CCE-DES-FM-17

**TRATO NACIONAL – Concepto – Contratación pública – Principio de reciprocidad**

El artículo 20 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de reciprocidad en la contratación estatal, entendido como el compromiso asumido por el Estado de brindar a los oferentes de bienes y servicios de origen extranjero un trato semejante al que les conceden a los colombianos en otros Estados con los cuales se ha celebrado acuerdo o tratado comercial, cuando, en ausencia de tratado, se certifica dicha reciprocidad, o en virtud de procesos de integración regional.

En otras palabras, el trato nacional consiste en la consideración especial en la asignación de puntaje, que se tiene sobre los oferentes, bienes y servicios colombianos, en los procedimientos de selección, pero que, en virtud del principio de reciprocidad, se extiende a los oferentes, bienes o servicios extranjeros. Este privilegio puede provenir de alguna de tres fuentes: i) un tratado o acuerdo comercial en el que se haya negociado dicho trato nacional, ii) un certificado de reciprocidad expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores –ante la ausencia de un tratado o acuerdo comercial– o iii) la regulación andina. Las tres fuentes se reconocen no solo en el precitado artículo 20 de la Ley 80 de 1993, sino en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

**TRATO NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje**

Una vez analizadas las tres fuentes del trato nacional en la contratación pública, es importante precisar que el efecto de dicho beneficio es la asignación del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003, la cual exige, en el artículo 1, que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, adopten criterios que apoyen la industria nacional. […].

Así pues, cuando la oferta de bienes y servicios extranjeros goce de trato nacional por alguna de las tres razones analizadas con anterioridad, deberá beneficiarse de la obtención del puntaje comprendido entre el 10 y el 20%, según lo haya definido la entidad estatal contratante.

**INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Bienes y servicios nacionales**

Es la entidad pública la que, en el pliego de condiciones, debe establecer los criterios de asignación de puntaje –o factores de evaluación–. De este modo, cuenta con discrecionalidad administrativa para determinar a partir de qué elementos o circunstancias realizará la calificación de las propuestas. Tal discrecionalidad, por supuesto, no es absoluta, sino que está limitada por las normas de orden público, que incluyen reglas imperativas para la confección del pliego de condiciones.

Dentro de las reglas que restringen la discrecionalidad administrativa de las entidades estatales en la elaboración del pliego de condiciones se encuentra, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, este enunciado normativo establece que los órganos del Estado a los que se refiere el artículo 1 de la misma Ley deben incluir «[…] un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%)» para estimular la industria nacional, cundo se ofertes bienes o servicios nacionales. Adicionalmente, la norma indica que si no se ofertan bienes o servicios nacionales, sino 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». Dicho de otro modo, no es que un mismo oferente pueda recibir al mismo tiempo –o sea, sobre una misma oferta– el puntaje por ofertar bienes o servicios colombianos y el puntaje por incorporar componente colombiano sobre los bienes o servicios extranjeros, sino que el segundo de los puntajes indicados opera *en subsidio* del primero. Es decir, quien no oferte bienes o servicios colombianos, podría obtener puntaje por incorporar «[…] componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos».

**SERVICIOS NACIONALES – Objeto contractual – Puntaje**

Cuando el objeto de un contrato estatal consista solo en la prestación de un *servicio*, en el pliego de condiciones o en el documento equivalente se debe indicar que el puntaje derivado del apoyo a la industria nacional se concederá al proponente que oferte *servicios* nacionales. De la misma manera, si lo que se contratará es un servicio, se debe indicar que se asignará puntaje al proponente que oferte *servicios* extranjeros, siempre y cuando estos incorporen componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos. Lo anterior, sin perjuicio de los compromisos sobre trato nacional asumidos en los acuerdos comerciales vigentes.

**TRATO NACIONAL – Proceso de selección – Ejecución contractual**

En suma, el trato nacional no solo obliga a las entidades estatales a conceder el puntaje señalado en el primer inciso del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 en la etapa de evaluación –que hace parte del proceso de selección–, sino que es un deber que también proyecta sus efectos sobre la etapa de ejecución del contrato, para dar pleno cumplimiento a los términos del acuerdo comercial que rige la contratación en cada caso. En consecuencia, si sobre la contratación rige un tratado internacional que establece que se considerará nacionales a los bienes y servicios allí negociados, la entidad estatal colombiana debe conceder el trato nacional, considerando como nacionales durante la ejecución del contrato los bienes y servicios incluidos dentro del acuerdo comercial. Esto se deduce del artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015. En efecto, dicha norma establece que se deben tener como nacionales los bienes y servicios que provengan de Estados con los cuales Colombia haya celebrado acuerdos comerciales, en los términos pactados en estos.

