

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA (ASPECTOS Y LIMITANTES)

Silvia F. Revuelta Yances

Universidad Católica de Colombia

sfrevuelta63@ucatolica.edu.co

<https://orcid.org/0009-0009-8162-5777>

Abogado Universidad Católica de Colombia

Recepción: 15 de mayo de 2023

Aceptación: 15 de junio de 2023

Resumen

La investigación que da origen al presente artículo busca determinar si existen en la contratación pública aspectos que limiten el principio de reciprocidad en Colombia, y, si es así, exponer cuáles podrían ser. Teniendo en cuenta lo anterior, se pudo deducir que a pesar de que este tipo de principio busca de alguna forma darle entrada a un derecho público global, Colombia no parece estar del todo preparado para la incursión de este a nuestro sistema jurídico, debido a los diferentes condicionantes que se presentan en distintos ámbitos que obstaculizan la debida implementación del mismo. Para llegar a esta determinación se estudió la naturaleza jurídica del principio de reciprocidad y su armonía con otros principios de la contratación pública colombiana; también se analizó si existen condicionantes a este principio en

procesos de selección con las MiPymes. Por otro lado, se revisó si su no participación en los contratos de servicios públicos y régimen especial puede ser una limitante; posteriormente, se examinó la importancia de este principio para la Comunidad Andina (CAN) la cual es un buen ejemplo de la evolución del derecho público a nivel internacional; y, por último, se indagó si existe algún mecanismo que garantice el cumplimiento de este principio en la contratación pública.

Palabras clave: principio de reciprocidad, contratación pública, limitante, oferentes extranjeros, igualdad, Colombia.

Abstract

The research that gave rise to this article seeks to determine whether there are aspects of public procurement that limit the principle of reciprocity in Colombia, and if so, to expose what they could be. Taking into account the above, it could be deduced that even though this type of principle seeks in some way to give entry to global public law, Colombia does not seem to be fully prepared for the incursion into our legal system, due to the different conditions that arise in different areas that hinder its proper implementation of the same. To reach this determination, the legal nature of the principle of reciprocity and its harmony with other principles of Colombian public procurement was studied; it also analyzed whether there are conditions to this principle in selection processes with MSMEs; On the other hand, it was reviewed whether its non-participation in public service contracts and the special regimes may be a limitation; the importance of this principle for the Andian Community (CAN) was examined, which is a good example of the evolution of public law at the international level; and, finally, it was investigated whether there is any mechanism that to ensure compliance with this principle in public procurement.

Keywords: principle of reciprocity, public procurement, limitation, foreign bidders, equality, Colombia

Resumo

A pesquisa que deu origem a este artigo procura determinar se há algum aspectos nas compras públicas que limitam o princípio da reciprocidade na Colômbia e, em caso afirmativo, quais seriam eles; Levando em conta o exposto, pode-se deduzir que, embora este tipo de princípio procure, de alguma forma dar entrada a um direito público global, a Colômbia não parece estar totalmente preparada para a incursão desde princípio em no nosso sistema jurídico, devido às diferentes condições que surgem em diversas áreas e que dificultam a sua adequada implementação. Para chegar a esta determinação, o que se fez foi estudar a natureza jurídica do princípio da reciprocidade e sua harmonia com outros princípios da contratação pública colombiana; também foi analisado se há condições para esse princípio nos processos seletivos com MPMEs; Por outro lado, foi revisado se sua não participação em contratos de serviço público e de regime especial pode ser uma limitação; analisando posteriormente, foi examinada a importância deste princípio para a Comunidade Andina (CAN), que é um bom exemplo da evolução do direito público em nível internacional; e por fim, foi investigado se existe algum mecanismo que garanta o cumprimento deste princípio nas compras públicas.

Palavras-chave: princípio da reciprocidade, contratação pública, limitação, licitantes estrangeiros, igualdade, Colômbia.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad se están abriendo las puertas a un derecho público contractual global, y Colombia intenta no quedarse atrás con la incursión en el mismo; un ejemplo claro de ello es la incorporación del principio de reciprocidad en la Ley 80 de 1993, que busca que el oferente extranjero pueda participar en igualdad de condiciones que los nacionales en los procesos de selección en Colombia; para ello, el trato debe ser recíproco para los oferentes colombianos en el exterior. El problema radica en que este principio podría presentar unos condicionamientos que limitan su ejecución y es, precisamente ese, el objetivo de este trabajo: señalar si existen esos frenos al principio en cuestión, que de por sí, es una novedad pues implica

la inmersión en un derecho global y que, por ende, puede ser terreno para el que un país como Colombia no esté del todo preparado.

Los principios se caracterizan porque de ellos se desprenden las normas generales ya que estas últimas no pueden controvertir lo que se establece en los principios; en la contratación estatal no tendría por qué ser distinto y, por ende, se debe garantizar el correcto funcionamiento de estos. A pesar de que el principio de reciprocidad no es un principio constante -esto porque es de aplicación cuando se presentan oferentes extranjeros- no significa que el mismo no deba ser aplicado en toda su extensión, razón por la cual, se

La metodología de este trabajo se basa en el análisis de este principio en distintos aspectos que afectan la contratación estatal. En primer lugar, se entenderá la naturaleza jurídica de este principio, para poder tener una idea clara de su campo de aplicación; posteriormente, se analizará su armonía con algunos principios de la contratación estatal con los que podría tener algún enfrentamiento, y que son de vital importancia para el correcto y transparente funcionamiento de los procesos en la contratación pública colombiana; después, se examinará la limitación que puede existir en este principio con respecto a las MiPymes y la protección que la regulación colombiana tiene para con estas. También, se estudiará si este principio debe regir para contratos de servicios públicos y de régimen especial; Asimismo, fijar cuál es la importancia que tiene un principio como este para la Comunidad Andina (CAN), teniendo en cuenta la influencia que puede tener esta en lo que es un nuevo derecho público internacional, y, finalmente, indagar si existe algún mecanismo que proteja el cumplimiento de este principio, pues sin un mecanismo que lo garantice puede pasar solo a ser letra muerta.

Para poder llegar al objetivo de este trabajo, y teniendo en cuenta la metodología de mismo, se estudiarán diversas fuentes de revistas científicas que han tocado los temas anteriormente expuestos, igualmente sentencias, conceptos y normatividad colombiana, que ayude a aclarar las cuestiones de que trata este trabajo, para, posteriormente, dar con la conclusión que dé una respuesta al problema de investigación propuesto en el mismo.

