han elaborado. En el espacio jurídico europeo, por ejemplo, el caso de las directivas comunitarias en la materia nos excusa ahora de mayores comentarios". JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, "Los principios del derecho global de la contratación pública", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 66, 2011, p. 31.

4 Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 3: "Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad".

5 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, "Los principios del derecho global de la contratación pública", óp. cit.

6 Además del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia, el Estado colombiano ha suscrito acuerdos comerciales que incluyen capítulos de contratación pública con los países triángulo del norte (El Salvador, Guatemala y Honduras), con los Estados AELC (República de Islandia, Principado de Liechtenstein, Reino de Noruega y Confederación Suiza), con México, Canadá y Estados Unidos de América, y el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú. Véase al respecto, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, "Manual explicativo de los capítulos de contratación pública de los acuerdos comerciales negociados por Colombia para entidades contratantes".

exportaciones por us\$10.900 millones e importaciones por us\$7.200 millones entre 2009 y 2017, según cifras de la Asociación Nacional de Comercio Exterior de Colombia (Analtex), siendo este un balance positivo para ambos mercados. La finalidad de este acuerdo entre Chile y Colombia es eliminar obstáculos al comercio bilateral, incrementar las oportunidades de inversión y obtener un desarrollo equilibrado de las partes, entre otros. En lo concerniente a las contrataciones, fue el primer acuerdo suscrito por Chile y un país suramericano que incorporó un capítulo de contratación pública y el segundo acuerdo suscrito por Colombia que lo incluye, inclusión que se realizó con el objetivo de lograr la apertura de los mercados de adquisición de bienes y servicios de las entidades públicas y ampliar la concurrencia en los procesos licitatorios de ambos países⁷, evitando cualquier tipo de impedimento que termine por discriminar a los nacionales de cualquiera de las partes. Estos objetivos se garantizan mediante el principio de trato nacional y no discriminación que obliga a las partes a otorgar a los bienes, servicios y oferentes de la otra parte un trato igualitario, gozando de las mismas oportunidades.

Otros principios que son determinantes en este acuerdo en cuanto a contratación pública se refiere, y como se ha señalado anteriormente, son la igualdad de oferentes, la libre concurrencia y la transparencia, principios que se encuentran establecidos en la legislación administrativa y la jurisprudencia de Chile⁸ y Colombia⁹, así como en los pronunciamientos y normatividad internacional;

7 MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia, 27 de noviembre de 2006. Disponible en línea: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-libre-comercio-chile-colombia/contenido/texto-final-del-alc> [consultado el 25 de octubre de 2018].

8 En Chile, la regulación del sistema de contratación pública se encuentra en la Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Esta ley establece la celebración de contratos por parte de la Administración y determina que el procedimiento concursal debe guiarse por los principios de libre concurrencia, igualdad de los oferentes (artículo 8 bis) y transparencia (artículo 16).

9 Estos principios se encuentran establecidos en la normativa y jurisprudencia colombiana, así: Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, artículo 30, parágrafo 1: "Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable". Artículo 24: "En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política". Respecto del principio de libre concurrencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: "el principio de libre concurrencia, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre

su función es la de respaldar el acceso a la contratación con entidades estatales por parte de los particulares y brindar garantías a la Administración pública para que al cumplir su compromiso de contratar al servicio del interés general no se quebranten los valores de un Estado social y democrático de derecho. Asimismo, es de considerar que estos principios se manifiestan en el principio de trato nacional y no discriminación, el cual determina que ninguna de las partes establecerá discriminación alguna para contratar con la Administración, y se dará el mismo trato tanto a nacionales como a extranjeros que acrediten su idoneidad para brindar resultados óptimos al servicio del interés general.

En tal sentido, lo que se busca a través de este artículo es determinar la trascendencia de estos principios de la contratación pública contenidos en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia; de igual forma, se pretenderá identificar las características del principio de trato nacional y no discriminación establecido en este acuerdo y delimitar su relación con estos principios de igualdad de oferentes, libre concurrencia y transparencia. Otro de los objetivos de este estudio es analizar el control de constitucionalidad aplicado por la Corte Constitucional Colombiana, referente a la adaptación del principio de trato nacional y no discriminación en las contrataciones públicas derivadas de esta alianza comercial, en donde su razonamiento se ha centrado en la prohibición de cualquier tipo de discriminación por razón de nacionalidad, teniendo en cuenta que no deben existir diferencias arbitrarias que conlleven a una preferencia nacional que impida que los oferentes de ambas partes gocen de las mismas oportunidades. Por último, se estudiará el sistema de contratación pública de Chile y Colombia, y la normativa aplicable a nivel internacional, para que, mediante un análisis de derecho comparado, se pueda definir la eficacia de la globalización del derecho de la contratación pública y sus principios generales, así como la importancia de su incorporación en los acuerdos comerciales suscritos por los diferentes países.

Para ello, en primer término, se abordarán los alcances del Tratado de Libre Comercio en materia de contratación pública, su ámbito de aplicación y los principios que los soportan, para de esta manera comprender completamente su escala y vinculación con el derecho administrativo de índole supranacional, que genera un interés para la ciencia jurídica muy relevante y que ha

competencia reconocido en el artículo 333 *ibídem* y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficios de la eficiencia". Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, expediente D-8699.

determinado que la contratación pública es una disciplina aplicable a cualquier ordenamiento jurídico.

En este aspecto, se explica cómo los principios han sido acogidos por diversas legislaciones y se han convertido en el núcleo contractual de los ordenamientos jurídicos del mundo, por lo que su crecimiento en el derecho administrativo transnacional ha hecho que se considere que esta universalidad en las adquisiciones estatales ha sido impulsada por los referidos. Así, la aplicación de estos principios en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia reconocidos internacionalmente en el ámbito de la contratación pública fortalece las garantías necesarias para que cada Estado parte actúe basándose en las buenas prácticas concurrentes con la normatividad vigente. Razón por la que se examinan las diversas preocupaciones que se generan respecto de si es efectiva la aplicación de los mecanismos de control que deben orientar la actividad contractual de ambos países, para que estos logren encaminar sus procesos a un sistema eficiente de contratación pública, basado en la adquisición de la oferta más favorable y oportunidades equitativas que generen pluralidad de oferentes para que de esta forma la adjudicación de los contratos sea transparente y no se decida por intereses particulares.

1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO INTERNACIONAL

La contratación pública es una rama del derecho administrativo con gran importancia, que se encuentra en constante desarrollo y que aunque, es la encargada de satisfacer las necesidades contractuales de un Estado, alguna vez fue planteada como inexistente en el ordenamiento jurídico público, tal como lo comenta el profesor Eduardo Soto Kloss en el prólogo del libro *Contratos administrativos en Chile*, en el que afirma que la negativa de la existencia de esta disciplina se debía a la tendencia política partidaria de la supremacía e intervención del Estado sobre las demás entidades sociales, que no podía admitir que un súbdito celebrara un acuerdo de voluntades que generara obligaciones para ambas partes y que tuviera como fin la satisfacción del interés público¹⁰.

10 No obstante, es evidente que antiguamente se convenían estos acuerdos de voluntades entre El Estado y los particulares de forma indirecta, como lo confirma igualmente el profesor Soto Kloss en los siguientes términos: "Hoy por el contrario, es sabido que hasta los romanos y en pleno régimen del Imperio –en donde el Emperador tenía poder omnímodo sobre bienes y personas– contrataban, sin problema alguno con los llamados 'publicanos', la percepción de los tributos que debían pagar los habitantes del Imperio, como, asimismo, daban igualmente en concesión a particulares la explotación de las minas de sal [...] también en la época medieval las ciudades/ayuntamientos contrataban la construcción de los edificios comunales incluso de la Catedral de la ciudad". EDUARDO SOTO KLOSS, "Prólogo", en Enrique Díaz Bravo y Aníbal Rodríguez Letelier, *Contratos administrativos en Chile. Principios y bases*, Santiago: Ediciones Universidad Santo Tomás - RIL Editores, 2016, pp. 10-11.

Desde entonces, se ha entendido como contratación pública el procedimiento por el cual la Administración celebra acuerdos de voluntades con sus administrados, con el objeto de obtener la satisfacción de las necesidades públicas. Estas necesidades deben ser atendidas de modo constante, permanente y continuo, sin interrupciones y de manera indefinida, siendo la contraparte un colaborador, asociado a la referida misión que la ley ha impuesto a la Administración como un deber ineludible que cumplir¹¹. El principal propósito de los órganos de la Administración del Estado es satisfacer las necesidades públicas de manera regular y continua; de esta manera, están sujetos al principio de servicialidad, partiendo del deber del Estado de estar al servicio de las personas. Por esta razón y para garantizar su fin determinado, el cual es el bien común, en cumplimiento de sus funciones, debe celebrar contratos con terceros para la ejecución de la actividad administrativa¹².

