

# Las personas jurídicas extranjeras en la contratación estatal

Wilson Herrera Robles\*

## Resumen

*De acuerdo con las normas del Código de Comercio, las sociedades extranjeras deben constituir sucursales en el país para poder celebrar contratos con el Estado, teniendo en cuenta la calificación de permanentes que la ley les confiere.*

*En la ley 80 de 1993, el legislador no sólo no impuso límites a las sociedades extranjeras para celebrar contratos con el Estado, sino que atendiendo los procesos de integración, dispuso de algunos instrumentos acordes con esa nueva realidad.*

**Palabra clave:** Extranjeros.

## Abstract

*To the rules of the Commerce Code, the foreign corporations must constitute branch offices in the country in order to celebrate contracts with the State, taking into account the qualification of permanents which are given to them by the law.*

*In the law 80 of 1993, the legislator did not imposed limits to the foreign corporations in order to celebrate contracts with the State, and additionally attending to the integration processes, stipulated some instruments in agreement with this new reality.*

**Key word:** Foreign.

Fecha de recepción: 16 de junio de 1998

## Introducción

El mundo afronta actualmente diversos procesos que tienden a internacionalizar e interconectar las relaciones comerciales a todo nivel. Nuestro país no ha sido ajeno a este proceso global, de allí la importancia que han adquirido instituciones que

originalmente eran propias sólo del derecho internacional.

Dentro de este contexto, este artículo realiza de manera breve pero precisa una revisión de aquellas instituciones jurídicas que a partir del derecho interno regulan la participación de la inversión extranjera en el país.

De manera que empezamos por revisar las normas que al seno de la legislación interna explican el concepto de «nacionalidad» en toda su

\* Abogado. Especializado en Derecho Económico en la universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Financiero en la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. (Dirección: Uninorte, Km 5 vía a Puerto Colombia, Barranquilla, Colombia).

extensión, y continuamos con el análisis del tratamiento nacional como principio de derecho internacional aceptado en Colombia por mandato de la misma Constitución.

De otra parte, si bien el Estatuto de Contratación Estatal, contenido en la ley 80 de 1993, introduce algunas normas que enmarcan las diversas formas en que los particulares, incluidos los inversionistas o proveedores extranjeros, pueden acceder a las diferentes etapas de los procesos de contratación adelantados por la administración pública, un estudio como el actual estaría incompleto sin hacer referencia a las normas mercantiles que definen y regulan el establecimiento y funcionamiento de empresas o sociedades extranjeras en el territorio nacional.

Para terminar, presentaremos una visión muy concreta de algunos de los aspectos más relevantes de la ley modelo que para la contratación pública de bienes, obras y servicios aprobó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil, CNUDMI.

## LAS EMPRESAS EXTRANJERAS

Son pocas las normas que en la ley 80 de 1993 regulan lo referente a los requisitos que debe cumplir el empresario o inversionista extranjero para celebrar contratos con el Estado colombiano.

Sin perjuicio de lo anterior, es

claro para nosotros que un análisis de la problemática planteada debe partir del estudio del concepto de «nacionalidad», pasando por el principio del «Tratamiento Nacional» y la regulación que sobre las sociedades extranjeras se contempla en la legislación mercantil interna, para entonces poder llegar a las normas especiales del Estatuto de Contratación.

## 1. NACIONALIDAD

### 1.1. Concepto

La «nacionalidad» puede ser definida como aquel vínculo sociológico, jurídico y político que une a una persona con un Estado determinado, y en virtud del cual nacen derechos y deberes recíprocos entre uno y otro.

Desde el punto de vista sociológico se ha abordado el concepto a partir de dos grandes escuelas, la germánica y la latina. Para la primera, ampliamente rebatida, la nacionalidad resulta de la uniformidad de elementos éticos como la religión, el idioma y, sobre todo, la raza. La Escuela Latina, por su parte, sostiene que no son esos elementos étnicos los que determinan la nacionalidad, sino un conjunto de elementos espirituales, como el pasado histórico común, la cultura y las aspiraciones compartidas, entre otros.

Ya desde el punto de vista jurídico, tradicionalmente se han im-

plementado dos sistemas principales para determinar la nacionalidad de una persona natural: *el ius sanguinis*, según el cual, el hijo debe tener la nacionalidad de los padres sin importar el lugar donde haya nacido, y *el ius soli*, que propende por considerar que un individuo debe tener la nacionalidad del Estado en el cual haya nacido.