Bogotá D.C., **08/03/2021 17:19:18**



Señor

**Daniel Mauricio Quiceno Arcila**

Ciudad

**Concepto C ‒ 050 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | TRATO NACIONAL ― Concepto ― Contratación pública ― Principio de reciprocidad / TRATO NACIONAL ― Ley 816 de 2003 ― Puntaje / INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Bienes y servicios nacionales / SERVICIOS NACIONALES – Objeto contractual – Puntaje / TRATO NACIONAL – Proceso de selección – Ejecución contractual. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210126000599  |

Estimado señor Quiceno:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 26 de enero del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente pregunta:

«¿puede una entidad del estado dar trato nacional o considerar como bienes o servicios producto de industria nacional a bienes o servicios tecnológicos desarrollados por empresas extranjeras con domicilio principal en países con tratado comercial internacional vigente con Colombia durante la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que dentro del mismo se pactó cláusula que establece que el personal debe ser nacional, y, en caso de considerarse, la tecnología debe provenir de industria nacional?».

**2. Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) trato nacional en la contratación estatal, ii) otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional, de conformidad con la Ley 816 de 2003 y iii) deber de verificación por parte de la entidad estatal, durante la ejecución del contrato derivado de un proceso de selección en el que se concedió puntaje por apoyo a la industria nacional.

Al respecto, conviene indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, mediante los conceptos C-043 del 15 de enero de 2020, C-073 del 28 de febrero de 2020, C-114 del 6 de marzo de 2020, C-033 del 13 de marzo de 2020, C-119 del 18 de marzo de 2020, C-360 y C-417, ambos del 16 de julio de 2020, y C-041 del 26 de enero de 2021, se pronunció sobre el entendimiento del concepto de trato nacional y sobre el apoyo a la industria nacional en los procedimientos de selección. Algunas de las tesis expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación.

**2.1. Trato nacional en la contratación estatal. Fuentes y acreditación**

El artículo 20 de la Ley 80 de 1993 consagra el *principio de reciprocidad* en la contratación estatal, entendido como el compromiso asumido por el Estado de brindar a los oferentes de bienes y servicios de origen extranjero un trato semejante al que les conceden a los colombianos en otros Estados con los cuales se ha celebrado acuerdo o tratado comercial, cuando, en ausencia de tratado, se certifica dicha reciprocidad[[1]](#footnote-2), o en virtud de procesos de integración regional[[2]](#footnote-3).

En otras palabras, el *trato nacional* consiste en la consideración especial en la asignación de puntaje, que se tiene sobre los oferentes, bienes y servicios colombianos, en los procedimientos de selección, pero que, en virtud del principio de reciprocidad, se extiende a los oferentes, bienes o servicios extranjeros; privilegio que puede provenir de alguna de tres fuentes: i) un tratado o acuerdo comercial en el que se haya negociado dicho trato nacional, ii) un certificado de reciprocidad expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores –ante la ausencia de un tratado o acuerdo comercial– o iii) la regulación andina. Las tres fuentes se reconocen no solo en el precitado artículo 20 de la Ley 80 de 1993, sino en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015[[3]](#footnote-4).

En cuanto a la primera fuente, cabe señalar que el trato nacional puede estar estipulado en un *tratado o acuerdo comercial* suscrito entre Colombia y uno o varios Estados, adoptando como cláusula que a los oferentes, bienes o servicios extranjeros de dichos estados se les considerará en nuestro país como nacionales, bajo las condiciones establecidas en la respectiva negociación[[4]](#footnote-5). Así, el tratado correspondiente puede contener un acápite en el que se establezca que determinados bienes o servicios cubiertos se beneficiarán por el trato nacional, lo que a veces también puede suceder con los proveedores. A título de ejemplo, la cláusula 11.2 del tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y los países del Triángulo Norte de Centroamérica –El Salvador, Guatemala y Honduras–[[5]](#footnote-6) establece que, con respecto a la cobertura negociada en dicho acuerdo, «cada Parte concederá a las mercancías, servicios, incluidos los servicios de construcción, y proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que conceda a sus propias mercancías, servicios y proveedores». Así mismo, el artículo 9.2 del tratado de libre comercio celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica[[6]](#footnote-7), prevé que «Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo [es decir, el capítulo 9], cada Parte otorgará incondicionalmente a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado por dicha Parte a sus propias mercancías, servicios y proveedores» [nota entre corchetes fuera de texto].