El componente primordial de la contratación pública es el contrato administrativo o público, el cual se caracteriza por tener como parte contratante, obligatoriamente, a la Administración estatal, estar destinado a la satisfacción de una necesidad pública, promover el bien común y someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa y a los preceptos legales de derecho público. Este contrato ha sido definido en la doctrina colombiana como "todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsible, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar"¹³.

En cuanto al derecho administrativo internacional o global, este se ha definido como "aquel que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma

11 EDUARDO SOTO KLOSS, *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Santiago: Legal Publishing, 2010, pp. 499-500.

12 JULIA POBLETE VINAIXA, *Actos y contratos administrativos*, Santiago: Editorial Lexisnexis, 2007, pp. 1-3.

13 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. "El carácter conmutativo y por regla general sinagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º1, 2009, pp. 13-14.

afectan la *accountability*¹⁴ de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que prueban¹⁵. En efecto, uno de los ámbitos que mejor refleja en la actualidad al derecho administrativo global es la contratación pública¹⁶, la cual se ha formado como un derecho común basado siempre en los principios generales de igualdad de trato, no discriminación, publicidad, transparencia y concurrencia, entre otros; principios que son comunes en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo, lo que ofrece una amplia solvencia al desarrollo del derecho público supranacional. Todas estas prácticas de contratación pública han ido en aumento debido a la visión económica de la demanda de los Estados en sus adquisiciones públicas en función del comercio internacional. Entre las fuentes principales donde encontramos el derecho global de las contrataciones públicas están los acuerdos de integración económica y comercial dirigidos a crear mercados comunes, como los acuerdos de libre comercio, que son normas pactadas que los propios Estados a través de sus mandatarios negocian, aceptan y se obligan a cumplir, generando voluntariamente nuevas reglas de derecho administrativo global¹⁷.

En el sector de la contratación pública los principios generales son los que construyen un derecho global de las compras administrativas, principios que parten de los postulados del Estado de derecho, lo que significa que los principales instrumentos internacionales en materia de contratación pública se han construido a causa de los principios de igualdad y no discriminación, transparencia y publicidad, y libre concurrencia¹⁸. Hay quienes han manifestado de forma afirmativa que "en el ámbito de la contratación pública es donde, el desarrollo del derecho administrativo global ofrece más solvencia, precisamente a causa de haberse diseñado sobre los cimientos de los principios tradicionales de la contratación pública, que son prácticamente comunes en casi todos los ordenamientos del planeta inspirados en el derecho de matriz

14 No existe una palabra en español que refleje acabadamente el significado de "*accountability*". El concepto que mejor refleja la acepción de "*accountability*" es rendición de cuentas.

15 BENEDICT KINGBURY, NICO KRISCH y RICHARD STEWART, "El surgimiento del derecho administrativo global", *Revista de Derecho Público*, 2010, p. 6.

16 JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, "El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública", *Revista DIXI*, n.º 15, 2012, p. 9.

17 JUAN CARLOS MORÓN URBINA, "La Influencia de los tratados de libre comercio en la actualización del derecho de las contrataciones peruano", en *Estudios de derecho administrativo. El derecho administrativo iberoamericano. Innovación y reforma*, t. 1, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 373-374.

18 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, "Los principios del derecho global de la contratación pública", óp. cit., pp. 30-31.

romano-germánico"¹⁹. Lo que quiere decir que en el crecimiento del derecho administrativo supranacional los principios de la contratación pública siempre han sido fundamentales, debido a que estos son el pilar de su formación, teniendo en cuenta que, al ser comunes en gran parte de los países, han permitido la elaboración de normas de orden mundial que establecen el régimen de los contratos de la Administración pública internacional, teniendo como función garantizar las licitaciones, con el fin de proteger el interés público común y que estas no se conviertan en el puente para que los gobiernos de turno obtengan beneficios particulares mediante actos de corrupción.

Los principios de la contratación pública han ido creciendo en el ámbito jurídico internacional a través de la jurisprudencia y la doctrina, pues en algunos casos, las legislaciones de los países no los han contemplado en sus marcos normativos, aun así, son estos principios los que mediante pronunciamientos de las cortes y tribunales de justicia han permitido blindar las licitaciones para que estas se ajusten a derecho, lo que quiere decir, desde nuestro punto de vista, que lo que hace global a la contratación pública son sus principios generales. A nivel comercial, las compras de las Administraciones públicas tienen una importante función en el mercado mundial, adquiriendo una buena parte de la riqueza nacional de cada país; la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha expresado que las compras públicas son un componente crucial de la provisión de servicios públicos, la gobernanza y las economías sostenibles con crecimiento inclusivo y que los gobiernos de todo el mundo gastan alrededor de us\$9,5 billones anuales en contratos públicos, lo que en promedio representa entre el 12% y el 20% del producto interno bruto (PIB) de un país²⁰.

La contratación pública es un sector del ordenamiento jurídico público que está en constante evolución, abarcando una buena parte de la riqueza nacional y el PIB de los países del mundo, lo que significa un desarrollo para los mismos, y la obligación de un constante estudio y análisis respecto de este tema. Asimismo, en este ámbito, el derecho comparado juega un importante papel, ya que las actuaciones de cada sistema gubernamental sirven como aporte para mejorar la gestión pública de cada país. A nivel mundial, hay una lucha simultánea por intentar obtener la máxima concurrencia en las licitaciones públicas con el fin de desarrollar un buen procedimiento de contratación

19 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, ERNESTO JINESTA LOBO y KARLOS NAVARRO MEDAL, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, San José de Costa Rica: Konrad Adenauer, 2011, p. 20.

20 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO, *Metodología para la evaluación de los sistemas de compras públicas (MAPS)*, 2016. Disponible en línea: https://www.oecd.org/gov/public-procurement/ES_MAPS_Draft_consultation.pdf [consultado el 30 de noviembre de 2018].

y la consecución de los mejores servicios públicos para el ciudadano²¹; por esta razón, se han venido incorporando a los acuerdos de libre comercio los capítulos de contratación pública estableciendo reglas que permitan que haya participación en las licitaciones públicas de los nacionales de los países partes, a través del principio de trato nacional y no discriminación, con el fin de que se amplíe la libre concurrencia en las respectivas contrataciones, siendo esto un gran avance desde una perspectiva internacional.

Todos estos elementos del derecho de la contratación pública han empezado a tener clara relevancia en América Latina, logrando la creación de nueva legislación con tendencia a modernizar los procesos de compras públicas, haciéndolos más competitivos, aumentando su transparencia, introduciendo plataformas electrónicas²² de compras e incentivando la participación de

21 “Entre los países europeos, la creación de un mercado único –la Unión Europea (UE)– ha arrojado luz sobre la naturaleza excesivamente compleja e intrincada de los marcos de compras y contrataciones públicas de Europa. Los gobiernos europeos ahora han armonizado sus sistemas y, desde 2004, han adoptado regulaciones comunes sobre compras y contrataciones para facilitar el comercio dentro de la región. Se han adoptado nuevas regulaciones para ‘simplificar los procedimientos de compra y contratación pública y hacerlos más flexibles, beneficiando tanto a los compradores como a las empresas, particularmente las pequeñas y medianas’ (UE, 2014). En comparación con los países de la UE, sin embargo, en América Latina la influencia de los mercados comunes y los convenios del comercio internacional en la compra y contratación pública ha sido muy limitado. En América del Sur, la creación del Mercado Común del Sur (Mercosur), integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela como miembros plenos y por Bolivia y Chile como países asociados, llevó a la instauración de un protocolo de contrataciones en 2006. Dicho protocolo tiene por finalidad facilitar la integración económica y el libre comercio (Mercosur, sin fecha), y reconoce que un marco regulatorio común para la compra y contratación pública es fundamental para la transparencia. Además, los proveedores de bienes y servicios en los países miembros no serán objeto de discriminación y los procesos de compras y contrataciones se realizarán de manera transparente, legal, objetiva y justa”. INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, “Compras y contrataciones públicas en América Latina”, en *Gestión financiera pública en América Latina. La clave de la eficiencia y la transparencia*, 2016, p. 352. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Gesti%C3%B3n-financiera-p%C3%BAblica-en-Am%C3%A9rica-Latina-la-clave-de-la-eficiencia-y-la-transparencia.pdf> [consultado el 27 de noviembre de 2018].