Naturaleza Jurídica del Principio de Reciprocidad

Para cumplir con el objetivo de la investigación, es necesario entender la naturaleza jurídica de este principio de la contratación estatal. Para ello, citaré a continuación la norma que le da vida al mismo, en el artículo 20 del Estatuto Contractual:

En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 80, 1993).

La reciprocidad se define como: “*Correspondencia mutua de una persona o cosa con otra.*” (Real Academia Española, s.f.). Es decir, en este caso en concreto el principio de reciprocidad en la contratación estatal tiene como finalidad que, durante todos los procesos o etapas de la contratación pública, los oferentes extranjeros que quieran participar en cualquier proceso de selección de compra pública lo hagan en igualdad de condiciones que el oferente nacional. Sin embargo, podemos identificar que, como la palabra bien lo indica, esta situación debe darse en una condición recíproca, es decir, este trato solo se concederá siempre y cuando en el país de origen de ese oferente extranjero se le dé el mismo trato al oferente colombiano:

Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 80, 1993).

En cuanto a jurisprudencia, podemos encontrar que

El principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo

este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa (Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-892, 2001).

Lo realmente innovador -para llamarlo de alguna forma- es el hecho de que este principio abre las puertas a un Derecho Contractual Público Global. Los diferentes avances en el mundo han generado cambios en todos los aspectos tecnológicos, culturales, sociales y, ahora jurídicos, que presionan de manera contundente el avance de cada Estado, para no quedarse estancado en estos tiempos de constante cambio. Para Rodríguez Arana (2011)

El problema que hoy presenta este Derecho Administrativo global es que es un Derecho “in fieri” que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un parlamento global, de un gobierno global y de un tribunal global. Por eso, este incipiente Derecho Público global opera, como es lógico, a través de principios, a través de principios que proyectan la cláusula del Estado de Derecho, en un intento de evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este ordenamiento jurídico administrativo global. (pág. 31)

Aun así, el solo apostarle a adquirir nuevos compromisos de carácter internacional no implica que estos sean efectivos. La implementación del principio de reciprocidad, si bien abre puertas, tiene muchos detalles que dejan percibir que es un principio de aplicación parcial hoy en día en el Derecho Contractual Público colombiano (Blanco, 2015; Blanco, 2021). Uno de los problemas que se presentan o se evidencian con la puesta en práctica de este principio, es precisamente diferentes situaciones de carácter jurídico que de alguna forma lo limitan. En términos de Pastrana Buelvas (2005)

El adjetivo recíproco es uno de los términos que con mayor frecuencia se utilizan en el lenguaje de la política y del derecho internacional. Sirve para caracterizar obligaciones mutuas, contraídas por dos o más sujetos de derecho internacional en cualquier esfera de las relaciones internacionales que, como efecto de una exigencia reforzada, no son consideradas como recíprocas sino a condición de procurarle a cada uno ventajas equivalentes. (pág. 88)

Es decir que, a partir de la reciprocidad se esperan ventajas equivalentes que, según la estipulación normativa colombiana, crea para el país el deber de dar un tratamiento en términos de igualdad a los proponentes extranjeros que acojan de la misma forma al proponente colombiano. Sin embargo, este principio tiene algunas limitaciones que hace que esta equivalencia se vea afectada. En palabras de la Corte Constitucional, el principio de igualdad se rige por las siguientes reglas

i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados (Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-862, 2008)

La implicación de la relación que tiene el principio de reciprocidad con el de igualdad en la contratación pública es evidente, ya que, prácticamente, una define a la otra o, para decirlo en otras palabras, la regla o la implementación del principio de reciprocidad depende del cumplimiento del principio de igualdad para con los proponentes extranjeros. Según Rodríguez Arana (2011)

En materia de contratación pública, nos topamos con un problema complejo, dado que en el espacio europeo resulta que el principio de igualdad de trato es desconocido muchas veces a favor de las empresas nacionales por diferentes “razones”: desde la promoción de la industria nacional hasta la protección de la economía propia. (pág. 34)

Como se evidenciará en la investigación, este problema de limitar el término de igualdad para las empresas nacionales no es solo un “problema complejo” para la zona europea sino que, Colombia, en el intento de implementación de este, en su normatividad, se ha encargado que esa igualdad se vea favorecida por el proponente nacional, dejando en una desventaja al proponente extranjero.

Ahora bien, si esta es la situación para proponentes extranjeros, que bien sea por un tratado o convenio con Colombia pueden “beneficiarse” de este principio, están, por otra parte, los proponentes descritos en la norma (artículo 20 de la ley 80 del 93, en el párrafo 2) la cual estipula que:

Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiese celebrado acuerdo, tratado, o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este párrafo (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 80, 1993)

Lo anterior quiere decir que este principio no está condicionado a que el país del proponente extranjero tenga vigente un acuerdo, tratado o convenio con Colombia sino que, la regla general es que haya para el proponente nacional, en el país donde se presenta al proceso de selección, el mismo tratamiento que se le daría al proponente extranjero, en virtud del principio de reciprocidad.

Por otra parte, cabe aclarar de igual forma, que este principio sólo rige para los contratos que se encuentran bajo las estipulaciones de la legislación contractual colombiana; y en los contratos de régimen especial, como por ejemplo los de exploración y explotación de recursos naturales, surtirá efecto cuando esa normatividad lo incluya.

Dentro del análisis de este trabajo que nos ocupa, resulta necesario el estudio de la relación de este principio con otros que hacen parte de la contratación pública colombiana, ya que, el principio de reciprocidad, como cualquier otro principio, debe funcionar en armonía con los demás principios de la Contratación Pública; sin embargo, hay unos principios fundamentales con los cuales tiene una conexión directa, lo que hace necesario el realizar un estudio con el fin de establecer la relación e implicaciones existentes entre ellos.

Relación del principio de reciprocidad con el principio de selección objetiva

La selección objetiva es de los principios más relevantes de la Contratación Pública. Este principio busca que los procesos de selección estén cobijados por una escogencia coherente, que se ajuste a la necesidad que la entidad pública busca satisfacer, escogiendo la propuesta más favorable, la cual debe estar desprovista de algún interés particular, y buscando, con ello, los fines esenciales del Estado como es el bien común. En otras palabras

Este principio se define a partir de los siguientes criterios: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente (ponderación) permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato (Colombia Compra Eficiente, 2016).

