

# Compartido por:



## **CONTRATO ESTATAL EN EL EXTERIOR – Suscripción en el exterior – Régimen jurídico – Lugar de ejecución del contrato – Ejecución en Colombia – Ejecución en el exterior**

En el artículo citado se identifican dos supuestos en el segundo y tercer inciso: i) régimen aplicable a los contratos estatales celebrados en el exterior y ii) ley aplicable a los contratos celebrados en Colombia que deban ejecutarse en el exterior.

Según la norma, en el primer supuesto, si el contrato celebrado en el exterior se va a ejecutar en Colombia, la aplicación de la ley nacional deviene forzosa. Por el contrario, cuando el cumplimiento del acuerdo de voluntades sea en el exterior, las partes pueden pactar la aplicación del régimen extranjero. Por su parte, tratándose del segundo supuesto, esto es, la definición de la ley aplicable a los contratos celebrados en Colombia que deban ejecutarse en el exterior

En consecuencia, en aquellos eventos en que el contrato estatal se celebre en Colombia, pero se ejecute en el extranjero, las partes pueden pactar la aplicación del régimen extranjero. Ahora bien, “si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución”, como lo señaló la Corte Constitucional.

## **MODALIDADES DE SELECCIÓN – Régimen jurídico – Licitación pública – Regla general**

Durante la planeación de los procesos de contratación las entidades estatales deben definir la modalidad de selección a través de la cual escogerá al futuro colaborador de la Administración. Para ello, tiene a su disposición cinco modalidades previstas en la Ley 1150 de 2007: i) licitación pública; ii) selección abreviada; iii) concurso de méritos; iv) contratación directa y v) mínima cuantía. La regla general es que la modalidad de selección es la licitación pública, como lo establece el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pues para acudir a las demás se deben aplicar las causales expresamente previstas por el legislador, empleado criterios como el objeto o la cuantía del proceso de contratación e incluso la existencia de una situación de urgencia manifiesta, entre otras.

## **ESTUDIOS PREVIOS – Análisis del sector – Estudio oferta del mercado – Estudio demanda del mercado**

Una vez identificada la necesidad de interés general y los bienes o servicios que la satisfacen, la entidad estatal está obligada a definir el sector o mercado al cual pertenecen los mismos y a proceder a hacer el análisis correspondiente, el cual debe cubrir tres áreas [...]

La Entidad estatal deberá revisar los aspectos generales del mercado al que pertenece el bien o servicio objeto del proceso de contratación, para lo cual tendrá en cuenta: i) Desde la perspectiva económica: los productos incluidos en el sector, los agentes que lo componen, la existencia de gremios o asociaciones, las cifras de ventas, la cadena de producción y distribución, las materias primas necesarias y la variación de sus precios y la dinámica de exportaciones, importaciones y contrabando. ii) Desde lo técnico: el estado de innovación y desarrollo de nuevos productos, las especificaciones de calidad, así como tiempos y condiciones de entrega. iii) Bajo la visión regulatoria: la existencia o no de normatividad aplicable o influyente tanto en el bien o servicio como en la actividad de proveedores y compradores de este, incluyendo temas ambientales, tributarios y de mercado. Las entidades estatales no sólo deberán identificar a los proveedores del bien o servicio objeto del proceso



El futuro  
es de todos

DNP  
Departamento  
Nacional de Planeación

**Colombia Compra Eficiente**

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

Compartido por:



de contratación, sino que tendrán que conocer sus principales características, incluyendo su tamaño empresarial y comportamiento financiero, con el objetivo de establecer el poder de negociación de los mismos, bajo la premisa de que “mientras menos proveedores hay, mayor es el poder de negociación de cada uno de ellos”. De igual forma, las entidades deberán conocer el proceso de producción, distribución y entrega de los bienes o servicios objeto del proceso de contratación, así como los costos asociados a los mismos, ya que dicha información le permitirá disminuir el número de intermediarios y, en consecuencia, del precio que tendrá que pagar por tales productos. Las entidades estatales deberán examinar experiencias pasadas, esto es, la forma en que ha adquirido los bienes o servicios objeto del proceso de contratación con anterioridad, teniendo en cuenta: i) la modalidad de selección; ii) la cantidad adquirida; iii) el valor de los contratos y su forma de pago; iv) el comportamiento de sus colaboradores, incluido el análisis de la imposición de sanciones, y v) las garantías exigidas y la realización de riesgos.