22 Respecto de la evolución de las nuevas tecnologías de la información y comunicación es importante señalar que: “En cuanto a la compra y contratación pública, la TIC fue inicialmente diseñada para facilitar la difusión de información en línea. Proporcionó un medio para que las entidades compradoras pudieran hacer públicos sus planes de compra y contratación, ampliando así las oportunidades de hacer negocios. Actualmente, las herramientas de TIC que se han desarrollado en respuesta a las necesidades de las entidades contratantes permiten a los gobiernos lograr un equilibrio entre la escala y la flexibilidad del diseño de los sistemas de compra y contratación, algo imposible algunas décadas atrás (Santos, 2011). Las herramientas incluyen portales transaccionales para dar soporte a las subastas inversas y los catálogos electrónicos, así como también a planes de compra y contratación en línea y registros de proveedores. La eficiencia y transparencia ofrecidas por esas herramientas han elevado la competencia como resultado de las licitaciones abiertas, mejorado la gestión

pequeñas y mediana empresas; de esta manera, se han creado nuevas agencias para regular, coordinar y administrar las compras de la Administración, estandarizar los procesos y minimizar la duplicación de los esfuerzos en el sector público²³. En todos los países ha habido desarrollos muy recientes²⁴, pues este es un sector del ordenamiento jurídico que requiere estar en constante renovación; asimismo, los países, además de su normatividad nacional, van adoptando constantes acuerdos con otros países como los tratados de libre comercio, que constituyen como una de sus partes fundamentales capítulos de contratación pública, en donde el pilar principal es, generalmente, el principio de trato nacional y no discriminación²⁵.

En el derecho administrativo resulta ser de gran importancia los principios generales de la contratación pública, debido a que estos son los criterios inspiradores del sistema normativo de esta disciplina, los cuales fortalecen las garantías pertinentes para que la Administración actúe en derecho. Los principios son los encargados de expresar la obligatoriedad que tienen las entidades públicas de actuar con transparencia, fomentando la igualdad y libre competencia, y esto se debe reflejar en su actuación, con el cumplimiento del deber de adjudicar el contrato a la mejor oferta, sin favorecer a nadie en perjuicio de otro²⁶.

Algunos de los principios que se han tenido en cuenta para este trabajo son los de igualdad de los oferentes, libre competencia, transparencia y no

de la cadena de suministro mediante el rastreo en línea de los resultados de las contrataciones, y facilitado la gestión de contratos mediante mecanismos de pago electrónico". *Ibíd.*, pp. 351-352

23 GUILLERMO ROZENWURCEL y GABRIEL BEZCHINSKY, *Compras públicas en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2012, p. 11.

24 Plataformas como la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE) del Estado Uruguayo, el Portal de Compras Públicas denominado Compras Gouvernementais del Gobierno Federal de Brasil, la Dirección de Compras Públicas de Chile Chilecompra, el portal de Compras Públicas de la República de Argentina Compr.Ar, el Sistema Electrónico de Información Pública Gubernamental denominado Compranet de los Estados Unidos Mexicanos y la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, son algunos ejemplos del crecimiento y la modernización de los procesos de compras en América Latina.

25 El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-RD) ha introducido cambios normativos y administrativos a nivel nacional para adaptar los principios del acuerdo respecto de su capítulo de contratación pública. Honduras, por ejemplo, ha eliminado una cláusula de su sistema de contratación pública que exigía a las empresas extranjeras actuar a través de empresas nacionales para participar en sus licitaciones y República Dominicana ha sancionado una ley de compras y contrataciones públicas que contiene cláusulas relativas a la transparencia y la no discriminación, y que reduce la participación nacional en obras de construcción. INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, "Compras y contrataciones públicas en América Latina", *óp. cit.*, pp. 352-353.

26 JAIME RODRÍGUEZ ARANA, JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, ERNESTO JINESTA LOBO y KARLOS NAVARRO MEDAL, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, *óp. cit.*, pp. 19-30.

discriminación, los cuales han sido reconocidos en la contratación pública internacional, que los ha decretado como la base primordial del proceso contractual de la Administración pública²⁷.

El principio de igualdad de los oferentes se caracteriza por tener como objetivo principal que cada uno de los proponentes, sin exclusión alguna, tenga las mismas oportunidades y se le dé el mismo trato, el cual debe ser imparcial y sin ningún tipo de favoritismo, solo teniéndose en cuenta el cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de la oferta más favorable para los intereses de la administración, tal como lo ha sostenido Miguel Marienhoff afirmando que: "la referida igualdad exige que, desde un principio de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de este, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando, con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas"²⁸.

Respecto del principio de igualdad de trato y no discriminación, se ha tomado como la base de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y tiene estrecha relación con el principio de transparencia, ya que a través de este se puede garantizar su cumplimiento. Otro de sus objetivos es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exigiendo que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas, lo que implica que se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores²⁹.

El principio de libre concurrencia es el derecho de los interesados a comparecer con sus respectivas ofertas al llamado a licitación que realiza la Administración pública, con la finalidad de que se obtenga la mayor cantidad de ofertas y lograr adquirir la más conveniente para la ejecución del contrato. Sobre este principio se refiere, igualmente, Miguel Marienhoff, explicando que "la base ético-jurídica de la licitación pública radica en que haga oferta todo aquel que, hoyándose en condiciones legales, desee presentarse formulando su proposición. Supónese razonablemente que, si varios interesados hacen

27 En ese sentido, José Antonio Moreno Molina explica lo siguiente: "Entre los principios de la contratación pública sobresale por encima de los demás el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación, que habrán de respetarse en todo caso y a lo largo del completo proceso selectivo. Pero junto al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, notablemente reforzados con la reciente introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación". JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, "Principios Generales de la contratación pública en el reciente derecho internacional, europeo y de América Latina", *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 44, 2015, p. 56.

28 MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4.ª ed., Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1970, p. 204.

29 JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, "Principios generales de la contratación pública en el reciente derecho internacional, europeo y de América Latina", *óp. cit.*, p. 59.

su ofrecimiento, ello permitirá seleccionar al co-contratante de la Administración pública que ofrezca condiciones más ventajosas, sobre la base de una comparación objetiva entre las diversas ofertas³⁰.

A su vez, el principio de transparencia es el encargado de buscar las garantías de protección de los principios de igualdad y libre concurrencia, a través de la publicidad y de la imparcialidad de la Administración pública, asimismo, alejando del proceso licitatorio cualquier factor político, vínculo familiar o económico que pueda beneficiar a un oferente por encima de los demás. Este principio se fundamenta en la garantía de la igualdad de oportunidades de los oferentes, mediante herramientas de publicidad que den a conocer todos los documentos del proceso, para que pueda haber la efectividad del derecho a la impugnación sobre las decisiones que no se basan en la estricta sujeción legal de las bases.

Los aspectos esenciales que sustentan el principio de transparencia son el procedimiento de selección, la publicidad en las actuaciones, la objetividad, licitud y proporcionalidad de los pliegos de condiciones y la motivación de los actos administrativos expedidos en la actividad contractual o con ocasión de ella. El procedimiento de selección debe ser el que resuelva la manera como se realiza la contratación, ajustándose siempre a los parámetros de la ética pública, a través del análisis de las ofertas más ventajosas y la escogencia de la que brinde más seguridad y cumplimiento para el beneficio de interés general. La publicidad en las actuaciones debe lograr la posibilidad de conocer y controvertir toda la actividad contractual. La objetividad, licitud y proporcionalidad de los pliegos de condiciones o bases deben garantizar que los requisitos sean imparciales, esto quiere decir que estén amparados jurídicamente, que el procedimiento se guíe por la normatividad de contratación pública y la elección sea proporcional a las bases de cada contratación. Por último, el razonamiento de los actos administrativos expedidos en la actividad contractual o con ocasión de ella es fundamental, debido a que estos deben argumentarse en forma detallada y precisa al igual que los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de quedar desierto el proceso de escogencia³¹. Por consiguiente, este principio, el cual podemos considerar como el garante de los principios de igualdad de los oferentes y libre concurrencia, previene favoritismos y arbitrariedad en la licitación pública, exige claridad, precisión y ningún tipo de desacierto en el pliego de condiciones, con el fin de que los licitadores comprendan su alcance y si es o no conveniente para cada oferente en particular, y por otra parte, la entidad adjudicadora pueda verificar que las

30 MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, óp. cit., p. 201

31 LUIS ALONSO RICO PUERTA, *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, 9.ª ed., Bogotá: Editorial Leyer, 2015, pp. 303-309.

ofertas presentadas responden a lo buscado por el respectivo contrato que se esté licitando³².

2. EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CHILE Y COLOMBIA

El Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia tomó sus inicios con el Acuerdo de Complementación Económica ACE-24, celebrado entre ambos países el 6 de diciembre de 1993, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), creada mediante el Tratado de Montevideo en 1980. El 27 de noviembre de 2006 fue suscrito el Acuerdo de Libre Comercio, denominado Protocolo Adicional, el cual entró en vigor el 8 de mayo de 2009; este fue aprobado en Colombia a través de la Ley 1189 de 2008 y declarado exequible por la Corte Constitucional Colombiana mediante sentencia C-031 del 24 de enero de 2009, y en Chile fue aprobado por el Congreso Nacional mediante oficio n.º 7348, del 20 de marzo de 2008, de la Cámara de Diputados y promulgado mediante el Decreto 54 del 24 de marzo de 2009.

Los objetivos de este acuerdo de libre comercio son obtener un desarrollo equilibrado y armónico de las partes, eliminar los obstáculos al comercio bilateral de bienes y servicios, coordinar la ejecución de políticas comerciales y ambientales, incrementar las oportunidades de inversión y lograr la apertura de los mercados de adquisición de bienes y servicios de las entidades públicas a través del capítulo de contratación pública. Este acuerdo está también encaminado a extinguir barreras arancelarias, estrechar los vínculos comerciales entre ambas naciones, fomentar la libre competencia y generar empleos.

En la actualidad, además del Acuerdo de Libre Comercio que desde 2012 liberaliza totalmente el comercio del 100% del universo arancelario, Chile y Colombia han suscrito el Acuerdo de Complementación Económica (ACE-24), anteriormente mencionado, un acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (BIT) y un convenio para evitar la doble tributación, esto en el ámbito comercial. El actual Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia consta de 22 capítulos, y a partir del 13.º capítulo de contratación pública se fija la apertura de los mercados de compras de bienes y servicios públicos, en condiciones de igualdad y en un marco de transparencia, determinado cláusulas encaminadas a asegurar un trato nacional y no discriminatorio para los proveedores de bienes y servicios originarios de Chile y Colombia al igual que algunas reglas para los procesos de licitación pública.

32 JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, "Principios generales de la contratación pública en el reciente derecho internacional, europeo y de América Latina", óp. cit. p. 59.

3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS PRINCIPIOS EN EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CHILE Y COLOMBIA

El Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Colombia fue el primer acuerdo comercial negociado por Chile y un país suramericano que incluyó el capítulo de contratación pública³³, y el segundo acuerdo comercial suscrito por Colombia que incluía este capítulo, dando paso como objetivo principal, a la aplicación del principio de trato nacional y no discriminación, incluyendo de esta manera normas que garantizan la transparencia, el acceso a la información por parte de los oferentes, los plazos de presentación de ofertas, las condiciones para participar y, en general, toda la publicidad necesaria para darle cumplimiento a este principio fundamental. En Chile, las compras públicas representan un monto que asciende al 6% en transacciones PIB aproximadamente³⁴, mientras que en Colombia representan el 13% del PIB, lo que hace al Estado el principal comprador de la economía nacional³⁵; ello quiere decir que estas compras asumen una labor significativa en el desempeño económico de cada uno de estos países.

Tratándose de su contenido, el acuerdo establece en materia de contratación pública que, en aras de velar por el principio de trato nacional y no discriminación, que es la base fundamental de esta materia, ninguna de las partes puede presentar actos discriminatorios en contra de un proveedor local con el pretexto de que las mercancías o los servicios ofrecidos por dicho proveedor para una contratación pública son mercancías o servicios de otra parte. De otro lado, para la contratación pública cubierta por este acuerdo, la entidad contratante debe publicar con anticipación un aviso invitando a los proveedores interesados en presentar ofertas, con el fin de que se obtenga la máxima concurrencia posible. El 13.º capítulo del Acuerdo posee 20 artículos y un anexo 13.1, que cuenta con la sección A, en la que se encuentran las entidades del nivel central de gobierno; la sección B, en donde se encuentran las entidades de nivel subcentral de gobierno; y la sección C, en la que se encuentran las demás entidades cubiertas. Este capítulo abarca todo lo referente a la contratación pública y busca lograr la apertura de los mercados de

33 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE, Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON). Disponible en línea: <https://www.direcon.gob.cl/2017/06/acuerdo-de-libre-comercio-chile-colombia-2/> [consultado el 15 de diciembre de 2018].

34 Véase FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Compras Públicas y Libre Competencia. Serie Sector Público y Mercados, 2011. Disponible en línea: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf> [consultado el 30 de noviembre de 2018].

35 Véase COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, Guía de Competencia en las Compras Públicas, 2018. Disponible en línea: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_competencia_0.pdf [consultado el 30 de noviembre de 2018].

adquisición de bienes y servicios de las entidades públicas y obtener la mayor concurrencia de oferentes para la satisfacción del interés público de ambos países, todo esto en condiciones de igualdad y transparencia.

En cuanto al ámbito de aplicación del capítulo de contratación pública del Acuerdo, recae a cualquier modalidad contractual, incluida la compra y el alquiler con o sin opción de compra, contratos de construcción y contratos de concesión de obra pública. De igual forma, excluye una serie de contratos establecidos en el numeral 2.º del artículo 13.1 del Acuerdo, destacando la contratación pública de servicios bancarios, financieros o especializados referentes a actividades de contratación de deuda pública y administración de pasivos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el capítulo cubre las contrataciones que superen un umbral en derechos especiales de giro (DEG), que son un activo de reserva internacional creado por el Fondo Monetario Internacional para complementar las reservas oficiales de los países miembros. La composición de los DEG se hace mediante una cesta de cinco monedas, que son el euro, el dólar de EE. UU., el renminbi chino, la libra esterlina y el yen japonés, y su función es la de determinar el valor máximo estimado por el periodo completo de duración de la contratación pública para calcular el valor de un contrato y así comprobar si la contratación se encuentra o no cubierta por este acuerdo. Los valores de dichos umbrales son los siguientes:

TABLA 1
VALORES DEL UMBRAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ALC CHILE-COLOMBIA

Categoría	Entidades de nivel central de gobierno	Entidades de nivel subcentral de gobierno	Otras entidades
Bienes y servicios	50.000	200.000	220.000
Contratos de construcción	5.000.000	5.000.000	5.000.000

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos en el ALC Chile-Colombia.

Se encuentra que el Acuerdo contempla como eje fundamental, en materia de contratación pública, el principio de trato nacional y no discriminación, lo que significa que tanto Chile como Colombia se obligaron a otorgarle a las mercancías, los servicios y los proveedores de la otra parte un trato no menos favorable que el que se le otorgue a sus propias mercancías, servicios y proveedores, lo que quiere decir que todos los oferentes que son parte dentro del Acuerdo deben recibir un trato favorable para sus ofertas y estas ofertas tienen que ser tratadas como ofertas nacionales para efectos de la contratación con entidades públicas, sin que por ningún motivo se trate con más favorabilidad a las ofertas nacionales de cada país. De igual modo,

este se rige por los principios generales de la contratación pública mencionados durante el desarrollo de este artículo, que se han considerado la base jurídica de las compras públicas realizadas en ocasión de este y que buscan lograr adquisiciones que respondan a los criterios de una compra eficiente que lleve a las partes a la elección de proveedores que ofrezcan una adecuada combinación de costo y calidad, lo que conlleva a la adquisición de la oferta más favorable.

a. En primera instancia, este acuerdo contempla el principio de igualdad de los oferentes, que se manifiesta mediante el principio de trato nacional y no discriminación, contemplado en el artículo 13.2; su función es lograr que todos los oferentes reciban el mismo trato, sin importar su nacionalidad, entendiéndose que debe otorgarse a cada parte un trato igualitario al trato más favorable que las partes otorguen a sus propias mercancías, servicios y oferentes. Las partes de este acuerdo deben respetar el principio de igualdad de trato a los oferentes evitando cualquier tipo de discriminación por razón de nacionalidad.

b. Respecto al principio de libre concurrencia, el Acuerdo determina que, para cada llamado a licitación pública, la entidad licitante debe publicar con anticipación un aviso invitando a los interesados a presentar ofertas; estos avisos deben ser accesibles durante todo el periodo dado como plazo para la presentación de las ofertas y deben contar con una descripción de la futura contratación, especificar las condiciones o bases que se deben cumplir para participar, publicar el nombre de la entidad contratante y los plazos para la presentación de las ofertas; asimismo, el procedimiento de licitación debe ser abierto, con el fin de que cualquier interesado pueda participar garantizando de esta manera el principio de libre concurrencia.

Por lo general, este tipo de acuerdos de contratación pública requiere contar con un medio electrónico para que la información de las licitaciones sea publicada en este, garantizando así que se pueda obtener la máxima concurrencia en los llamados a licitación; el Acuerdo establece que, si la entidad contratante no publica toda la documentación de la licitación por este medio electrónico, debe garantizar que la misma se encuentre disponible para cualquier proveedor que la solicite. Tanto Chile como Colombia cuentan con un medio electrónico para la pertinente publicidad de sus licitaciones, lo que permite un mejor cumplimiento de los principios de la contratación pública.