En consecuencia, para que pueda aplicarse el trato nacional en virtud del pacto contenido en un tratado o acuerdo comercial, la contratación debe versar sobre los bienes, servicios o proveedores *cubiertos* por dicho tratado, pues la autonomía de la voluntad de los Estados, que es expresión de su soberanía, les permite negociar en el acuerdo comercial un alcance o cobertura del mismo, según razones de oportunidad o conveniencia. Es por esto que en los tratados se establecen las entidades cubiertas, así como los umbrales, es decir los valores o montos que, al igualarse o superarse en un procedimiento de contratación, hacen que este quede amparado por el tratado[[7]](#footnote-8). De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura[[8]](#footnote-9).

En relación con la segunda fuente del trato nacional, esto es, el *certificado de reciprocidad*, el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 establece que cuando «[…] no se hubiere 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». Esto significa que la ausencia de tratado o acuerdo comercial no inhabilita por ese solo hecho al oferente extranjero para participar en el procedimiento de selección abierto por una entidad estatal colombiana, ni le impide ser tratado como nacional de nuestro país, pero si pretende gozar de este último beneficio, debe contar con un certificado de reciprocidad. Este certificado es un documento que, según el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, debe expedir el Ministerio de Relaciones Exteriores frente «a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado». Tal certificado solo puede expedirse, entonces, cuando no exista tratado o acuerdo comercial suscrito con el Estado del que provenga el oferente, bien o servicio[[9]](#footnote-10).

La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina[[10]](#footnote-11) que consagran este principio. Así lo reconoce el literal c) del mencionado artículo del Decreto 1082 de 2015, al establecer que las entidades estatales también deben conceder trato nacional «[…] a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia». Así, por ejemplo, el artículo 4 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina, dispuso que «La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata».

Actualmente el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 2.2.1.2.4.1.1. y 2.2.1.2.4.1.2. del Decreto 1082 de 2015, consagran la prevalencia de los compromisos contenidos en los tratados o acuerdos comerciales suscritos por Colombia con otros Estados, sobre lo que establezca el derecho interno, el cual no puede ser contrario a los tratados. Lo anterior se deduce de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados[[11]](#footnote-12).

**2.2. Otorgamiento de puntaje por apoyar la industria nacional, de conformidad con la Ley 816 de 2003. Límites a la discrecionalidad administrativa en la confección del pliego de condiciones**

Una vez analizadas las tres fuentes del trato nacional en la contratación pública, es importante precisar que el efecto de dicho beneficio es la asignación del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003. Este cuerpo normativo, en el artículo 1, dispone que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen, e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, deben adoptar criterios que apoyen la industria nacional. En consonancia con lo anterior, el parágrafo de dicho artículo dispone que:

Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.

El artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, según se explicó, indica la forma como se debe acreditar dicha circunstancia, dependiendo del fundamento del trato nacional y exigiendo el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no exista tratado, ni regulación andina aplicable.

Verificado el deber de trato nacional en un procedimiento de selección, la entidad estatal debe cumplir con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 816, que establece un criterio de calificación diferencial, en los siguientes términos:

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.

Así, cuando la oferta de bienes y servicios extranjeros goce de trato nacional por alguna de las tres razones analizadas con anterioridad, deberá beneficiarse de la obtención del puntaje comprendido entre el 10 y el 20%, según lo haya definido la entidad estatal contratante.

Es la entidad pública la que, en el pliego de condiciones, debe establecer los criterios de asignación de puntaje –o factores de evaluación–. De este modo, cuenta con discrecionalidad administrativa para determinar a partir de qué elementos o circunstancias realizará la calificación de las propuestas. Tal discrecionalidad, por supuesto, no es absoluta, sino que está limitada por las normas de orden público, que incluyen reglas imperativas para la confección del pliego de condiciones.