Como quiera que la implementación absoluta de cualquiera de los anteriores sistemas acarrea problemas graves, la mayoría de estados han optado por aplicar sistemas mixtos, que son la combinación de estos dos o de cualquiera de ellos con el *ius domicilii*, según el cual, el derecho se derivaría del lugar donde la persona se encuentre domiciliada.

Este es el caso de Colombia, donde el artículo 96 de la Carta Política establece un sistema mixto que plantea distintas combinaciones de los tres sistemas antes señalados.

## 1.2. Nacionalidad de las personas jurídicas

Cosa distinta ocurre al momento de definir el concepto de nacionalidad de las personas jurídicas o morales, noción que en un principio, y gracias a las implicaciones políticas que tiene, sólo se consideró predicable respecto de las personas naturales.

Hoy en día, un amplio sector de la doctrina internacional acepta la posibilidad de asignar nacionalidad

dentro de ciertos límites a las personas jurídicas, principalmente motivado por la necesidad de vincular a las sociedades con sus países de origen, a efectos de precisar las leyes que rigen la determinación de su personalidad jurídica y los derechos que pueden invocar.

Podemos afirmar que a la luz del derecho internacional tres son los criterios que se tienen en cuenta para efecto de establecer la nacionalidad de una sociedad: el de la incorporación, el de la sede social y el del control.

Según el primero de los criterios, una sociedad será nacional del país en el cual fue creada o constituida; según el segundo, la nacionalidad la determina el centro de los negocios de la empresa, es decir, el lugar donde se desarrolla la parte principal de su objeto social. El tercero de los criterios, valga decir que también el menos aceptado, se adopta generalmente con base en la nacionalidad que detentan las personas que ejercen el control accionario de la empresa.

## 2. PRINCIPIO DEL TRATAMIENTO NACIONAL

La Constitución Nacional, consecuente con los lineamientos básicos del derecho internacional, consagra en el artículo 100 el principio del Tratamiento Nacional, el cual consiste en que el Estado colombiano no podrá otorgar a los extranjeros en

general un tratamiento distinto del que otorga a sus propios nacionales, excepción hecha de algunas limitaciones muy puntuales, las cuales responden a razones estratégicas, de seguridad o interés nacional, entre otras.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional, en sentencia C-358/91<sup>1</sup>, que el principio del Tratamiento Nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales, de tal manera que su efecto básico es el de hacer desaparecer toda discriminación de carácter arbitrario, sin perjuicio, claro está, de las limitaciones que establece el artículo 100 de la Carta, al preceptuar que «la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a razones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros».

### 3. REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL COLOMBIANA

En lo que respecta a la definición y regulación del establecimiento y funcionamiento de empresas o sociedades extranjeras en el territorio nacional, la ley 80 de 1993 guarda silencio. Por lo anterior, consideramos per-

<sup>1</sup> Corte Constitucional, revisión constitucional del acuerdo entre los gobiernos de las repúblicas de Colombia y del Reino Unido, por el cual se promueven y protegen las inversiones. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, 14 de agosto de 1996.

tinente la aplicación de las disposiciones mercantiles, por mandato del artículo 13 del mismo estatuto.

#### 3.1. Concepto

Debemos comenzar con mencionar que el artículo 1° de la decisión 291 de 1991 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena define la «empresa extranjera» con base en el criterio de control, como aquélla «constituida o establecida en el país receptor y cuyo capital perteneciente a inversionistas nacionales sea inferior al cincuenta y uno por ciento, o cuando siendo superior, a juicio del organismo nacional competente, ese porcentaje no se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial».

Por su parte, el artículo 469 del Código de Comercio dispone que serán extranjeras las «sociedades constituidas conforme a la ley de otros países y con domicilio principal en el exterior», enmarcando así los criterios de incorporación y sede social.

#### 3.2. Requisitos

Una sociedad domiciliada en el exterior puede llevar a cabo negocios en el territorio nacional, con los mismos derechos y garantías de las que gozan las empresas nacionales, por regla general, pues tal es la intención del principio del Tratamiento Nacional que consagra el artículo 100 constitucional.

Sin embargo, la misma norma

constitucional le otorga a la ley la prerrogativa de limitar tales derechos y garantías por razones de orden público. Con este criterio, vigente ya desde la Carta de 1886, el Estado colombiano ha tomado algunas medidas tendientes a regular, principalmente, el desarrollo de negocios permanentes en el país por parte de las sociedades extranjeras.