Otra forma de describir la selección objetiva es la que expone el Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado 1013 (1997)

Consiste en el escogimiento de la oferta más favorable para la entidad, hace énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones subjetivas y establece con carácter enunciativo factores determinantes para escoger, cuya consideración debe constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia(...) La selección objetiva del contratista no puede sustraerse al principio de reciprocidad prescrito en el artículo 20 de la ley 80, pues ello implicaría que los proponentes de origen extranjero no fueran evaluados en las mismas condiciones de los nacionales, lo que desequilibra el proceso de selección y contraría la favorabilidad prevista en el artículo 29, en cuanto dice que ésta no puede configurar factores diferentes de los contemplados en los términos de referencia, sin olvidar que el querer del legislador fue el de apoyar la industria, la ingeniería y la consultoría nacionales dentro de un marco de libre competitividad. De idéntica forma, el oferente nacional frente al extranjero no puede ser considerado fuera del contexto de una selección objetiva (Párrafo 6).

Como se expone anteriormente, el principio de selección objetiva no es más que la escogencia de la mejor oferta durante cualquier proceso de selección de la contratación pública, que esta sea transparente, acorde con lo estipulado en los estudios previos y los pliegos de condiciones, además de la experiencia

y capacidad del oferente. Entendiendo lo anterior, sobra decir que su relación con el principio de reciprocidad debe ser obligatoria, toda vez que, de no ser así, ninguno de los dos operaría de manera efectiva.

Así las cosas, una buena escogencia de contratista garantiza el buen funcionamiento de la contratación estatal, por tal motivo es imperativo que dicha elección responda a criterios objetivos y a los principios de la administración pública. Estas consideraciones se tuvieron en cuenta dentro del artículo 29 de la Ley 80, posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007 y redirigidos en su artículo 5º, en el que se estableció que la escogencia del contratista depende de la mejor oferta, mirada esta cualificación tanto en el aspecto económico como el teleológico, dejando por fuera factores o requisitos no ajustados a derecho (Pinedo Campo, 2019, pág. 87).

Entendiendo lo anterior, se puede decir que el fin del principio de reciprocidad y el de selección objetiva no tendrían por qué chocar entre sí; sin embargo, la expedición de la ley 816 de 2003, desde mi punto de vista, hace que estos dos principios se enfrenten un poco, debido a que, gracias a ella se le da una especie de proteccionismo a los proponentes nacionales. Ahora, si bien el objetivo es que la industria colombiana no se vea afectada por la inmersión de proponentes extranjeros en el sistema contractual público, esto hace que un principio como el de reciprocidad que, como está estipulado en la normatividad colombiana, busca que se les dé el mismo trato que los oferentes nacionales. Esto no se cumple de forma adecuada, ya que, por el hecho de ser extranjero, en el momento que una oferta nacional quede en empate con la extranjera, por ley, esta se le adjudicará al nacional. Para reafirmar lo anterior de mejor manera, citaré el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, que estipula lo siguiente:

Las entidades de que trata el artículo 1º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales. Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos. Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la

oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional (CONGRESO DE COLOMBIA Ley 816, 2003).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede inferir que el principio de reciprocidad presenta una limitante gracias al principio de selección objetiva; que si bien no es una medida restrictiva que impacte en gran medida el cumplimiento del principio de reciprocidad, si deja en evidencia que este no opera de manera absoluta para los proponentes extranjeros, ya que de una forma casi que discriminatoria, en esta situación, no recibirán un trato igualitario sino que, de por sí, ya quedarían en desventaja frente al proponente colombiano. Plantea Hernández Alfonso (2015)

La filosofía objetiva del principio de selección objetiva tiene en cuenta al momento de elegir un contratista su capacidad jurídica, su experiencia, sus posibilidades financieras y la estructura organizacional que el proponente posee para responder con el contrato ofrecido por la entidad correspondiente (pág. 4).

El simple hecho de generar una situación jurídicamente más favorable al proponente nacional, como la que se presenta con la Ley 816 de 2003, en mi concepto, contraría la filosofía del principio de selección objetiva, hace que este se vea permeado por una incongruencia, lo que implica que el principio de reciprocidad pierda su eficacia, debido al proteccionismo del Estado a los proponentes nacionales. Menciona Merizalde Portilla (2019)

Lo anterior, significa que en Colombia se creó en el año 2003 un criterio de selección objetiva cuantitativo, por el sólo hecho de la condición de ser nacional en un proceso contractual, en un claro detrimento de una política de libre competencia como la prevista en la Ley 80 de 1993 y en la Constitución Política. Podría pensarse que la industria colombiana no estaba preparada para la apertura económica y que solamente encontró un respaldo proteccionista por parte del Estado para favorecerse objetivamente en materia contractual, y no orientar sus esfuerzos para mejorar su condición técnica y competitiva, es decir, el fondo de la cuestión es que la competitividad de la industria colombiana no fue intervenida jurídicamente en pro de su mejora (pág. 52).

El análisis que surge para mí de lo anteriormente enunciado es que, tanto el principio de reciprocidad como el de selección objetiva, se están viendo afectados en su finalidad; esto, debido a la búsqueda del

favorecimiento al empresario colombiano, razón por la cual, estoy de acuerdo con la aseveración descrita en la cita anterior. Esta refiere que Colombia no está preparado para una incorporación como la del principio de reciprocidad, toda vez que, no está siendo coherente en la forma en cómo se debe desarrollar según la norma que le da origen, con lo que se afecta así la escogencia de forma objetiva, por ende, la mejor oferta, y derive en un problema de libre competencia, dando como resultado que, por obvias razones, el principio de reciprocidad no se aplique plenamente.

1.2 Relación del principio de reciprocidad con el principio de preferencia*

El principio de tratamiento y preferencia por la oferta nacional en el artículo 21 del Estatuto Contractual estipula lo siguiente:

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 80, 1993).

Este principio es creado con el fin de proteger y favorecer a los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, estableciendo entonces que, en el caso de un proceso de selección, el oferente nacional y oferente extranjero queden empatados, la oferta se le dará al oferente nacional.