Dentro de las reglas que restringen la discrecionalidad administrativa de las entidades estatales en la elaboración del pliego de condiciones se encuentra, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, este enunciado normativo establece que los órganos del Estado a los que se refiere el artículo 1 de la misma Ley deben incluir «[…] un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%)» para estimular la industria nacional, cuando se oferten bienes o servicios nacionales. Adicionalmente, la norma indica que si no se ofertan bienes o servicios nacionales, sino 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».

Dicho de otro modo, no es que un mismo oferente pueda recibir al mismo tiempo –o sea, sobre una misma oferta– el puntaje por ofertar bienes o servicios colombianos y el puntaje por incorporar componente colombiano sobre los bienes o servicios extranjeros, sino que el segundo de los puntajes indicados opera *en subsidio* del primero. Es decir, quien no oferte bienes o servicios colombianos, podría obtener puntaje por incorporar «[…] componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos».

Si bien, como se ha indicado, el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 constituye un límite a la discrecionalidad administrativa para la confección del pliego de condiciones o de su documento equivalente –en la medida en que obliga a las entidades estatales a incluir un criterio de asignación de puntaje, estableciendo un porcentaje mínimo y uno máximo–, asimismo les confiere un margen de libertad de configuración. En otros términos, los órganos del Estado no pierden por completo la discrecionalidad para establecer el puntaje por apoyo a la industria nacional. Las entidades estatales conservan un margen de apreciación para: i) establecer el porcentaje de puntos que otorgarán a las ofertas de bienes o servicios nacionales, pudiendo optar por un porcentaje incluido entre el diez por ciento (10%) y el veinte por ciento (20%), es decir, respetando el mínimo y el máximo –o entre el cinco por ciento (5%) y el quince por ciento (15%) para los bienes o servicios extranjeros que incorporen componente colombiano–. Igualmente, las entidades estatales tienen discrecionalidad para ii) definir el objeto del contrato de acuerdo con la necesidad detectada en la fase de planeación, de manera que puedan determinar si dicho objeto incluye bienes, servicios o una combinación de ambos.

Cuando el objeto de un contrato estatal consista solo en la prestación de un *servicio*, en el pliego de condiciones o en el documento equivalente se debe indicar que el puntaje derivado del apoyo a la industria nacional se concederá al proponente que oferte *servicios* nacionales. De la misma manera, si lo que se planea contratar es un servicio, se debe indicar que se asignará puntaje al proponente que oferte *servicios* extranjeros, siempre y cuando estos incorporen componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos. Lo anterior, *sin perjuicio de los compromisos sobre trato nacional asumidos en los acuerdos comerciales vigentes*. Así, por ejemplo, si el proceso de selección que adelantará una entidad es un concurso de méritos –modalidad que se surte para la celebración de contratos de consultoría[[12]](#footnote-13)–, en principio, el pliego de condiciones debería establecer que el puntaje por estímulo a la industria nacional se otorgará a quienes oferten servicios nacionales, teniendo en cuenta que la consultoría es un servicio[[13]](#footnote-14). Lo mismo puede decirse de un proceso de licitación pública para suscribir un contrato de obra. Esta afirmación se sostiene sin perjuicio de que en un proceso de selección concreto la entidad estatal, en ejercicio de la discrecionalidad administrativa que tiene para determinar la necesidad contractual y confeccionar el pliego de condiciones o su documento equivalente, considere que, además del servicio –como actividad principal–, el objeto del contrato también involucrará la venta o suministro de bienes por parte del contratista. En este caso, el factor de calificación previsto en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 podría distribuirse entre los bienes y servicios ofertados, si así lo decide razonablemente la entidad estatal contratante. Ello depende del análisis de oportunidad y conveniencia, efectuado en los estudios previos.

El criterio explicado ha sido el acogido por esta Subdirección y, como muestra de ello, así lo ha dejado establecido en los documentos tipo. Verbigracia, los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3– indican lo siguiente:

4.3. APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL

Los proponentes pueden obtener puntaje de apoyo a la industria nacional por: i) servicios nacionales o con trato nacional o por ii) la incorporación de servicios colombianos. La entidad en ningún caso otorgará simultáneamente el puntaje por (i) servicio nacional o con trato nacional y por (ii) incorporación de servicios colombianos.