Bogotá D.C., 19/12/2019 Hora 10:11:10s

N° Radicado: 2201913000009407

Señor  
Andrés Felipe Martínez Parra

**Radicación:** Respuesta a la consulta 4201913000007660  
**Temas:** Ejecución de contratos en el exterior  
**Tipo de asunto consultado:** Selección abreviada y estudio sectorial

Cordial saludo

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de noviembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y en el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

## 1. Problemas planteados

- 1.1 “¿Es posible recurrir a la figura de selección abreviada literal H cuando el lugar de ejecución del contrato será en el exterior?”.
- 1.2 “¿El análisis del sector se circunscribe a Colombia por ser una contratación que se hará en Colombia o debemos hacer un análisis del sector para cada uno de los 6 países donde se implementará la estrategia?”.
- 1.3 “¿Es posible que por selección abreviada se presenten proponentes que no tengan



Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

# Compartido por:



representación en Colombia?”.

- 1.4 “¿Para la construcción del estudio de mercado es posible utilizar las propuestas de cotización presentadas por los proponentes?”.

## 2. Consideraciones

Antes de responder las preguntas formuladas, procede hacer algunas reflexiones en relación con i) ley aplicable para la ejecución de contratos estatales en el exterior; ii) la definición de las modalidades de selección; y iii) los estudios sectoriales.

### 2.1. Ejecución de contratos estatales en el exterior

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

**Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera”.**

(...) (Negrilla fuera de texto)

En el artículo citado se identifican dos supuestos en el segundo y tercer inciso: i) régimen aplicable a los contratos estatales celebrados en el exterior y ii) ley aplicable a los contratos celebrados en Colombia que deban ejecutarse en el exterior.

Respecto del primer supuesto, conviene citar lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería:

“En consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos (*lex loci contractus*), el inciso se erige sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior por representantes del Estado Colombiano (SIC), lo cual entraña clara armonía con el principio de soberanía nacional que a cada Estado le corresponde, pues, siendo



El futuro  
es de todos

DNP  
Departamento  
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

# Compartido por:



Colombia un Estado Social de Derecho, lo lógico y jurídico es que la soberanía que legítimamente invoca para expedir y aplicar sus normas de contratación no se la puede negar a otros Estados. Asimismo, con apoyo en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*), **la norma deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero en la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre que tal ejecución no se realice en Colombia. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, forzoso será darle aplicación a la legislación colombiana, de conformidad con el criterio del lugar de ejecución del contrato.** Lo cual no atenta contra ningún canon constitucional, antes bien, reivindica la primacía de la normatividad contractual interna en la ejecución en Colombia de contratos celebrados en el exterior. Por contraposición, la preceptiva extranjera sólo es aplicable en la ejecución que se haga en el exterior de un contrato celebrado también en el exterior” (Negrilla fuera de texto).

Según la norma, en el primer supuesto, si el contrato celebrado en el exterior se va a ejecutar en Colombia, la aplicación de la ley nacional deviene forzosa. Por el contrario, cuando el cumplimiento del acuerdo de voluntades sea en el exterior, las partes pueden pactar la aplicación del régimen extranjero.

Por su parte, tratándose del segundo supuesto, esto es, la definición de la ley aplicable a los contratos celebrados en Colombia que deban ejecutarse en el exterior, procede citar lo expuesto por la Corte Constitucional<sup>1</sup> para darle contenido a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993:

“Apoyándose nuevamente en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (*lex loci solutionis*) el tercer inciso deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado. Sin embargo, conviene hacer las siguientes precisiones:

Con fundamento en el artículo 4o. de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades. Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional. Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que “Los contratos que se celebren en Colombia”, deben someterse al régimen contractual nacional. Asimismo, la

<sup>1</sup> Sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, con ponencia de Jaime Araujo Rentería.