Si bien es una medida que busca un favorecimiento en caso de igualdad de condiciones y que, si bien no afecta en gran medida el principio de reciprocidad, pues su fin aparente no causa daño alguno al principio, sino que, por el contrario, busca un recurso que termine con el empate y le dé una salida a la entidad pública para que tome su decisión. Si revisamos nuevamente la el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, esta diferencia de puntajes que se le otorgan a los proponentes extranjeros y a los nacionales, son causales de empate, esto sería una desventaja (que tal vez) donde si se le designa el mismo puntaje a los nacionales y a los extranjeros puede no ser causa de empate sino que, por el contrario, que la propuesta extranjera sea la más apropiada; desde este punto de vista, para mí, si existe una desigualdad a la hora de implementar el principio de reciprocidad, que ofrece un inconveniente a los oferentes extranjeros.

La situación anteriormente descrita nos adentra en él; si con la legislación existente en Colombia se le está dando un trato igualitario a los proponentes extranjeros, ya que, en el marco condicionante de la norma, gozan del principio de reciprocidad dentro de los procesos de selección en Colombia. Digo condicionante, porque, como ya se ha mostrado con anterioridad, todo depende del vínculo jurídico con Colombia que habilita a ese oferente extranjero, pero que, además debe atenerse a ciertas circunstancias que también frenaran un poco el goce de ese principio que los cobija.

Según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe, pues les impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-887, 2002)

Teniendo en cuenta lo anterior, para los procesos de selección en la contratación pública, los oferentes deben tener las mismas condiciones y gozar de las mismas oportunidades (2002) para poder decir que se está cumpliendo con el principio de igualdad en el campo de la contratación pública. Además de esto, se le debe dar preferencia a la oferta que se presente como la más favorable para el interés público (2002) considerando que, hablar de favorecer el interés público se refiere a buscar el satisfacer las necesidades de una población. Se debe determinar si leyes como la 816 y el principio de preferencia concuerdan con el fin que pretende el de igualdad, que va ligado al correcto funcionamiento, con el de reciprocidad, puesto que, a pesar de que, con este tipo de prerrogativas a favor del oferente nacional, se procuran proteger los bienes y servicios producidos en territorio colombiano, se han creado barreras que impiden el correcto desarrollo del principio de reciprocidad. De esta forma, cabe analizar si no se está atentando

en contra del interés público, limitando un poco la participación de las ofertas extranjeras, con la excusa de la protección de la empresa colombiana.

Principio de Reciprocidad: MiPymes, Contratos de Servicios Públicos, de Régimen Especial y la CAN

En este apartado busco exponer un poco las limitantes que se pueden encontrar en la relación entre el principio de reciprocidad con las MiPymes, que dentro de la normatividad cuentan con una protección especial; por otro lado, analizar la delimitación que tiene este principio con los contratos de régimen especial en la contratación estatal y, por último, analizar la importancia de la implementación del principio de reciprocidad en la Comunidad Andina (CA).

2.1 Las Mipymes y el Principio de Reciprocidad

En Colombia las MiPymes (micro, pequeña y mediana empresa), según el Centro de Estudios Económicos de la ANIF (Asociación Nacional de Instituciones Financieras), representan para el país más del 99% de las empresas, generan más o menos el 79% de empleo en Colombia y aportan el 40% al Producto Interno Bruto (PIB), siendo las pequeñas y medianas empresas las que aportan el 65% del empleo y el 35% del PIB (Equipo de investigación de ANIF , 2021).

Ahora bien, el panorama de las MiPymes en Colombia no es el mejor. Como bien sabemos, este sector de la economía tiene varias problemáticas de diversa índole, que hacen que muchas de estas micro, pequeñas y medianas empresas no puedan surgir del todo y tengan que cerrar de forma definitiva. Estas dificultades van desde problemas en el sector financiero, debido a estipulaciones que hacen difícil la apertura de estos emprendimientos en Colombia, hasta problemas de orden fiscal. Estas problemáticas se presentan según (Castro Ortega, 2015) *“desde la falta de experiencia y capacitación de los empresarios, hasta la falta de políticas acordes con su realidad y la problemática que las rodea”* (pág. 5).

A pesar de la alta influencia en la economía de nuestro país, y de algunos esfuerzos que se han realizado para proteger a este sector, su panorama todavía no es del todo seguro y amigable, lo que termina afectando la estabilidad, el trabajo y la formalidad, entre otras. Sostienen Trujillo Niño et al. (2016)

Otra amenaza latente es el desconocimiento del área financiera por parte de los propietarios fundadores, pues no todos los emprendedores tienen la suficiente capacitación o conocimiento en el tema e incurrir en errores involuntarios que afectan diferentes niveles de la organización por ejemplo fijación de precios, falta de procedimientos administrativos, cálculos erróneos de rentabilidad, y por ende es muy difícil la sostenibilidad de la compañía en el tiempo” (pág. 14). Aunado a lo anterior afirma Castro Ortega (2015) “Si desconocemos la situación administrativa y financiera de las MiPymes será difícil conocer la problemática por la que atraviesan y ello dificulta proponer alternativas de solución que les permita mejorar (pág. 3).

Es importante pues, que las políticas si bien, no deben ser del todo permisivas ni muy flexibles, deben propender por mejorar la situación de las MiPymes, ya que, al ser un grupo determinante para la economía colombiana, las mejoras de su situación deberían traer avances para el país. “Lombana (2008) manifiesta que

De acuerdo con el Informe Nacional de Competitividad 2007, Colombia no logra ser tan competitiva como otros países latinoamericanos, entre otros factores, porque el empleo informal en el país alcanza el 60%. Esto nos ubica en un deshonoroso tercer lugar del ranking de países latinoamericanos con el mayor índice de informalidad. Muy lejos de Chile, uno de los países más formales de la región (Salinas Loaiza, 2013, pág. 16).

También afirma Salinas Loaiza (2013)

La informalidad se refiere tanto a trabajadores como empresas, la definición que adopta el Consejo Nacional de Competitividad, con relación a las empresas, es que se considera como informal a la organización que desarrolla una actividad económica legal pero no cumple con todos los requisitos exigidos por las normas, tales como registro mercantil, pago de impuestos y afiliación a la seguridad social de los trabajadores, entre otros (pág. 17).