*El objeto contractual es el servicio de obra, por lo cual la entidad no asignará puntaje por bienes nacionales* [Cursiva fuera de texto]*.*

Los puntajes para estimular a la industria nacional se relacionan en la siguiente tabla:

| **Concepto** | **Puntaje** |
| --- | --- |
| Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional | 20 |
| Incorporación de componente nacional en servicios extranjeros | 5 |

Como se observa, en el numeral 4.3 de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte que se encuentran vigentes, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estableció que el puntaje que se debe asignar para estimular la industria colombiana, ha de otorgarse a los *servicios nacionales*, porque el objeto del contrato es *servicio de* obra pública y no la adquisición o suministro de bienes.

Para probar que los servicios ofertados son nacionales, el oferente debe acreditar su domicilio u origen. Esto se infiere del artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, que define los «servicios nacionales» como los «Servicios prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana». Por ello, para demostrar que los servicios son nacionales, si se trata de una persona natural, debe aportar la cédula de ciudadanía. La persona natural extranjera residente en Colombia debe presentar con la oferta la visa de residencia que le permita la ejecución del objeto contractual de conformidad con la ley. Si el oferente es una persona jurídica constituida en Colombia, debe allegar el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio correspondiente. Cuando el proponente sea extranjero, solo puede obtener el puntaje al que se refiere el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 en virtud del trato nacional, si acredita que *los servicios* son originarios de los Estados con los cuales Colombia haya suscrito acuerdos comerciales aplicables al proceso de selección respectivo. El proponente extranjero puede demostrar esta circunstancia con los documentos que acrediten su domicilio[[14]](#footnote-15).

Cuando el objeto del contrato incluye *bienes*, el puntaje por apoyo a la industria nacional debe tener en cuenta la definición establecida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, que dice que son aquellos «Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009​ o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan». El artículo 1 de este reglamento dispone que «Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto».

Así, el objeto de un contrato puede consistir: i) en la prestación o suministro de servicios, ii) en la compraventa o suministro de bienes o iii) en una combinación de ambos. Por lo tanto, las entidades estatales deben analizar y tener en cuenta el conocimiento de esta circunstancia para configurar en el pliego de condiciones la forma como otorgarán el puntaje por apoyo a la industria nacional. Esta postura es coherente con lo expresado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto emitido con ocasión de la consulta con radicado No. 4201814000004177 del 9 de mayo de 2018, pues en dicha oportunidad la Subdirección de Gestión Contractual explicó que «[…] la Entidad Estatal es autónoma para definir la regla objetiva para otorgar los puntos de apoyo a la industria nacional de acuerdo con lo establecido en la Ley 816 de 2003, […]» y que «[…] para ello puede otorgar puntos solamente a bienes o solamente a servicios, o establecer una regla, para otorgar ciertos puntos a bienes nacionales y otros diferentes a servicios nacionales *cuando el contrato incluya adquisición de bienes y prestación de servicios*» [cursiva fuera de texto].

Las anteriores consideraciones se formulan a partir de la interpretación de las disposiciones vigentes que regulan la materia. En consecuencia, debido a que las entidades estatales, según se expuso, tienen un nivel de discrecionalidad administrativa –aunque limitada– para definir este factor de calificación, las circunstancias particulares de cada caso son las que permiten determinar la viabilidad de conceder puntaje por apoyo a la industria nacional a bienes, a servicios, o una combinación de ambos.

**2.3. Ejecución del contrato derivado de un proceso de selección en el que se concedió puntaje por apoyo a la industria nacional. Deber de verificación y prevalencia de los tratados comerciales vigentes**

En la consulta que se estudia, el peticionario pregunta a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente si, durante la ejecución de un contrato estatal, la entidad pública puede conceder trato nacional a bienes o servicios desarrollados por empresas extranjeras domiciliadas en Estados con los cuales Colombia ha celebrado tratados comerciales vigentes. Ello a pesar de que en el contrato se estipule que, tanto los bienes, como los servicios, deben ser nacionales.

Para esta Subdirección la respuesta es afirmativa. En efecto, la normativa interna del Estado colombiano en materia de contratación pública consagra un concepto amplio del carácter «nacional» de los bienes o servicios, que incluye no solo los bienes o servicios desarrollados por empresas domiciliadas en nuestro país, sino también los bienes o servicios comercializados por proveedores domiciliados en otros países –en este segundo evento, en virtud del principio del trato nacional, que se explicó en el numeral 2.1. de este concepto–. El fundamento normativo de esta conclusión se encuentra tanto en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, como en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, normas citadas con anterioridad.