### 3.2.1. *Actividades permanentes*

En virtud de lo dispuesto por el artículo 474 del Código de Comercio, deberán entenderse por «permanentes» las siguientes actividades:

- Apertura de establecimientos mercantiles u oficinas de negocios, aunque éstos tengan solamente un carácter técnico o de asesoría;
- *Intervenir como contratistas en la ejecución de obras o prestación de servicios;*
- Participar de cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro público;
- Dedicarse a la industria extractiva en cualquiera de sus ramos o servicios;
- *Obtener del Estado colombiano una concesión o que ésta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la extrac-*

*ción de la misma; y*

- El funcionamiento de sus asambleas de asociados, juntas directivas, gerencia o administración en el territorio nacional.

### 3.2.2. *Constitución de sucursales*

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 471 del Código de Comercio, la vinculación de una sociedad extranjera al país, con el propósito de desarrollar actividades permanentes, debe hacerse a través de la constitución de una sucursal, es decir, un establecimiento de comercio abierto en el país y destinado al manejo de tales negocios, cuyo administrador es un mandatario con facultades para representar a la empresa, y previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes; y
- Obtener de la Superintendencia de Sociedades<sup>2</sup> o Bancaria, según

<sup>2</sup> El permiso de funcionamiento para sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades fue abolido por el decreto 2155 de 1992.

el caso, permiso para funcionar en el país.

A su vez, la resolución o acto en que la sociedad acuerda, conforme a la ley de su domicilio principal, establecer negocios permanentes en Colombia deberá expresar<sup>3</sup>:

- Objeto social, es decir, los negocios que se propongan desarrollar;
- Monto del capital asignado a la sucursal;
- Lugar escogido como domicilio;
- Plazo de duración de los negocios en el país, y causales de terminación de los mismos;
- Designación del administrador de la sucursal o representante legal, así como de su(s) suplente(s), y
- Designación del revisor fiscal, quien deberá ser persona natural con residencia permanente en Colombia.

### 3.2.3. Obligaciones especiales

Además de las obligaciones generales que por mandato legal les corresponden a las sociedades establecidas en el territorio nacional, podemos destacar algunas de las que en

particular deben ser cumplidas por las empresas extranjeras, de conformidad con lo dispuesto por el Código de Comercio:

- Para poder establecerse en el territorio nacional requieren de la constitución de una sucursal y la expedición de una resolución o acto de intención, en las condiciones ya descritas (arts. 471 y 472);
- Deben designar siempre a un revisor fiscal, quien deberá ser una persona natural con residencia permanente en Colombia (art. 472);
- Cuando la sociedad tuviere por objeto la explotación, dirección o administración de un servicio público o una actividad declarada por el Estado como de interés nacional, deberán ser nacionales colombianos (art. 473);
- Para poder establecer la sociedad, la empresa extranjera deberá comprobar ante la Superintendencia respectiva que el capital asignado a la sucursal ha sido cubierto (art. 475);
- Los documentos otorgados en el exterior deberán ser autenticados por el funcionario competente para ello en el respectivo país, y la firma de éste lo deberá ser, a su vez, por el cónsul colombiano, o a falta de éste, por el de una nación amiga (art. 480).

<sup>3</sup> Código de Comercio, artículo 472.

### 3.2.4. *Remisión normativa*

Por último, consideramos importante mencionar que por disposición del artículo 497 del Código de Comercio, sus normas relativas a las sociedades extranjeras regirán sin perjuicio de lo pactado en tratados o acuerdos internacionales, y en lo no previsto se aplicarán las normas generales de las sociedades nacionales.

En el mismo sentido, estarán sujetas a la legislación nacional y en especial al antedicho código, todas las sociedades extranjeras que establezcan negocios en el territorio nacional, salvo en cuanto estuvieran sometidas a normas particulares.

## 4. TRABAJADORES COLOMBIANOS Y EXTRANJEROS

Lo anterior debe ser mirado en concordancia con las estipulaciones del Código Laboral, en relación con la contratación de extranjeros.

En primer lugar, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74 del C.S. del T., toda empresa con más de diez (10) trabajadores a su servicio deberá ocupar colombianos en proporción no inferior al 90% de los trabajadores ordinarios y no menos del 80% del personal de dirección, confianza o manejo o técnicamente especializado, salvo que por necesidad de la empresa, y previa autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se requiera disminuir la proporción anterior.