Así mismo, exponen Chávez Pulido y Rosado Herrera (2022)

En Colombia actualmente existe una alta dificultad para todas aquellas pymes que buscan crecer y expandirse en los distintos sectores empresariales, y adicionalmente debemos sumarle factores de suma importancia que han impactado negativamente y de manera reciente a estas pequeñas y medianas empresas, los cuales son: la pandemia Covid-19 y la problemática social que atravesó el país durante los inicios del año 2021, lo que consecuentemente desencadenó reducciones aún más significativas en los ingresos y la quiebra total de estas (pág. 4).

La exposición de las problemáticas anteriormente presentadas busca evidenciar el panorama de las MiPymes y su importancia en el país, ya que, en cuanto al principio de reciprocidad, las MiPymes, debido a esta realidad, en la normatividad colombiana cuentan con protección especial, como se demostrará a continuación; por ende, era importante entender el contexto de este sector de la economía colombiana, para poder analizar la fundamentación de dicha protección.

En este orden de ideas, ya enfocados hacia la contratación estatal, las MiPymes en Colombia fueron tomadas en cuenta para participar en los procesos de selección para contratar con el Estado con el fin de fortalecer la oferta nacional en las compras públicas, resultado de la reglamentación como la del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 2069 de 2020, el cual estipula la vinculación de las MiPymes al mercado de bienes y servicios de las compras públicas.

Para fortalecer o darle un respaldo más sólido a la vinculación de las MiPymes a los procesos de compras públicas surge la Ley 1150 de 2007.

En este sentido, con la modificación al sistema de compras públicas por parte de la Ley 1150 de 2007 se desarrolló la política de participación de las MiPymes en la contratación estatal, buscando favorecer a estas organizaciones empresariales con condiciones especiales (Carrero Padilla, 2021, pág. 147).

De esta forma, el Artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual fue modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, establece:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su

régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las MiPymes, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) MiPymes... (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1150 de 2007, 2007)

Estas condiciones especiales estaban orientadas, principalmente, a crear un método que se centrara en la participación exclusiva de las MiPymes en determinados procesos de selección de compras públicas. Es así, como continuamente se han creado más leyes con el fin de fortalecer y proteger este sector de la economía colombiana. Un ejemplo de ello fue la primera modificación al artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 por medio del artículo 33 de la Ley 1450 de 2011. Este artículo según Merizalde Portilla (2019)

Consagró amplias facultades para que el Gobierno Nacional definiera las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, y en los procesos de selección las entidades estatales adoptaran en beneficio de las MiPymes, convocatorias limitadas a estas previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo y que se hubiese manifestado el interés del número plural de MiPymes (pág. 57).

Por otro lado, el Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.2.4.2.2, pone de presente la limitación al principio de reciprocidad cuando haya convocatorias limitadas a las MiPymes, con el numeral 2, al establecer como requisito:

2. Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) MiPyme colombianas para limitar la convocatoria a MiPyme colombianas. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura, o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación. (Decreto 1082, 2015).

Entendiendo las condiciones que desfavorecen a este sector empresarial, se comprende que se deba dar trato especial a las MiPymes para que tengan las mismas oportunidades que las grandes empresas. En este sentido, la medida se puede ver necesaria, no obstante, si se analiza desde el cumplimiento del

principio de reciprocidad, esta disposición lo limita, toda vez que deja sin oportunidad a empresas extranjeras presentarse a este tipo de procesos de selección, independientemente de que el oferente extranjero cumpla con el requisito de ser una MiPyme. Que tengan la limitación de estar dirigidos únicamente a las MiPymes colombianas hace que el principio de reciprocidad se vea afectado por una norma de carácter proteccionista.

2.2 Contratos de Servicios Públicos, Régimen de contratación especial y el principio de reciprocidad

El objetivo de este fragmento busca exponer si en los contratos de servicios públicos y de régimen especial debería operar el principio de reciprocidad y si la exclusión de este resultaría en una limitante; por otro lado, indagar sobre la importancia del principio de reciprocidad en relación con la Comunidad Andina (CAN). Para ello, es menester recordar cuál es el concepto básico de un contrato estatal

...el contrato estatal corresponde a un acto jurídico bilateral, que conlleva un acuerdo de voluntades en el que una de las partes es una entidad pública y el convenio supone un acuerdo de voluntades que obedece a una finalidad específica de colaboración, con un interés común diferente a la simple contraprestación propia del contrato. (Bahamón Jara , 2018, pág. 16).

O, dicho en palabras de Díaz Álvarez (2020)

...se entenderá como contrato estatal y como contrato administrativo aquel celebrado entre una entidad pública y un sujeto de derecho privado u otra entidad pública, sometido en su totalidad a la reglamentación descrita en el estatuto contractual, con sus diferentes modificaciones. (pág. 5)

Partiendo de las dos definiciones anteriormente citadas se tiene más o menos una vista de lo que es el contrato estatal. Sin embargo, estas definiciones pasan por alto la importancia de una característica fundamental de este contrato y es la intervención de los recursos públicos.

Dentro del concepto de contrato estatal merece una reflexión el planteamiento expuesto por el Doctor Jaime Orlando Santofimio quien sostiene que uno de los aspectos de mayor profundidad en la Ley 1150 de 2007, sin que haya tenido mayor desarrollo en las disposiciones reglamentarias, es el “relacionado con la situación del principio de legalidad frente a las incidencias de la reforma en materia del concepto

mismo de contrato estatal”, el cual de acuerdo con el autor citado es impactado sustancialmente al imponerse en el artículo 1.º de la Ley 1150 la idea de que “el contrato del Estado no es sólo el que se estructura a partir de la simple intervención de una entidad estatal en su conformación, sino también aquel en el cual se comprometen recursos públicos”. Para Santofimio, el concepto de recurso público en el contrato estatal genera una marcada diferencia con el concepto originado en la Ley 80 de 1993, un concepto único denominado “contrato estatal” cuya característica fundamental es la de que en su celebración interviene de manera directa una entidad estatal o un particular que cumple funciones administrativas, que se compromete y obliga frente a quien satisface sus necesidades, sea éste otra entidad estatal o un particular (Matallana Camacho, 2015, pág. 828).