En efecto, la primera de dichas disposiciones normativas establece que si el Estado colombiano ha celebrado tratados o acuerdos comerciales con otros Estados, a las ofertas de bienes y servicios provenientes de tales Estados, suscriptores del acuerdo, Colombia debe concederles «[…] 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». Este precepto se desarrolla en la norma indicada del Decreto 1082 de 2015, con base en la cual las entidades estatales deben conceder trato nacional, entre otros supuestos que no es necesario profundizar en este concepto –porque no guardan relación con la pregunta–, a «[…] los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, *en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales*» [Cursiva fuera de texto].

De lo expuesto se colige que si una entidad estatal llevara a cabo un proceso de selección contractual, en el que –según el umbral, el objeto o el régimen jurídico– debe aplicar un tratado internacional vigente, deberá consultar los términos previstos en dicho acuerdo comercial en relación con el trato nacional. Si, en virtud de las estipulaciones del tratado, se ha negociado y acordado que ciertos bienes o servicios provenientes de los Estados suscriptores han de beneficiarse del mismo trato que el que reciben los bienes o servicios desarrollados por los nacionales colombianos, la entidad estatal obligada a aplicar ese tratado comercial debe conferir entonces trato nacional a las ofertas de bienes o servicios de los proponentes de dichos países, bajo los estrictos términos del acuerdo comercial.

Por lo tanto, el trato nacional no solo obliga a las entidades estatales a conceder el puntaje señalado en el primer inciso del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 en la etapa de evaluación –que hace parte del proceso de selección–, sino que es un deber que también extiende sus efectos sobre la etapa de ejecución del contrato, para dar pleno cumplimiento a los términos del acuerdo comercial que rige la contratación en cada caso. En consecuencia, si sobre la contratación rige un tratado internacional que establece que se considerará nacionales a los bienes y servicios allí negociados, la entidad estatal colombiana debe conceder el trato nacional, considerando como nacionales durante la ejecución del contrato los bienes y servicios incluidos dentro del acuerdo comercial. Esto se deduce del artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, pues dicha norma establece que se deben tener como nacionales los bienes y servicios que provengan de Estados con los cuales Colombia haya celebrado acuerdos comerciales, en los términos pactados en estos.

**3. Respuesta**

«¿puede una entidad del estado dar trato nacional o considerar como bienes o servicios producto de industria nacional a bienes o servicios tecnológicos desarrollados por empresas extranjeras con domicilio principal en países con tratado comercial internacional vigente con Colombia durante la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que dentro del mismo se pactó cláusula que establece que el personal debe ser nacional, y, en caso de considerarse, la tecnología debe provenir de industria nacional?».

La Subdirección de Gestión Contractual no puede efectuar valoraciones de supuestos concretos, pues su competencia consultiva se restringe a la aplicación de normas de carácter general. Por ello, responde su pregunta a partir de una interpretación en abstracto del régimen vigente sobre trato nacional.

Como se expuso en las consideraciones, la normativa interna del Estado colombiano en materia de contratación pública consagra un concepto amplio del carácter «nacional» de los bienes o servicios, que incluye no solo los bienes o servicios desarrollados por empresas domiciliadas en nuestro país, sino también los bienes o servicios comercializados por proveedores domiciliados en otros países –en este segundo evento, en virtud del principio del trato nacional, que se explicó en el numeral 2.1. de este concepto–. El fundamento normativo de esta conclusión se encuentra tanto en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, como en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, normas citadas con anterioridad.

Por lo tanto, si una entidad estatal llevara a cabo un proceso de selección contractual, en el que –según el umbral, el objeto o el régimen jurídico– debe aplicar un tratado internacional vigente, deberá consultar los términos previstos en dicho acuerdo comercial en relación con el trato nacional. Por ello. si en virtud de las estipulaciones del tratado, se ha negociado y acordado que ciertos bienes o servicios provenientes de los Estados suscriptores han de beneficiarse del mismo trato que el que reciben los bienes o servicios desarrollados por los nacionales colombianos, la entidad estatal obligada a aplicar ese tratado comercial debe conferir entonces trato nacional a las ofertas de bienes o servicios de los proponentes de dichos países, bajo los estrictos términos del acuerdo comercial.