Adicionalmente, cabe precisar que el ingreso de extranjeros al país, así como su permanencia o salida, se rigen por las disposiciones legales y las políticas del Gobierno Nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. Los trabajadores extranjeros también tienen los mismos derechos y obligaciones que los nacionales, salvo los fueros o tratamientos diplomáticos que permitan un tratamiento excepcional. En consecuencia, desde el momento en que el extranjero celebra contrato de trabajo en el país queda cobijado por el régimen salarial y prestacional mínimo que contempla la legislación colombiana. Las diferencias obedecen en parte al procedimiento administrativo para su ingreso y control durante su permanencia en el territorio nacional.<sup>4</sup>

## 5. LOS CONTRATISTAS EXTRANJEROS EN LA LEY 80 DE 1993

### 5.1. **Legislación aplicable**

Es claro el artículo 13 del Estatuto Contractual en determinar como regla general que los contratos estatales, celebrados ya sea con personas nacionales o extranjeras, que deban ejecutarse en el territorio nacional, se regirán necesariamente por las normas civiles y mercantiles colombianas, salvo en aquellas materias particularmente reguladas en la ley 80 de 1993.

<sup>4</sup> Régimen Laboral Colombiano, de Legis. Infra 1360-1.

Como excepción a la regla anteriormente esbozada, el mismo artículo 13 prevé que los contratos celebrados o no en el país, pero en todo caso que deban ejecutarse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

Es el caso, por ejemplo, de los contratos de empréstito que celebra el Estado colombiano con bancos privados extranjeros, los cuales, independientemente del lugar o lugares donde sean suscritos, por regla general se regirán por la ley del domicilio del acreedor, pues es allí donde se desembolsa el dinero y, por consiguiente, se ejecuta el contrato.

Tratándose de los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrá el Estado colombiano someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Lo anterior guarda estrecha relación con la disposición consagrada en el párrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993, según el cual, en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, entre otros, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

## 5.2. Capacidad para contratar

El artículo 6 de la ley 80 de 1993 enuncia como regla general que podrán celebrar contratos estatales las personas a quienes la ley otorga capacidad para obligarse por sí mismas y sin la autorización de otra<sup>5</sup>, es decir, aquéllas consideradas como legalmente capaces en las disposiciones vigentes.

En cuanto a las personas jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, la norma establece un requisito adicional, que es el de imponerles que deben acreditar que su duración no será inferior a la de la duración del contrato y un año más.

Sin perjuicio de lo anterior, se deberá tener también en cuenta que para algunos contratos como los de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles—excepción hecha de los casos de contratación de urgencia, menor cuantía o adquisición de bienes cuyos precios se encuentran regulados por el Gobierno Nacional—el Estatuto de Contratación exige la inscripción, calificación y clasificación en el registro de proponentes, y no estar incurso en las causales de inhabilidades e incompatibilidades previstas en los

<sup>5</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. «Modalidades de actuación del contratista particular frente a la administración pública según la ley 80 de 1993». En: PINO RICCI, Jorge y otros. *Régimen de contratación estatal*. Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 103.



artículos 8 y 9 de la ley 80 de 1993.

### 5.3. Registro de Proponentes

El artículo 22.4 de la ley 80 de 1993 les atribuye la potestad a las personas naturales extranjeras no domiciliadas en el país, y a las sociedades privadas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, la posibilidad de presentar propuestas o celebrar contratos para los cuales se requiera la inscripción en el Registro de Proponentes, mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Presentación del documento que acredita la inscripción en el registro equivalente o correspondiente en el país donde tiene su domicilio principal, al de proponentes que establece el Estatuto de Contratación;
- En defecto de dicho documento de inscripción, deberá acreditar los correspondientes certificados de inscripción en el Registro de Proponentes establecido en el mismo Estatuto;
- Presentación de los documentos que acreditan la existencia y representación legal de la sociedad extranjera;
- Acreditar en el país un apoderado domiciliado en Colombia debidamente facultado para presentar la propuesta y celebrar el contrato, así como para representar judi-

cial y extrajudicialmente a la sociedad, y

- Los documentos otorgados en el exterior deberán presentarse debidamente legalizados en la forma prevista en las leyes vigentes sobre la materia.