El futuro  
es de todos

DNP  
Departamento  
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

# Compartido por:



ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución. Inteligencia jurídica ésta que a su vez no atenta contra el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros, y por supuesto, frente al derecho al trabajo.

(...)

Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano (sic) reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en país extraño- de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa. Por el contrario, ella queda al arbitrio de las partes, correspondiéndole por tanto a los representantes de Colombia celebrar los respectivos contratos estatales con cabal respeto y acatamiento hacia los imperativos de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, según se ha visto. Para lo cual deberán atenderse las circunstancias y posibilidades de cada objeto contractual en orden a la realización de las tareas públicas en condiciones de viabilidad financiera, tecnológica y operativa”.

En consecuencia, en aquellos eventos en que el contrato estatal se celebre en Colombia, pero se ejecute en el extranjero, las partes pueden pactar la aplicación del régimen extranjero. Ahora bien, “si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución”, como lo señaló la Corte Constitucional.

## 2.2. Definición de la modalidad de selección

Durante la planeación de los procesos de contratación las entidades estatales deben definir la modalidad de selección a través de la cual escogerá al futuro colaborador de la Administración. Para ello, tiene a su disposición cinco modalidades previstas en la Ley 1150 de 2007: i) licitación pública; ii) selección abreviada; iii) concurso de méritos; iv) contratación directa y v) mínima cuantía.

La regla general es que la modalidad de selección es la licitación pública, como lo establece el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pues para acudir a las demás se deben aplicar las causales expresamente previstas por el legislador, empleado criterios como el objeto o la cuantía del proceso de contratación e incluso la existencia de una situación de urgencia manifiesta, entre otras.



**Colombia Compra Eficiente**

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

Compartido por:



Dada la información consignada en su consulta, conviene citar lo establecido en el literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que dice

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden<sup>2</sup>

En opinión de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – por el hecho de que un contrato estatal se celebre en el país pero se ejecute en el extranjero, ello no sería óbice para que se pueda aplicar la modalidad de selección abreviada para adquirir los bienes, obras, trabajos o servicios, que se enmarque dentro de la descripción contenida en el mencionado literal h), por cuanto la regla establecida por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 ya citado, es que la norma que gobierna la suscripción del acuerdo de voluntades es la colombiana (*lex loci*), pudiendo, eventualmente, acudir al ordenamiento jurídico del país o países donde se realizará la ejecución material del objeto convenido.

### 2.3. Estudio sectorial

Una vez identificada la necesidad de interés general y los bienes o servicios que la satisfacen, la entidad estatal está obligada a definir el sector o mercado al cual pertenecen los mismos y a proceder a hacer el análisis correspondiente, el cual debe cubrir tres áreas, como lo explicó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – en la Guía para la Elaboración de Estudios de Sector:

#### 2.3.1 Aspectos generales

La Entidad estatal deberá revisar los aspectos generales del mercado al que pertenece el

---

<sup>2</sup> Nota al pie fuera de texto: de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.1.2.25 del Decreto 1082 de 2015 para ejecución de los programas de que trata el literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se debe “aplicar el procedimiento establecido para la selección abreviada de menor cuantía”.



# Compartido por:



bien o servicio objeto del proceso de contratación, para lo cual tendrá en cuenta:

- i) Desde la perspectiva económica: los productos incluidos en el sector, los agentes que lo componen, la existencia de gremios o asociaciones, las cifras de ventas, la cadena de producción y distribución, las materias primas necesarias y la variación de sus precios y la dinámica de exportaciones, importaciones y contrabando.
- ii) Desde lo técnico: el estado de innovación y desarrollo de nuevos productos, las especificaciones de calidad, así como tiempos y condiciones de entrega.
- iii) Bajo la visión regulatoria: la existencia o no de normatividad aplicable o influyente tanto en el bien o servicio como en la actividad de proveedores y compradores de este, incluyendo temas ambientales, tributarios y de mercado.