El gobierno chileno cuenta con una dirección llamada ChileCompra, que es la institución encargada de administrar la plataforma de compras públicas de Chile. Esta entidad basa sus labores en la transparencia, la eficiencia, la accesibilidad y la no discriminación; fue creada con la Ley de Compras Públicas n.º 19.886 y comenzó a funcionar el 29 de agosto de 2003. La constitución de este completo sistema de contratación pública electrónica convierte a Chile en un referente mundial en este ámbito, lo que ha hecho que se utilice como

un ejemplo a nivel comparado³⁶. A su vez, el gobierno colombiano creó Colombia Compra Eficiente (CCE), que es la Agencia Nacional de Contratación Pública, creada mediante el Decreto Ley 4170 del 3 de noviembre de 2011, y que tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización de los partícipes en los procesos de compras, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

c. Otro principio importante que se ha aplicado en el Acuerdo en materia de contratación pública es la transparencia. El mismo establece que en los procesos licitatorios se debe contar con la publicidad necesaria para la garantía de este, informando los plazos establecidos, los cuales deben contar con una duración pertinente, que permita que los oferentes puedan preparar y presentar ofertas adecuadas conforme a la naturaleza y complejidad de la contratación; para ello, este acuerdo establece en el numeral 2.º del artículo 13.5 como mínimo diez días entre la fecha de publicación de la licitación y la fecha de presentación de las ofertas. También se estipula en el 14.º capítulo la transparencia como garantía de las actuaciones administrativas, legislativas y judiciales, y exige que las partes se comprometan a brindar la publicidad, notificación y suministro de información necesario para la protección de este principio.

También son de aplicación en el ámbito de las contrataciones cubiertas por este acuerdo el principio de imparcialidad, el debido proceso, la buena fe y la publicidad, respecto de este último, el acuerdo establece en su artículo 14.2 que cada parte debe garantizar que sus leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas sean publicados sin ningún tipo de retrasos y que se encuentren disponibles para que cualquier persona interesada, así como la otra parte, tengan conocimiento de ellos.

Además, la legislación colombiana establece en su Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) como principios determinantes en la contratación estatal el principio de economía, que dispone que las normas de selección deberán cumplirse y estructurarse de manera que se surtan las etapas estrictamente necesarias para asegurar la selección de la oferta más favorable. Asimismo, se señalarán términos preclusorios y perentorios, asegurando el uso de la menor cantidad de recursos (artículo 25). El principio de responsabilidad establece que son responsables tanto los contratistas como las entidades públicas y sus funcionarios por sus actuaciones durante el proceso de selección, por lo que deberán responder por los perjuicios que se puedan causar a los proponentes o a los contratistas (artículo 26). Y el principio de ecuación contractual señala que en los contratos públicos se debe mantener la igualdad o equivalencia entre las partes frente a sus derechos y

36 Véase al respecto ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ. "El sistema electrónico de contratación pública Chileno: Chilecompra", *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016. pp. 363-388.

obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, garantizando un equilibrio contractual (artículo 28).

4. TRATO NACIONAL Y NO DISCRIMINACIÓN

El principio de trato nacional y no discriminación tomó sus inicios mediante el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT) en 1947, que consiste en que sus países partes se obliguen a evitar políticas proteccionistas, con el fin de incentivar el intercambio de bienes y colaborar en el crecimiento de la economía de los países. Como parte fundamental del acuerdo, los países establecieron que la única manera de alcanzar el trato nacional era prohibiendo la aplicación de medidas discriminatorias a los productos extranjeros³⁷.

El principio de trato nacional empezó a aplicarse en la contratación administrativa mediante el Acuerdo Sobre la Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994, y puesto en vigencia desde el 1.º de enero de 1996, acuerdo del que no hace parte ningún país de Suramérica, pero al que Chile y Colombia pertenecen en calidad de observadores. Su objetivo es salvaguardar la balanza de pagos, promover el desarrollo de la producción nacional, apoyar a los establecimientos industriales que dependan de la contratación pública y fomentar su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o generales entre países en desarrollo³⁸. A partir de 1990, la contratación pública comienza a incluirse en los distintos acuerdos de libre comercio, los cuales toman como base las mismas disciplinas del Acuerdo de la Contratación Pública de la OMC, que son el trato nacional (amparado por los principios de igualdad de las partes y libre competencia), la no discriminación y la transparencia³⁹, y se busca con esta inclusión que se conduzca al logro de un mercado más abierto para las compras públicas a nivel mundial.

La aplicación del principio de trato nacional y no discriminación ha sido un tanto compleja, debido a que se constituye una tendencia de favorecimiento a las empresas nacionales. Estas actitudes proteccionistas se fundamentan en el impulso económico que este tipo de contrataciones puede generar a un país, así como la confianza que generan los bienes y servicios propios o el hecho de evitar la ruptura de los vínculos comerciales con empresarios nacionales⁴⁰. Estas prácticas de discriminación en las compras públicas generan impedimentos que

37 LUIS CAZALI, "El principio de trato nacional en las compras de gobierno centroamericanas", *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 17, 2017, pp. 2-3.

38 Véase Organización Mundial del Comercio, Acuerdo de Contratación Pública (APC).

39 GUILLERMO ROZENWURCEL y GABRIEL BEZCHINSKY, *Compras públicas en América Latina y el Caribe*, óp. cit., p. 157.

40 JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, *Derecho global de la contratación pública*, México: Ubijus, Editorial, 2011, pp. 41-44.

evitan una efectiva administración de los recursos públicos. Por el contrario, un proceso abierto a la competencia puede coadyuvar en la optimización de estos recursos y la obtención de bienes y servicios de la mejor calidad. Por esta razón, este principio se puede considerar como un mecanismo que disminuye cualquier tipo de trato preferencial y promueve la transparencia y la libre concurrencia⁴¹.

El principio de trato nacional y no discriminación es el pilar fundamental de todo acuerdo internacional de contratación pública y este principio se ha construido con base en los principios generales de la contratación pública, como el de igualdad de trato, el de transparencia y el de libre concurrencia. La relación del trato nacional y no discriminación con el principio general de igualdad de las partes es muy clara, pues la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la exigencia de un trato no menos favorable que el más favorable dado a los locales constituyen una expresión específica del principio general de igualdad de trato. Asimismo, la relación de este con el principio general de transparencia se basa en la obligación de su aplicación para que se pueda permitir que la autoridad pública se asegure que el proceso es transparente, que no hay en él ningún vínculo con prácticas corruptas o ilegales y que todos los principios son respetados⁴². Por último, el trato nacional y no discriminatorio se relaciona con el principio general de libre concurrencia, puesto que al brindarse las garantías necesarias para que haya igualdad sin importar la nacionalidad, se logra la máxima concurrencia posible y con esto la mejor contratación, con los productos y servicios de mejor calidad, con un resultado que genera la satisfacción del interés general.

5. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD APLICADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Para que un acuerdo de libre comercio sea válido en Colombia deben intervenir las tres ramas del poder público: la rama ejecutiva, la rama legislativa y la rama judicial. La rama ejecutiva interviene a través del presidente de la República, a quien le corresponde la negociación, adopción y firma del texto, la rama legislativa lo aprueba o imprueba mediante una ley ordinaria elaborada por el Congreso de la República; y por último, la rama judicial interviene a través de la Corte Constitucional, la cual decide sobre la exequibilidad del acuerdo y de la ley aprobatoria, ejerciendo el control de constitucionalidad

41 INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, "Compras y contrataciones públicas en América Latina", *óp. cit.*, pp. 355-356.

42 ENRIQUE DÍAZ BRAVO, "Los principios de la contratación administrativa: El Acuerdo de Asociación Chile - Unión Europea", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 22, 2016, p. 6.

sobre el acuerdo, con el fin de determinar si se ajusta o no a la Constitución Política de Colombia.

Siguiendo estos parámetros legales, mediante la sentencia C-031-09^[43], la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites procedimentales, hace su pronunciamiento sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República de Colombia, decidiendo su exequibilidad según lo dispuesto en el artículo 241, numeral 10, de la Constitución Política de Colombia, que establece que la función de la Corte es confrontar las disposiciones del acuerdo internacional y de la ley aprobatoria con la totalidad de los preceptos constitucionales a fin de determinar si se ajustan o no a la constitución colombiana.