Teniendo en cuenta lo anterior, se entiende, por consiguiente, que en el contrato estatal debe intervenir fundamentalmente -como una de las partes- una entidad pública y la debida existencia de la participación de recursos públicos. Estas aclaraciones se hacen con el fin de entender un poco mejor las diferencias que veremos en los siguientes tipos de contratos como lo son el de servicios públicos y los contratos de régimen especial.

2.2.1 Contratos de servicios públicos y el principio de reciprocidad

El concepto del contrato de servicios públicos está contenido en la legislación colombiana de la siguiente manera:

Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo con estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 142, 1994, Artículo 128).

Al prestar un servicio público se pensaría que este tipo de contrato se rige por el derecho público, sin embargo, esta no es la razón de ser de este tipo de contratos.

De conformidad con lo prescrito en los artículos 31,32, 39 -parágrafo- (...) de la ley 142 de 1994, se puede concluir que el querer del legislador en relación con la actividad contractual y algunos de los actos de las entidades prestadoras de servicios públicos, fue el que estuvieran regulados, en principio, por el

derecho privado y por lo estipulado en dicha ley. Así, el derecho privado quedó como regla general y el público, administrativo, como excepcional. (Concepto sala de consulta Consejo de Estado 1013, 1997).

Dicho lo anterior, podemos analizar cada uno de los artículos previamente mencionados, porque, si bien la norma, en principio, establece que los contratos de servicios públicos deben estar regulados por el derecho privado, hay ciertas excepciones que ponen en duda o pueden confundir este alcance; por ejemplo, el artículo 31 de la Ley en cuestión, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 dispone:

Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 689, 2001)

Hasta el momento, el artículo nos dice que para este tipo de contratos prima, o estará regido, bajo las estipulaciones del derecho privado; sin embargo, en el segundo párrafo nos dice lo siguiente:

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 689, 2001).

Esta situación puede ser un poco confusa, toda vez que, como bien lo dice el artículo, cuando la Comisión de Regulación haga por ejemplo inclusión forzosa de cláusulas exorbitantes, estos actos o contratos que se realicen por parte de la empresa serán regidos por el Estatuto de la Contratación, razón por la cual debe cumplir con todos los requerimientos y principios legales que hagan parte de este. El artículo 32 por su parte consagra en su primer párrafo que:

Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. Sin embargo, se olvida que existen decisiones que pueden afectar la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como lo son la suspensión y corte del servicio, las que son de competencia del derecho público (Concepto sala de consulta Consejo de Estado 1013, 1997).

Por otra parte, el artículo 39 de ley en cuestión hace referencia a la autorización de celebración de ciertos contratos especiales. Dentro de estos tipos de contratos se encuentra en el numeral 39.1 Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, que, según el párrafo del mismo artículo, modificado por el artículo 4 de la ley 689 de 2001 “salvo los contratos de que tratan el párrafo del artículo 39 y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado” (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 689, 2001), razón por la cual entenderíamos que estarían regidos por el derecho público.

De la exposición anterior podemos partir de la base de que esta clase de contrato se caracteriza por pertenecer principalmente a la rama del derecho privado, salvo las situaciones anteriormente planteadas. Sin embargo, el determinar si el principio de reciprocidad debería operar en este tipo de contratos es un poco complejo dadas las pocas oportunidades en las que este tipo de contrato estaría subyugado al derecho público y, por ende, al régimen de contratación estatal. No obstante, en los casos que esa situación se dé y el principio de reciprocidad pueda operar, debería, según la norma que le da vida a este principio, tener participación.

2.2.2 Contratos de régimen especial y el principio de reciprocidad

Dentro de la contratación colombiana se encuentran unos tipos de contrato que son regulados por un régimen especial; un ejemplo de este tipo de contratos son los de exploración y explotación de recursos naturales que, si bien lo encontramos en el artículo 76 de la Ley 80 del 93, este se encuentra reglamentado por el Decreto 2811 de 1974. Como señalan Pizano Wagner et al. (2009)

Un régimen normativo especial es aquel cuyas normas de procedimiento contractual, están fijadas de manera especial en una ley que no remite al derecho público de la contratación estatal, sino a sus propias normas internas o al derecho civil y comercial, como es el caso de la Ley 100 de 1993 que regula lo propio para las Empresas Sociales del Estado, o la Ley 142 de 1994 que hace lo mismo respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública, entre otras (pág. 14).

También, y de forma más resumida: *“Los procesos de Régimen Especial son aquellos que no están sometidos a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, y que por tanto no se adelantan bajo ninguna de las modalidades contenidas en dicha normatividad”* (Colombia COMPRA EFICIENTE, s.f.).

Teniendo más clara la perspectiva de esta tipología de contratos, y entendiendo que estos procesos no se llevan a cabo bajo la normatividad del Estatuto de la Contratación, que, a pesar de que algunos hacen parte del derecho público y que en estos confluyen recursos públicos, tales como el de exploración y explotación de recursos naturales (el cual es mencionado en la Ley 80 de 1993), es necesario preguntar si el principio de reciprocidad tendría cabida dentro de sus procesos contractuales; Lo que en principio se puede establecer es que no es obligatoria su incorporación, toda vez que este tipo de principio únicamente rige para los procesos de selección que se encuentran regidos por el Estatuto de la Contratación. Sin embargo, cabe la posibilidad de que una normatividad lo incluya en alguno de estos contratos de régimen especial, o que por razón de un convenio o tratado que surja con otros países este pueda ser introducido de ser así, se debe cumplir a cabalidad con la finalidad de dicho principio, aunque, si no sucede no debería ser una limitación a este principio.

2.3 Importancia del principio de reciprocidad en relación con la CAN

Según la página oficial de la CAN (2017)

La Comunidad andina (CAN) es una organización internacional conformada por cuatro Países Miembros — Bolivia, Colombia, Ecuador y el Perú — que cuenta con diversos órganos e instituciones que integran el Sistema Andino de Integración (SAI) cuyo objetivo es alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y

autónomo para los Países Miembros, mediante la integración andina, con proyección hacia una integración sudamericana y latinoamericana.

Algunos de los objetivos de la CAN son:

(i) Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social. (ii) Acelerar el crecimiento y la generación de empleo productivo para los países miembros. (iii) Fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países miembros (Comunidad Andina, 2017).