A este respecto, opinamos con el doctor Edgar González López<sup>6</sup> que esta remisión a normas extranjeras tiene el inconveniente de colocar a los jueces y particulares en la difícil situación de conocer e interpretar esas leyes, o de aceptar decisiones de otras autoridades respecto del cumplimiento de requisitos que pueden ser ajenos y desconocidos para nuestra legislación.

Además, es claro que el Registro de Proponentes «tiene como finalidad el conocimiento de las calidades del oferente que lo capacitan técnica y financieramente para celebrar y cumplir el contrato. Como quiera que este requisito no se sabe si se cumple con el registro de oferentes en el extranjero, lo que deberá ser objeto de registro se exige con posterioridad, y por ello el legislador coloca al sujeto privado extranjero en la condición de tener que acreditar los documentos o informaciones sobre su experiencia, capacidad e idoneidad, y a la entidad pública en la obligación de exigir estos requisitos».

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 106.

#### 5.4. Reciprocidad

El artículo 20 de la ley 80 de 1993 podría considerarse como una extensión del principio del Tratamiento Nacional que consagra el artículo 100 de la Carta Política, con una limitación digna de mencionar, y es que tal régimen igualitario será concedido exclusivamente bajo el principio de responsabilidad, según el cual, se requerirá la suscripción previa de un acuerdo, convenio o tratado entre Colombia y la Nación Extranjera, en la cual ésta manifieste su compromiso 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 en el sector público.

A falta de tratado, convenio o acuerdo, en el sentido antes expresado, 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.

#### 5.5. Tratamiento y preferencias de las ofertas nacionales

Bajo los postulados de libre compe-

tencia y apertura económica que inspiraron en gran parte el Estatuto de Contratación, no existen normas especiales de protección a los contratista nacionales, salvo las preferencias que establece a favor de ellos al momento de la adjudicación, siempre y cuando se encuentren en igualdad de condiciones con los demás oferentes y con estricta aplicación de los criterios de selección objetiva.<sup>7</sup>

Por su parte, el artículo 21 de la ley dispone, entre otras cosas, que las entidades estatales deberán garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios nacionales, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

Además, establece también que para la oferta extranjera que se encuentre en igualdad de condiciones, se preferirá aquella que contenga la mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

#### 5.6. Cláusula compromisoria

Finalmente es importante mencionar que el último inciso del artículo 70

<sup>7</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 1997, p. 185.

de la ley 80 de 1993 consagra la posibilidad de pactar que las diferencias surgidas de los contratos celebrados con personas extranjeras y en los que se incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operaciones de bienes para la prestación de un servicio público, sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

Dentro de este contexto resulta de vital importancia la creación y desarrollo de aquellas instituciones internacionales que dedican su esfuerzo a la promoción de alternativas no judiciales para la resolución de conflictos, en especial el arbitraje, la conciliación y la amigable composición.

Es así como actualmente, dado el crecimiento inusitado del tráfico mercantil internacional, ha crecido el número de centros internacionales de arbitraje importantes, entre los cuales son dignos de mencionar la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París; la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); la Asociación Americana de Arbitraje (AAA); el Centro de Arbitraje de Columbia Británica, con sede en Vancouver (Canadá), y especialmente, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones - CIADI (ICSID).

## 6. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS

Una mención especial nos merece la Ley modelo que para la contratación pública de bienes, obras y servicios aprobó la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil (en adelante CNUDMI) en su 27º período de sesiones, entre cuyos objetivos se encuentra el fomento a la participación de proveedores y contratistas, sin distinción de nacionalidad, en el proceso de contratación pública, para promover, de este modo, el comercio internacional, asegurando el trato justo e igualitario de todos los proveedores y contratistas, dentro de un contexto de transparencia en los procedimientos contractuales.

Así mismo, la CNUDMI pretende con esta Ley modelo que en los estados que la adopten se logre un mayor grado de confianza por parte del público en lo que respecta a que la contratación se haga con rigor contable y sentido de la responsabilidad conducentes a la obtención de una contrapartida justa, y en lo concerniente a los eventuales concursantes, que sus ofertas serán consideradas con equidad por parte de la Entidad Contratante.