La Corte, en su razonamiento, examina primeramente que el preámbulo del acuerdo efectivamente apunta a demostrar los grandes objetivos que las partes persiguen con su adopción, como son, entre otros, estrechar los vínculos de amistad, solidaridad y cooperación entre ambas naciones. Asimismo, determina que las disposiciones sobre contratación pública del acuerdo se ajustan a los principios que orientan la contratación pública en Colombia, y explica que este capítulo de contratación busca aperturar los mercados de adquisición de las entidades gubernamentales en condiciones de igualdad, a través de un trato nacional y no discriminatorio y políticas de transparencia, mediante la publicidad en medios electrónicos, en donde Chile es uno de los países latinoamericanos que está a la vanguardia en su aplicación.

En cuanto a la contratación pública, explica la Corte que, producto de la tendencia del derecho administrativo global, se han examinado los obstáculos que se pueden generar en esta materia, teniendo en cuenta que cualquier Estado puede establecer las restricciones que estime pertinentes respecto de los ciudadanos extranjeros, en cuanto a su ingreso, su regularización o su situación laboral, bajo la manifestación de la discrecionalidad con la que cuenta para brindar la protección a la soberanía nacional, pero debe tenerse en cuenta que esa soberanía se puede autolimitar producto de la suscripción de acuerdos internacionales, en los que se obligan a, por ninguna razón, otorgar un trato distinto a determinados extranjeros, ofreciendo un trato equivalente al trato que se le da a sus nacionales. El principio de trato nacional y no discriminación es el garante de que no se establezcan prácticas proteccionistas por parte de la Administración a la hora de realizar las determinadas licitaciones, preservándose el derecho que tienen todos los interesados nacionales de ambos países partes, a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas

43 Corte Constitucional, Sala plena, sentencia C-031 del 28 de enero de 2009, expediente LAT-323.

oportunidades desde el inicio del proceso licitatorio hasta la adjudicación de un determinado contrato.

Por último, la Corte Constitucional abarca la obligación que tiene cada país parte del acuerdo de legislar en materia de contratación pública, aplicando en su normativa los principios de igualdad de las partes, libre concurrencia y transparencia, como elementos de control integral que mejoran la eficacia y la eficiencia en los procedimientos de contratación, pues son estos principios los que blindan este tipo de acuerdos al garantizar la publicidad, la no discriminación y la libre competencia en los procesos licitatorios que realice cada una de estas Administraciones.

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana tiene una fuerza vinculante en materia de contratación pública internacional, teniendo en cuenta que abarca la importancia del principio de trato nacional y no discriminación en este tipo de acuerdos comerciales, estableciendo la trascendencia de una apertura del proceso de contratación pública a la competencia internacional, tal como lo ha determinado la Organización Mundial del Comercio.

En consecuencia, el cumplimiento de las recomendaciones de la Corte Constitucional por parte de las entidades contratantes de ambos países, la cual deja a discrecionalidad de cada uno de ellos la aplicación de mejores regulaciones y mecanismos de control encaminados a satisfacer el interés general, es un importante desafío, teniendo en cuenta que evitar esa tendencia de los gobiernos de favorecer a sus proveedores requiere del ejercicio de facultades que eleven los factores de transparencia, eficiencia, eficacia y, en particular, respeto a la no discriminación.

6. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA DE CHILE Y COLOMBIA

En Chile, la regulación del sistema de contratación pública se encuentra en la Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establece la celebración de contratos por parte de la Administración y determina que el procedimiento concursal debe guiarse por los principios de libre concurrencia e igualdad de los oferentes (artículo 9.º).

La primera ley que regula en materia de compras públicas en Chile es la Ley n.º 19.886, Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, promulgada en 2003 y creada con el fin de regir los contratos que celebre la Administración del Estado para el suministro de bienes y servicios que requiera en desarrollo de sus funciones. Esta normativa carece de pronunciamientos específicos sobre la magnitud legal de los principios de la contratación pública y aunque hace referencia a la importancia de la igualdad de los oferentes, libre concurrencia, transparencia y estricta sujeción a las bases, no estipula taxativamente los principios de la contratación pública,

lo que ha llevado al precedente judicial⁴⁴ a suplir ciertos vacíos mediante la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, entidad que ha complementado el desarrollo normativo de estos principios pronunciándose en diferentes dictámenes sobre la magnitud e importancia de estos en la contratación pública chilena.

En Colombia, la contratación pública se encuentra regulada, en principio, por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), por medio del cual se establecen reglas y principios que regulan la actividad contractual del Estado. Esta ha sido complementada por la reciente Ley 1882 de 2018, la cual adiciona, modifica y establece algunas disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia. Adicionalmente, este país cuenta con un muy amplio marco legal que ha sido objeto de varios estudios, reformas, complementaciones, modificaciones y jurisprudencia, buscando a través de este desarrollo normativo la protección de los intereses del Estado respecto de los intereses particulares.

En cuanto al marco constitucional y sus pronunciamientos jurisprudenciales respecto de la contratación pública en Colombia, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que:

El fin de la contratación pública en el Estado social de derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar a nombre de la Administración, las tareas acordadas"⁴⁵.

Por otra parte, la Corte se ha referido a los principios de la contratación pública como el fragmento sustancial de la actividad contractual del Estado, dado que estos garantizan que las entidades públicas actúen con equidad y transparencia, fomentando el bien común y protegiendo el interés general de un país.

Uno de los principales avances de la normatividad colombiana en materia de contratación estatal es la aplicación de la contratación pública electrónica. Según el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 10 de la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 4170 de 2011 por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente administra SECOP II, una nueva versión del Sistema Electrónico de Contratación Pública, que pasa de la

44 Los pronunciamientos administrativos emitidos por la Contraloría General de la República pueden considerarse un precedente de obligatorio cumplimiento que sirve a la Administración para su aplicación en casos futuros. Sobre la materia, véase ENRIQUE DÍAZ BRAVO, "La Contraloría General de la República de Chile, como foro de tutela de la contratación pública", *Observatorio de Contratos Públicos* 2016.

45 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009, expediente D-7663.

simple publicidad a una plataforma transaccional que permite a los oferentes realizar el proceso de contratación en línea. Asimismo, Colombia Compra Eficiente ha determinado que las entidades estatales de régimen especial deben hacer ajustes a sus manuales de contratación para la correcta atención de los acuerdos comerciales, cuando estos son aplicables a los procesos de contratación, tomando como presupuesto principal el principio de trato nacional y no discriminación⁴⁶, siendo este un gran desarrollo del Estado colombiano en materia de contratación estatal, el cual garantiza la inclusión de los oferentes extranjeros en los procesos contractuales.

Siguiendo estos lineamientos, el Departamento Nacional de Planeación ha hecho énfasis en la obligatoriedad del cumplimiento de los principios establecidos en los capítulos de contratación de los acuerdos internacionales firmados por Colombia, disponiendo que los funcionarios encargados de los procesos contractuales deben operar en la configuración de los documentos del proceso y, en general, en su gestión contractual. También deben hacerlo en la aplicación de un trato no menos favorable que el trato más favorable que la entidad contratante conceda a los oferentes nacionales, con base en la aplicación del artículo 20 de la Ley 80 de 1993, el cual consagra de manera expresa para los extranjeros el principio de reciprocidad y trato nacional, de acuerdo con el cual en los procesos de contratación se le deberá conceder al proponente extranjero el mismo tratamiento y las mismas condiciones, requisitos y procedimientos concedidos a los nacionales. Indistintamente, esta corporación ha regulado, además, que la entidad contratante no puede imponer como condición para que un proponente participe en un proceso de selección que este haya sido adjudicatario previamente de uno o más contratos de una entidad estatal del país en el cual se hace la contratación o que el proponente tenga experiencia de trabajo previa en el territorio nacional, a menos que se demuestre que esta sea una exigencia estrictamente necesaria⁴⁷. Por último, en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 también reafirma que en la planeación del proceso, la cual está vinculada con el principio de legalidad, por lo que es determinante en la validez del contrato público, al estimarse los criterios con los que se seleccionará al proveedor en los estudios y documentos previos, estos deben contener, entre otros elementos, una indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial y debe ser publicado por medio del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPI) para que los oferentes extranjeros puedan acceder a ellos de manera transparente.

46 Véase COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, "Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación".

47 Véase DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, "Manual explicativo de los Capítulos de Contratación Pública de los Acuerdos Comerciales negociados por Colombia para Entidades Contratantes".

7. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

El derecho de las contrataciones públicas ha tomado fuerza en los últimos años a nivel global. La mayoría de las entidades públicas internacionalmente reconocidas lo han adoptado en sus normativa y pronunciamientos jurisdiccionales⁴⁸, con el fin de lograr la máxima concurrencia en los procesos licitatorios para de esta manera, obtener los mejores bienes y servicios públicos, que garanticen la protección del interés general. Todos estos aportes a la actividad pública contractual a nivel supranacional han sido obtenidos mediante los principios de la contratación pública, los cuales han construido un ordenamiento jurídico comunitario a través de recomendaciones y normatividad tanto nacional como internacional, que se ha centrado en blindar este tipo de contratos mediante la igualdad de los oferentes, la transparencia, la libre concurrencia y la prohibición de cualquier tipo de discriminación.