Además, el trato nacional no solo obliga a las entidades estatales a conceder el puntaje señalado en el primer inciso del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 en la etapa de evaluación –que hace parte del proceso de selección–, sino que es un deber que también extiende sus efectos sobre la etapa de ejecución del contrato, para dar pleno cumplimiento a los términos del acuerdo comercial que rige la contratación en cada caso.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. El tenor del artículo 20 es el siguiente: «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.

»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.

»PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

»PARÁGRAFO 2o. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere 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 parágrafo». [↑](#footnote-ref-2)
2. Así lo reconoció la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, el cual puede consultarse en el siguiente sitio web:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_manual\_acuerdos\_comerciales.pdf [↑](#footnote-ref-3)
3. «Artículo 2.2.1.2.4.1.3. Existencia de trato nacional. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

»El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

»Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado». [↑](#footnote-ref-4)
4. Como lo ha indicado la Corte Constitucional, «La cláusula del trato nacional es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales. Su objetivo apunta a que las mercancías que ingresan a un Estado Parte no sean sometidas a un trato discriminatorio en relación con los productos del país receptor. En otras palabras, se busca asegurar la existencia de unas reglas de competencia leal y transparente entre el producto importado y el nacional. La existencia de tales cláusulas-tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte» (Sentencia C-608/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). [↑](#footnote-ref-5)
5. Aprobado mediante Ley 1241 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
6. Aprobado por la Ley 1143 de 2007. [↑](#footnote-ref-7)
7. Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad [↑](#footnote-ref-8)
8. Por ejemplo, la nota 2 del Anexo 9.1 del tratado de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica dispone que, si bien el Ministerio de Defensa Nacional es una entidad cubierta, «No estarán cubiertas por este Capítulo las contrataciones de bienes contenidas en la Sección 2 (Alimentos, Bebidas y Tabaco; Textil y Confección y Productos de Cuero) del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0) de las Naciones Unidas, para el Comando General de las Fuerzas Militares, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana, y la Policía Nacional». [↑](#footnote-ref-9)
9. Esta es la tesis que ha prohijado esta Agencia en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, en las siguientes palabras: «La Entidad Estatal también debe conceder el mismo trato que da a los bienes y servicios colombianos a aquellos bienes y servicios de Estados con los cuales, a pesar de no existir un Acuerdo Comercial, el Gobierno Nacional ha certificado reciprocidad. Es decir, cuando el Gobierno Nacional con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compra pública de dicho Estado, ha certificado que en ese Estado los bienes y servicios colombianos gozan del mismo trato que los bienes y servicios de dicho Estado o que no existe en dicho Estado ninguna medida que fomente el desarrollo local o mejore las cuentas de la balanza de pagos. Las certificaciones expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores están publicadas en la página web de Colombia Compra Eficientse (https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/secop-i/certificados-de-trato-nacional-por-reciprocidad ), y su contenido debe ser verificado pues no en todos los casos la Entidad Estatal debe conceder dicho trato.

»La existencia de un Acuerdo Comercial que prevea trato nacional en materia de contratación pública excluye la posibilidad de que el Gobierno Nacional certifique trato nacional por reciprocidad.

»Así, por ejemplo, en ningún caso el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá certificar trato nacional por reciprocidad con México, pues existe un Acuerdo Comercial con dicho Estado». [↑](#footnote-ref-10)
10. La Comunidad Andina de Naciones –CAN– es un mecanismo subregional de integración creado mediante el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Este último país perteneció a la Comunidad hasta el 2006. [↑](#footnote-ref-11)
11. «26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

»27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

»[…]». [↑](#footnote-ref-12)
12. En efecto, el artículo 2, numeral 3, de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 219 del Decreto 19 de 2012, establece que el concurso de méritos «Corresponde a Ia modalidad prevista para Ia selección de consultores o proyectos, […]». [↑](#footnote-ref-13)
13. Esto se interpreta del artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993, que define los contratos de consultoría como los que «[…] celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión». Y agrega que «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos». [↑](#footnote-ref-14)
14. Estas reglas fueron las que se establecieron en el numeral 4.3.1. de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3–. [↑](#footnote-ref-15)