## 2.3.2. Estudio de la oferta

Las entidades estatales no sólo deberán identificar a los proveedores del bien o servicio objeto del proceso de contratación, sino que tendrán que conocer sus principales características, incluyendo su tamaño empresarial y comportamiento financiero, con el objetivo de establecer el poder de negociación de los mismos, bajo la premisa de que “mientras menos proveedores hay, mayor es el poder de negociación de cada uno de ellos”.

De igual forma, las entidades deberán conocer el proceso de producción, distribución y entrega de los bienes o servicios objeto del proceso de contratación, así como los costos asociados a los mismos, ya que dicha información le permitirá disminuir el número de intermediarios y, en consecuencia, del precio que tendrá que pagar por tales productos.

## 2.3.3. Estudio de la demanda

Las entidades estatales deberán examinar experiencias pasadas, esto es, la forma en que ha adquirido los bienes o servicios objeto del proceso de contratación con anterioridad, teniendo en cuenta: i) la modalidad de selección; ii) la cantidad adquirida; iii) el valor de los contratos y su forma de pago; iv) el comportamiento de sus colaboradores, incluido el análisis de la imposición de sanciones, y v) las garantías exigidas y la realización de riesgos.

Es relevante destacar que las entidades estatales no se deben limitar, únicamente, a experiencias pasadas propias, pues el estudio del sector permite que se haga el análisis incluyendo la forma en que las empresas privadas adquieren el bien o servicio objeto del



**Colombia Compra Eficiente**

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

# Compartido por:



proceso de contratación.

### 3. Respuestas

Con base en las consideraciones expuestas, se responden las preguntas en el mismo orden en el que fueron formuladas, no sin antes recordar que los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – son orientaciones de carácter general y no suponen la solución directa de controversias específicas o el análisis de actuaciones particulares de entidades estatales.

1. Corresponde a las entidades estatales determinar durante la etapa de planeación la modalidad de selección aplicable. En todo caso, en opinión de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – sí es posible acudir a la causal contenida en el literal h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 en los casos en los cuales si bien el contrato estatal se celebrará en Colombia, su lugar de ejecución será en el extranjero, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que dispone que “[L]os contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera”.
2. La determinación del contenido y alcance del estudio sectorial corresponde a las entidades estatales. Sin perjuicio de ello, en criterio de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – con el objetivo de obtener un mayor valor del dinero público y, en general, optimizar los escasos recursos del Estado, las entidades estatales deben conocer a fondo la oferta existente para la ejecución del contrato desde una perspectiva comercial en los lugares en donde el mismo se va a cumplir.
3. Con independencia de la modalidad de selección que se establezca para la escogencia del colaborador de la Administración, si el proponente es extranjero, deberá contar con un apoderado en Colombia para que lo represente en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales, en virtud de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 1564 de 2012, para las personas jurídicas, y el artículo 477 del Código de Comercio, para las personas naturales.
4. En criterio de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – si es procedente lo expuesto en la pregunta del peticionario. En todo caso, conviene señalar que las cotizaciones que las entidades estatales reciben durante el estudio sectorial no vinculan a quienes las enviaron, pues no los obliga a ofertar en el proceso de contratación que de dicho estudio eventualmente se derive ni conlleva a que el valor incorporado en la propuesta que se presente sea el que se remitió durante la confección del estudio sectorial.



El futuro  
es de todos

DNP  
Departamento  
Nacional de Planeación

Colombia Compra Eficiente

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)

Compartido por:



Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original firmado  
Fabián Gonzalo Marín Cortés

**FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS**  
**SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL**

Proyectó: Felipe Antonio Hadad Álvarez



**Colombia Compra Eficiente**

Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)