A continuación, algunos de los pronunciamientos y normativas realizados por entidades supranacionales en materia de contratación pública:

a. *Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio*: El objetivo fundamental de este acuerdo es la apertura de los mercados de contratación pública a la competencia internacional, inspirándose en principios esenciales que constituyen la base del sistema multilateral de comercio⁴⁹, brindando garantías de trato nacional y no discriminación a los proveedores de las partes, con respecto a la contratación de bienes y servicios públicos, lo que significa que los bienes y servicios extranjeros deben recibir el mismo trato que los nacionales evitándose cualquier tipo de obstáculo comercial. Este sistema de comercio público abierto, implementado por la Organización Mundial del Comercio, ha sido tomado como ejemplo para la creación de los acuerdos de libre comercio de los distintos países, debido a que genera un crecimiento económico recíproco, incrementa la concurrencia, acentúa la innovación y fomenta la libre competencia.

b. *Ley modelo de contratación pública de las Naciones Unidas*: Esta ley modelo es un texto legal preparado por Naciones Unidas para que los países interesados consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna. Su objetivo es lograr un buen uso de los recursos y evitar las malas prácticas en los procesos de licitación⁵⁰. La ley modelo permite a las entidades contratantes explotar las técnicas comerciales modernas, como son la contratación pública electrónica y los acuerdos marco, con la finalidad de dar el mejor uso posible a los recursos públicos. Asimismo, apoya a los países en desarrollo y los países en economías en transición para que puedan mejorar sus regímenes de

48 JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, *Derecho global de la contratación pública*, óp. cit., pp. 1-7.

49 Véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Acuerdo de Contratación Pública (APC)*.

50 Véase COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública".

contratación pública y sus relaciones económicas internacionales a través de la objetividad, la igualdad, la transparencia, la libre participación y la libre competencia.

c. *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE): Esta organización ha establecido un sistema regulatorio en materia de contratación pública con trascendencia jurídica a nivel internacional. Entre ellos se encuentra la recomendación del Consejo sobre contratación pública que tiene como objeto favorecer la adecuada asignación de los recursos públicos, aportar rentabilidad fomentando una mayor eficiencia en el gasto público y atenuar riesgos como la corrupción que se encuentra arraigada en las contrataciones que representan una grande inversión monetaria⁵¹. Por otra parte, a través de la recomendación del Consejo sobre la integridad de la contratación pública, se denota que los principios trascendentales para adoptar una contratación pública íntegra son la transparencia y la rendición de cuentas, como condiciones clave para la prevención de la corrupción en la actividad contractual, y la buena gobernanza, como garantía de una gestión eficaz de los recursos públicos; también se señala la prevención de malas conductas por parte de los funcionarios y la protección del bien común⁵².

d. *Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública*: En el derecho administrativo de la Unión Europea, la contratación pública es uno de los sectores que más ha avanzado, siendo su legislación un precedente recomendable para los países que buscan avanzar en las buenas prácticas de la contratación pública, debido a que cuenta con reglas ampliamente desarrolladas sobre los procesos de selección, adjudicación y ejecución de los contratos públicos.

La Unión Europea cuenta con una serie de directivas que introducen criterios novedosos tanto sociales como ambientales a las licitaciones. Entre esas directivas se encuentra la 2014/24/UE⁵³, la cual se abarcará por su generalidad y relevancia en cuanto a la contratación pública. Esta tiene como objetivo establecer normas aplicables a los procedimientos de contratación por las entidades adjudicadoras con respecto a los contratos públicos y se basa en los principios generales de igualdad y transparencia, determinando en su artículo 18 que: "los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada". Asimismo, se ha considerado que la adjudicación de contratos públicos debe respetar los principios de libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, pero especialmente debe regirse por los principios

51 Véase ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO, "Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública", 2015.

52 Véase ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO, "Recomendación del Consejo sobre la Integridad de la Contratación Pública", 2008.

53 *Diario Oficial de la Unión Europea*, "Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo", 2014.

que se derivan de estos, como son la igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia.

e. *Jurisprudencia de la Unión Europea*: Como se ha dicho anteriormente, tanto la legislación de la Unión Europea como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia son un referente para las disposiciones internacionales de contratación pública. Este órgano cuenta con una jurisprudencia muy completa en este ámbito jurídico y su doctrina es tenida en cuenta constantemente por el legislador europeo para la toma de razón. Esta corporación internacional cuenta con una legislación conjunta, la cual es aplicada en sus 28 Estados, unificando los procedimientos y prácticas de contratación pública para todos sus países. Por esta razón se hará referencia a algunos de estos importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

– *Sentencia Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*⁵⁴: Esta sentencia, sobre la adjudicación de la gestión de dos aparcamientos ubicados en el municipio de Brixen, enmarca un referente importante en cuanto a los principios de la contratación pública, refiriéndose el órgano en los siguientes términos:

los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

– *Sentencia Telaustria verlags GmbH y Telefonadress GmbH vs. Telekom Austria AG*⁵⁵: En esta sentencia el Tribunal de Justicia hace un balance entre el principio de transparencia y la libre competencia, exponiendo que:

la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

Asimismo, determina que las entidades contratantes están obligadas a respetar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que

54 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Parking Brixen GmbH con Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG, asunto C-458/03 del 13 de octubre de 2005. Juez ponente: José Narciso da Cunha Rodrigues.

55 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, Telaustria verlags GmbH y Telefonadress GmbH con Telekom Austria AG, asunto C-324/98 del 7 de diciembre de 2000. Juez ponente: Vassilios Skouris.

implica una obligación de transparencia que permite que el ente adjudicador se asegure que dicho principio es respetado, resaltando de esta manera la importancia que tienen los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia en cuanto a la adjudicación de un contrato público.

– *Sentencia Comisión de las Comunidades Europeas vs. CAS Succhi di Frutta SpA*⁵⁶: Esta sentencia se suma al precedente de la comunidad europea en cuanto a los principios de la contratación pública, afirmando que:

el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

En cuanto a lo que se refiere al principio de transparencia manifiesta que:

por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

f. *Protocolo sobre contratación pública de MERCOSUR*: El protocolo fue suscrito por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, el 21 de diciembre de 2017, y tiene como objetivo abrir procesos de licitaciones públicas entre estos países en igualdad de condiciones, bajo los principios generales de transparencia e igualdad, los cuales promueven el desarrollo sustentable de los Estados partes. El eje fundamental de este protocolo es también el principio de trato nacional y no discriminación establecido en su artículo 6.

Además de este conjunto de regulaciones internacionales en materia de contratación pública, órganos como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Grupo de Trabajo Sobre Compras del Sector Público del Área de Libre Comercio de las Américas y varios países en sus acuerdos de libre comercio han instaurado sistemas

56 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA, asunto C-496/99 del 29 de abril de 2004. Juez ponente: Romain Schintgen.

regulatorios en esta materia, convirtiéndose en una referencia del derecho comparado de la contratación pública.

CONCLUSIONES

Bajo las anteriores consideraciones, se evidencia que el derecho de la contratación pública es uno de los ámbitos que mejor refleja en la actualidad al derecho administrativo global, debido a su exponencial incremento en los acuerdos bilaterales de carácter internacional, en los acuerdos de libre comercio, y en las normativas y pronunciamientos supranacionales; y aunque no se encuentra constituido formalmente a nivel supranacional como un órgano jurídico, ha dejado un precedente que se ha tomado en consideración para legislar en materia de contratación pública. Por ende, se toma este como un tema de interés muy relevante para la ciencia jurídica en Latinoamérica, y en particular para Chile y Colombia, por encontrarse destinado a la satisfacción de las necesidades públicas y del bien común, tomando como base la doctrina internacional en el ámbito del derecho público, lo que convierte a la contratación pública en una disciplina única, aplicable en cualquier ordenamiento jurídico del mundo.