Esta organización, de la cual Colombia hace parte, da un ejemplo claro de la era de la globalización y de una búsqueda consciente y general de crear, fortalecer y unificar el derecho a nivel internacional. Para ello se deben crear puentes que faciliten el cumplimiento de esos propósitos; Centrándonos en la contratación pública, un ejemplo de ese intento es la incorporación del principio de reciprocidad.

Citando a Moreno Molina (2007)

El sector de la contratación pública tiene una gran importancia económica y social en las sociedades modernas. Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públicas suponen más del 16% del Producto Interior Bruto comunitario y su papel es fundamental en sectores claves de la economía como la construcción y obras públicas, la energía, los transportes, las telecomunicaciones y la industria (pág. 65).

Por ende, la implementación de un principio como el de reciprocidad causa un gran impacto en la consecución de los objetivos de la CAN, y en sí, en una apertura que podría ser importante para la contratación pública. Además, en cuanto a que este tipo de procesos se den en un marco como el de la CAN sería más factible puesto que se puede decir que normativamente -por historia- podemos ser muy similares con los países miembros; sin embargo, eso no quita que sea un proceso un poco complejo.

En el marco del Acuerdo de la CAN sería muy positivo el establecimiento de procedimientos de contratación unificados para todos los países, con formularios únicos y con un vocabulario común que facilite el cumplimiento de la normativa y que incluya destacadamente una catalogación de bienes y servicios que unifique y estandarice este decisivo aspecto de la contratación pública... (Moreno Molina, 2007, pág. 109)

Para lograr procesos en la contratación que faciliten la participación de personas o empresas extranjeras, situaciones como las de unificar los procedimientos de contratación serían ideales para la obtención de una de las metas de la Comunidad Andina, aunque, no es tan sencillo, por diversas cuestiones que impiden una transición tranquila. Un ejemplo claro de ello es la eficacia que tiene hoy en día el principio de reciprocidad dentro de la contratación pública colombiana, pues las limitantes y lo poco que se habla acerca del mismo hacen que se note la dificultad de lograr una unificación en los procedimientos contractuales para estos países.

Si existiera digamos una “armonización legislativa” la operación de este principio sería sencilla, probablemente más estudiada y común. no obstante, *“las pocas reflexiones sobre la contratación estatal desde el escenario del derecho comparado impiden el enriquecimiento del proceso armonizador, lo que puede afectar los posibles resultados de la eventual armonización legislativa”* (Blanco Alvarado, 2022, pág. 237). Se necesita más voluntad por parte de los países para que estas finalidades se cumplan y, por tanto, principios como el de reciprocidad pasen quizá desapercibidos dentro de la contratación pública colombiana, debido a la baja reflexión que hay sobre el mismo.

Mecanismo para el Cumplimiento del Principio de Reciprocidad

Para terminar con el propósito del presente escrito, hay que examinar cuál es el mecanismo al que se puede acudir en caso de la vulneración de este principio, y, especialmente teniendo en cuenta que los principios son, *“normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por ser cumplidos en diferente grado”* (Zárate Castillo, 2007, pág. 366). Un grado que, entendemos, debe ser mayor debido a que estos rigen el deber ser y son la guía por medio de la cual surgen o se desprenden todas aquellas normas que van a regular (en este caso el Estatuto de la Contratación) razón por la cual, el incumplimiento o vulneración de alguno de estos debe tener alguna forma por la cual se pueda garantizar el correcto funcionamiento.

En cuanto al principio de reciprocidad, se debe resaltar que tiene la característica de que no aplica siempre, como sí lo hacen los principios como el de transparencia y selección objetiva, entre otros. Pero esto no quita el hecho de que sea un principio y que cuando sea implementado se deba garantizar su cumplimiento, razón por la cual, el numeral 5 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (que dispone las causales de nulidad absoluta en los contratos) establece que habrá nulidad absoluta cuando: *“Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.”* (CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 80, 1993)

Entonces, en el evento de que se llegue a presentar dentro de un proceso de selección el desconocimiento de este principio, podrá el oferente afectado solicitar ante la entidad que lleva a cabo dicho proceso que se le garantice dicho principio, donde, en caso de que este se desconozca, tendría como consecuencia la nulidad del proceso de selección que se esté llevando a cabo.

Conclusión

Si bien la globalización del derecho público es un fenómeno que se ve cada vez más cerca, es importante determinar si un país como Colombia se encuentra preparado legal y culturalmente para un cambio de esta índole. La reflexión que se pudo hacer en este trabajo, desde el punto de vista del principio de reciprocidad y su efectiva aplicación, es un buen punto de partida.

Teniendo en cuenta la relación del principio de reciprocidad con otros principios que rigen permanentemente los procesos de la contratación pública colombiana -como se presentó en la primera parte de este artículo- donde se pudo evidenciar algunas limitaciones, no tan relevantes jurídicamente, pero limitantes al fin y al cabo, a un principio que se espera sea eficaz en toda su disposición, se denotan algunos problemas para la aplicación de este principio que pueda abrir las puertas de un derecho público global en Colombia.

Lo mismo se evidencia con el proteccionismo que se le da a las MiPymes, en donde ese mismo proteccionismo que busca el legislador colombiano para con la industria nacional es el principal problema o limitante que presenta el principio de reciprocidad. Si bien no me estoy refiriendo a que esté mal este tipo de prioridades, si presenta un claro obstáculo para que el principio que se estudia en esta investigación pueda funcionar según sus estipulaciones. Situaciones como esta, y las mencionadas con respecto a la CAN sobre la falta de una transición, estudio y una armonización legislativa para la implementación de este tipo de principios, dificultan su implementación.

Por tanto, es claro que quizá un país como Colombia no está totalmente preparado para una apertura global del derecho público, a raíz de los problemas que está presentando con la implementación de este principio (el de reciprocidad), que, dentro de todo, no debería presentar limitante alguno para el oferente extranjero, si se quiere cumplir a cabalidad con su contenido. A pesar de que es entendible que se quiera proteger al oferente nacional, puesto que se debe potenciar la industria nacional, si se analizan los beneficios que podría traer este tipo de regulaciones, como por ejemplo, la disminución de la corrupción en los procesos de selección, oportunidades para los oferentes nacionales en el ámbito internacional y la mejora de la productividad de los mismos debido a la competencia, son puntos a los que se debería dar relevancia y, en consecuencia, deben ser más estudiados por la legislación colombiana.