Dentro de este contexto, y fiel al mandato de la CNUDMI de promover el comercio internacional e incentivar la sana competencia, la Ley

modelo enuncia como regla general que se ha de permitir la participación de proveedores y contratistas de cualquier nacionalidad en el proceso de contratación, sin que los extranjeros puedan ser discriminados por ningún motivo. En este orden de ideas, la ley contempla la necesidad de implementar mecanismos de convocatoria a licitaciones y solicitudes de propuestas que sean debidamente conocidas por los círculos internacionales de proveedores y contratistas.

Al mismo tiempo, la ley reconoce el derecho que le cabe a cada Estado, en el sentido de restringir, por razones exclusivas de nacionalidad, el acceso a determinados sectores de la economía, por considerarlos de interés nacional o resultar estratégicamente importantes para el país. En todo caso, tales limitaciones deberán imponerse dentro de un entorno de legalidad y transparencia, a efectos de evitar excesos que tengan un tinte discriminatorio.

Finalmente, debemos hacer referencia al denominado «Margen de Preferencia», previsto en los artículos 34.4.d y 39.2 de la Ley modelo, es decir, un mecanismo que permite a las entidades estatales equilibrar el objetivo de incrementar la participación internacional con el fomento a la industria nacional.

Tal método consiste básicamente en seleccionar la propuesta de menor precio de un proveedor o contratista local, cuando la diferencia entre el

precio de esa oferta y el más bajo de los competidores extranjeros sea inferior a dicho margen. De esta manera, según el decir de la CNUDMI, fomentaría la competitividad de los contratistas locales, no sólo como proveedores eficaces y económicos de la entidad adjudicadora, sino también como exportadores eventualmente competitivos.

## Conclusiones

Después de revisada la normatividad vigente en la legislación interna sobre el tema propuesto, podemos afirmar lo siguiente, a modo de conclusión:

- Los extranjeros gozan en el país de los mismos derechos y garantías que tienen los inversionistas o proveedores nacionales para participar en los procesos de contratación con las entidades estatales, y solamente se les limita por motivos de utilidad pública para el Estado.
- Podemos enunciar como regla general que la contratación con entidades del Estado encuadra dentro del concepto de actividades permanentes definido por el artículo 474 del Código de Comercio.
- En tal sentido, las empresas extranjeras que contraten con el Estado colombiano deberán dar cumplimiento a los requisitos previstos en el Estatuto Mercantil

para el establecimiento de actividades permanentes en el territorio nacional.

- El Estatuto de Contratación, fiel al principio del Tratamiento Nacional, consagrado en el artículo 100 constitucional, no establece condiciones que impliquen mayor onerosidad para los contratistas extranjeros, en comparación con las previstas para los nacionales.
- Sin embargo, es claro para nosotros que, inspirados por la marcada tendencia actual hacia la internacionalización de la economía, el legislador previó algunas prerrogativas para el contratista extranjero, como la contemplada por el artículo 22.4 relativa al Registro de Proponentes.
- Nos parece importante destacar también dos manifestaciones importantes de la tendencia a la internacionalización, representada en la posibilidad abierta por el artículo 70 de la ley 80 de 1993, para llevar los conflictos que surjan de algunos contratos a cortes o centros de arbitraje internacionales, los cuales son de gran aceptación internacional.

En igual sentido, nos parece muy representativo el creciente interés demostrado por organismos multilaterales, como las Naciones Unidas, en unificar los términos y condiciones de la Contratación

de los diferentes estados miembros.

## Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo. 14 de agosto de 1996.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *El Arbitraje en los conflictos económicos internacionales*. Santafé de Bogotá, 1995.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA. Legis.

NACIONES UNIDAS. *Ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios, con la guía para su incorporación eventual al derecho interno*. Nueva York, 1995.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Derecho Mercantil Colombiano. Teoría general de las Sociedades*. 8ª edición. Santafé de Bogotá, Legis, 1998.

NUOVO CÓDIGO DE COMERCIO. Legis.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 1997.

PARRA GUTIÉRREZ, William René. *Los contratos estatales*. 2ª edición. Santafé de Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. 5ª edición. Santafé de Bogotá, Temis, 1997.

PINO RICCI, Jorge y otros. *Régimen de Contratación Estatal*. 2ª edición. Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

PINZÓN, Gabino. *Sociedades Comerciales, tipos o formas de sociedades*, vol. 3. 3ª edición. Bogotá, Temis, 1989.

RÉGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Legis.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Contratación Administrativa*. Santafé de Bogotá, Librería del Profesional, 1994.

VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. *Derecho Constitucional*. Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.