En cuanto a los principios de la contratación pública, a través de este artículo, se manifestó cuan importantes son, pues sin ellos no habría garantías suficientes para los que deseen acceder a los procesos contractuales de la Administración. Los principios de igualdad de los oferentes, transparencia y libre concurrencia han traspasado fronteras, siendo acogidos por muchas legislaciones y convirtiéndose en principios comunes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, por lo que su crecimiento en el derecho administrativo universal ha hecho que se pueda considerar que, lo que hace global a la contratación pública son sus principios generales, ya que se ha evidenciado en el transcurso de este estudio, que estos principios coinciden con los principios establecidos por las disposiciones de los ordenamientos jurídicos de Chile y Colombia, así como con las disposiciones de carácter internacional aquí analizadas, demostrándose que a nivel internacional los principios de igualdad de los oferentes, libre concurrencia, transparencia y trato nacional y no discriminación, basados estos en una efectiva aplicación de la publicidad, el debido proceso, la imparcialidad, la buena fe, la economía y la responsabilidad como principios generales del derecho, se han comprendido en contexto al cimiento de los reglamentos de contratación pública y que son estos los que han ido creando la normatividad existente en esta materia. De esta forma, el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia, que contiene estos principios reconocidos internacionalmente en el ámbito de la contratación pública, cuenta con las bases suficientes para que se puedan garantizar las contrataciones surgidas mediante este acuerdo; ellos son los que se han encargado de proteger el acceso a estas contrataciones y su incorporación en este acuerdo ha fortalecido las garantías necesarias para que la administración actúe basándose en el

presupuesto de un Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, se requiere la aplicación de mecanismos de control encaminados a vigilar que las Administraciones de ambos países ejecuten su obligatoriedad de cumplir con estándares de transparencia y publicidad protegiendo la igualdad y máxima concurrencia, con el fin de lograr que la adjudicación de los contratos sea transparente y no se decida por intereses particulares o de índole político, pues el respeto de los principios de la contratación pública por parte de las entidades administrativas garantiza una buena competitividad y una mayor posibilidad de participación de oferentes.

La aplicación del principio de trato nacional y no discriminación es elemental para el progreso de las relaciones comerciales encaminadas a avanzar en materia de contratación pública en este acuerdo de libre comercio, pues este principio se encuentra en estrecha relación con los principios de igualdad de los oferentes, libre concurrencia y transparencia, y se necesita de la aplicación de todos ellos para lograr el cumplimiento de las garantías que conllevan a la protección del derecho que tienen las personas cubiertas por este acuerdo interesadas en las licitaciones contractuales de ambos países, a estar en idénticas condiciones al momento de ejecutarse un proceso licitatorio de carácter público. Tal como lo expresó la Corte Constitucional colombiana en su pronunciamiento dirigido a este acuerdo, determinando que el objetivo principal del capítulo de contratación pública es remover cualquier tipo de obstáculo existente entre los países partes en materia de contratación pública, a través de normas que garanticen la igualdad de trato, la no discriminación, la publicidad, la transparencia y la libre concurrencia. Adicionalmente, a través de estos principios se puede encontrar una consonancia con el principio de equivalencia que ha venido desarrollando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco de la contratación pública, a partir del reconocimiento del trato nacional igualitario y no discriminatorio, que se puede identificar como el principio de ecuación contractual desarrollado en Colombia y que en Chile la doctrina, particularmente de la Contraloría General de la República, ha venido desarrollando como el principio de equivalencia en las ecuaciones, que busca materializar el principio de igualdad.

Para el caso del cumplimiento efectivo de las políticas en las que se basan los procesos contractuales que surgen de estos acuerdos, debe tenerse en cuenta que, si bien, efectivamente los principios son protegidos en ambas legislaciones a través del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia, hay dos perspectivas que generan incertidumbre en la práctica. En primer lugar, desde el punto de vista de la participación efectiva de empresas internacionales y de los distintos países, teniendo en cuenta que la mayoría de veces las exigencias establecidas en las bases de una licitación pública tienden a limitar la participación de extranjeros en los procesos contractuales, restringiendo de alguna forma la libre concurrencia y la igualdad de oferentes, por lo que se debe ejecutar un trabajo arduo, que elimine las limitaciones que generan

aquellos requisitos que tienden a ser proteccionistas con sus nacionales, para de esta manera lograr que la teoría sea ejecutada en la práctica contractual; y en segundo lugar, la efectividad de los controles para la vigilancia de la aplicación de estos principios, tomando en consideración la ineficiencia de la institucionalidad de estos dos países en lo que respecta a su contratación pública.

En definitiva, y como se ha evidenciado a lo largo de este artículo, el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia es una oportunidad que tienen los nacionales de ambos países para ampliar el mercado de la contratación pública bilateral, por una parte, a causa de la cantidad de migrantes colombianos que se han establecido en Chile constituyendo empresas de todo tipo de productos y servicios, lo que puede ser tomado como un aumento de la participación de nacionales de Colombia en el mercado público chileno; y por otra parte, producto del Acuerdo de Paz entre el gobierno y la guerrilla de las FARC y de su reciente ingreso a la OCDE, Colombia se deslumbra como un mercado que va a tener un crecimiento significativo en materia de infraestructura y conectividad, el cual llama la atención de empresas o concesiones internacionales y puede ser tomado como un mercado interesante para los inversionistas chilenos.

BIBLIOGRAFÍA

- CAZALI, LUIS. "El principio de trato nacional en las compras de gobierno centroamericanas". *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º 17, 2017.
- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de Competencia en las Compras Públicas, 2018. Disponible en línea: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_competencia_0.pdf [consultado el 30 de noviembre de 2018].
- DÍAZ BRAVO, ENRIQUE. "Los Principios de la Contratación Administrativa: El Acuerdo de Asociación Chile - Unión Europea". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 22, 2016.
- DÍAZ BRAVO, ENRIQUE Y ANÍBAL RODRÍGUEZ LETELIER. *Contratos administrativos en Chile. Principios y bases*. Santiago: Ediciones Universidad Santo Tomás - RIL Editores, 2016.
- DÍAZ BRAVO, ENRIQUE. "La Contraloría General de la República de Chile, como foro de tutela de la contratación pública". *Observatorio de Contratos Públicos 2016*.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Compras Públicas y Libre Competencia. Serie Sector Público y Mercados, 2011. Disponible en línea: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf> [consultado el 30 de noviembre de 2018].
- GARCÍA JIMÉNEZ. ANTONIO. "El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra". *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016.

- INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. "Compras y contrataciones públicas en América Latina". En *Gestión financiera pública en América Latina. La clave de la eficiencia y la transparencia*, 2016. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Gesti%C3%B3n-financiera-p%C3%ABblica-en-Am%C3%A9rica-Latina-la-clave-de-la-eficiencia-y-la-transparencia.pdf> [consultado el 27 de noviembre de 2018].
- KINGBURY, BENEDICT, NICO KRISCH Y RICHARD STEWART. "El surgimiento del derecho administrativo global". *Revista de Derecho Público*, 2010.
- MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4.ª ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1970.
- MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia, 27 de noviembre de 2006. Disponible en línea: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-libre-comercio-chile-colombia/contenido/texto-final-del-alc> [consultado el 25 de octubre de 2018].
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE. Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON). Disponible en línea: <https://www.direcon.gob.cl/2017/06/acuerdo-de-libre-comercio-chile-colombia-2/> [consultado el 15 de diciembre de 2018].
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. *Derecho global de la contratación pública*. México: Ubijus Editorial, 2011.
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. "El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública". *Revista DIXI*, n.º 15, 2012.
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. "Principios generales de la contratación pública en el reciente derecho internacional, europeo y de América Latina". *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 44, 2015.
- MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. "La influencia de los tratados de libre comercio en la actualización del derecho de las contrataciones peruano". En *Estudios de derecho administrativo, El derecho administrativo iberoamericano. Innovación y reforma*, t. 1. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Metodología para la Evaluación de los Sistemas de Compras Públicas (MAPS), 2016. Disponible en: https://www.oecd.org/gov/public-procurement/ES_MAPS_Draft_consultation.pdf [consultado el 30 de noviembre de 2018].
- POBLETE VINAIXA, JULIA. *Actos y contratos administrativos*. Santiago: Editorial Lexisnexis, 2007.
- RICO PUERTA, LUIS ALONSO. *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, 9.ª ed. Bogotá: Editorial Leyer, 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME. "Los principios del derecho global de la contratación pública". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 66, 2011.

RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, ERNESTO JINESTA LOBO Y KARLOS NAVARRO MEDAL. *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*. San José de Costa Rica: Konrad Adenauer, 2011.

ROZENWURCEL, GUILLERMO Y GABRIEL BEZCHINSKY. *Compras públicas en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín, 2012.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico". *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 1, 2009.

SOTO KLOSS, EDUARDO. *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Santiago: Legal Publishing, 2010.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009, expediente D-7663.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-031 del 28 de enero de 2009, expediente LAT-323.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, expediente D-8699.

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, Diario Oficial L94/65 del 26 de febrero de 2014, Unión Europea.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Parking Brixen GmbH con Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG, asunto C-458/03 del 13 de octubre de 2005.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, Telaustria verlags GmbH y Telefonadress GmbH con Telekom Austria AG, asunto C-324/98 del 7 de diciembre de 2000.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA, asunto C-496/99 del 29 de abril de 2004.