En conclusión, como se presentó a lo largo del artículo, este principio sí presenta algunos limitantes para su ejercicio que hacen que el mismo no se aplique al pie de la letra. Esto no significa que se tenga que desechar, o que no sirvan este tipo de iniciativas; por el contrario, dan pie para que se pueda estudiar más acerca del tema, se aprenda un poco acerca de qué se puede mejorar sin afectar al oferente nacional y dar entrada a una nueva era en el derecho público internacional, más precisamente en la contratación pública colombiana.

Referencia

- Bahamón Jara , M. L. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal* (Universidad Católica de Colombia ed.). Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <https://publicaciones.ucatolica.edu.co>
- Blanco Alvarado, C. (2022). Armonización legislativa en la Comunidad Andina respecto a la contratación estatal: perspectiva desde Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, 277-241. Obtenido de <http://www.scielo.org.co>
- Carrero Padilla, R. I. (2021). El principio de reciprocidad y sus limitaciones en la contratación pública en Colombia. *CRITERIOS, Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, 125-181.
- Castro Ortega, J. A. (2015). DIAGNÓSTICO ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO DE LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN XICOTEPEC DE JUÁREZ, PUEBLA. *XX CONGRESO INTERNACIONAL DE CONTADURÍA, ADMINISTRACIÓN E INFORMÁTICA*, 3-5. Obtenido de <https://investigacion.fca.unam.mx>
- Chavez Pulido, A. N., & Rosado Herrera , M. M. (2022). *ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DEL CIERRE DE LAS PYMES EN COLOMBIA Y SUS REPERCUSIONES EN LA ECONOMÍA: REVISIÓN SISTEMÁTICA*. Bogotá, Colombia: Fundación Universitaria del Área Andina. Obtenido de <https://digitk.areandina.edu.co>
- Colombia Compra Eficiente. (25 de Junio de 2016). Obtenido de <http://sintesis.colombiacompra.gov.co>
- Colombia COMPRA EFICIENTE. (s.f.). *Regimen Especial - con oferta*. Obtenido de Colombia COMPRA EFICIENTE: <https://www.colombiacompra.gov.co>
- Comunidad Andina. (2017). *La Comunidad Andina (CAN)*. Obtenido de <https://www.comunidadandina.org>

Concepto sala de consulta Consejo de Estado 1013. (16 de Diciembre de 1997). Obtenido de Función Pública: <https://www.funcionpublica.gov.co>

CONGRESO DE COLOMBIA Ley 816. (7 de Julio de 2003). Obtenido de <http://www.secretariasenado.gov.co>

CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 142, Diario Oficial No. 41.433 (11 de Julio de 1994, Artículo 128). Obtenido de <http://www.secretariasenado.gov.co>

CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 689, Diario Oficial No. 44.537 (28 de Agosto de 2001). Obtenido de <http://www.secretariasenado.gov.co>

CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 80, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (28 de Octubre de 1993). Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1150 de 2007, Diario Oficial No. 46.691 (16 de Julio de 2007). Obtenido de <http://www.secretariasenado.gov.co>

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-862 (3 de Septiembre de 2008). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-892 (22 de Agosto de 2001). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-887. (22 de Octubre de 2002). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co>

Decreto 1082, Decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA 2015 de Mayo de 2015). Obtenido de www.funcionpublica.gov.co <https://colibri.veeduriadistrital.gov.co/>

Díaz Álvarez, D. (2020). CARÁCTER PROBLEMÁTICO DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL: CONTRATO DE ADHESIÓN O CONTRATO DE LIBRE DISCUSIÓN. Envigado: INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO. Obtenido de www.bibliotecadigital.iue.edu.co

Equipo de investigación de ANIF . (9 de Diciembre de 2021). RETOS Y OPORTUNIDADES DE LAS PYMES. Obtenido de ANIF, Centro de Estudios Económicos: <https://www.anif.com.co/comentarios-economicos-del-dia/retos-y-oportunidades-de-las->

pymes/#:~:text=Las%20micro%2C%20peque%C3%B1as%20y%20medianas,Producto%20Inter
no%20Bruto%20(PIB).

Hernández Alfonso, M. S. (2015). Principio de la Selección Objetiva en los Contratos de Prestación de Servicios. *Universidad Santo Tomas*. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co>

Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Pública: reforma de la ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .

Merizalde Portilla, J. P. (2019). “EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD Y LA CONTRATACION PUBLICA CON PERSONAS EXTRAJERAS”. *Universidad Santo Tomás*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/11634/19402>

Moreno Molina, J. A. (Julio de 2007). *LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA; UN ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*. Obtenido de COMUNIDAD ANDINA: <https://www.comunidadandina.org>

Pastrana Buelvas, E. (2005). El principio de la no-reciprocidad: entre el deber ser y su regulación jurídica en el marco de las relaciones económicas internacionales y de cooperación. *Papel Político num. 17*, 67-117. Obtenido de <https://www.redalyc.org>

Pinedo Campo, A. (2019). Régimen contractual de las fundaciones frente al principio de transparencia y selección objetiva. *Revista Vis Iuris*, 6(12), 81-104. Obtenido de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co>

Pizano Wagner , M. L., Trujillo Durán, M. A., & Younes Becerra, D. L. (2009). *LOS REGÍMENES EXCEPCIONALES DE CONTRATACIÓN PREVISTOS EN LA LEY 80 DE 1993*. Bogotá: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA.
doi:<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16924/PizanoWagnerMariaLuisa2009.pdf?sequence=3>

Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/reciprocidad>

Rodriguez Arana, J. (2011). Los principios del Derecho global de la contratación pública. *Derecho PUCP*, 29-54. Obtenido de <https://www.redalyc.org>

Salinas Loaiza, J. F. (2013). *PROBLEMÁTICA QUE AFRONTAN LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN COLOMBIA POR FALTA DE UN SISTEMA DE CONTROL*. UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co>

Trujillo Niño, E. A., Gamba Plata, M., & Arena Rojas, L. M. (2016). *Las dificultades de las Pymes en América Latina y Colombia para lograr ser competitivas y sostenibles*. Bogotá, Colombia: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Obtenido de <https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co>

Zárate Castillo, A. (2007). ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales*, 1(17). doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2007.17.5822>