CCE-DES-FM-17

**EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto**

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación equivalente, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

**DECRETO 1082 DE 2015 – Factores de desempate – Pérdida de vigencia – Decaimiento**

[…] hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección. En criterio de esta Agencia, debe entenderse que esta norma perdió vigencia en virtud del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». En tal sentido, se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta la aplicación de los factores de desempate, debe entenderse que el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 perdió vigencia.

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Así las cosas, de cara a este asunto en particular, nos encontramos frente al fenómeno del decaimiento del acto administrativo, pues los elementos de derecho que fundamentaban la regulación de los factores de desempate en el Decreto 1082 de 2015 fueron derogados. De esta manera, la expedición de la Ley 2069 de 2020 conllevó a que desparecieran los fundamentos de derecho que sustentaban la regulación del decreto indicado, debiéndose aplicar la normativa vigente establecida en dicha ley.

**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 proviene 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 tanto en el precitado artículo 20 de la Ley 80 de 1993 como en el artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

**APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntajes – Discrecionalidad**

[…] El artículo 2 de la Ley 816 de 2003 constituye un límite a la discrecionalidad administrativa para la elaboración 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–, 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%) del total de los puntos, es decir, respetando el mínimo y el máximo –o entre el cinco por ciento (5%) y el quince por ciento (15%) del total de los puntos 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.

*En relación con el primer aspecto*, esto es, los puntos que se pueden establecer en los procedimientos de selección frente a este incentivo a la «industria nacional», como se indicó, las entidades estatales tienen un margen de discrecionalidad administrativa para regularlos, siempre que respeten los criterios establecidos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En tal sentido, en cuanto al puntaje que pueden establecer para favorecer, por un lado, a los bienes o servicios nacionales o, por otro lado, frente a los bienes o servicios extranjeros que incorporen componente colombiano, pueden optar por establecer valores específicos absolutos o puede regularlos estableciendo rangos o escalas de puntaje, sujetos a que los proponentes cumplan determinadas condiciones, siempre que se respeten los valores mínimos y máximos establecidos en el artículo indicado.



Señora

**Sandra Milena Serrato Zuluaga**

Bogotá, D.C.

 **Concepto C ‒ 058 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / DECRETO 1082 DE 2015 – Factores de desempate – Pérdida de vigencia – Decaimiento / TRATO NACIONAL – Concepto – Contratación pública – Principio de reciprocidad / APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntajes – Discrecionalidad |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20210128000667 |

Estimada señora Serrato Zuluaga.

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 P20210128000667 del 28 de enero de 2021.

1. **Problema planteado**

La peticionaria realizó las siguientes preguntas: «1. La Ley 2069 de 31 de diciembre de 2020, por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia, en su art 35 define 12 criterios de desempate para los procesos de contratación, quisiera saber si dicha ley deroga lo establecido en la ley 1150 de 2007, y su vez lo establecido en el Decreto 1082 de 2015 factores de desempate». «2. Quisiera saber cual es el procedimiento económico correcto para aplicar la ley 816 de 2003 "Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública", en los procesos de contratación en los cuales aplica, ya que veo con frecuencia que las entidades suman (20) puntos adicionales por descarte a los puntajes técnico y económico, sin embargo la norma hace claridad de que el valor establecido por la entidad para otorgar puntaje por ley 816 es un factor porcentual, que oscila entre el 10% y el 20%, por ende se debe aplicar el porcentaje establecido a los puntajes técnico mas económico y de esta forma determinar el puntaje máximo a otorgar».

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas de la peticionario, se analizarán los siguientes temas: i) los factores de desempate en la contratación estatal, donde se analizará su concepto y características; ii) la vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020; iii) la derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015, donde se analizará el decaimiento de la regulación establecida en dicho decreto; iv) el trato nacional en la contratación estatal, donde se analizarán las fuentes y su forma de acreditación; v) El otorgamiento de puntaje por apoyar la industria nacional, de conformidad con la Ley 816 de 2003, donde se analizarán también los límites a la discrecionalidad administrativa en la elaboración del pliego de condiciones y, en particular, frente al establecimiento de puntajes.

Cabe aclarar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, en los conceptos C-009, C-012, C-013, C-015, C-016, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021,C-008 del 16 de febrero de 2021, C-081, C-087 y C-089 del 23 de febrero de 2021, C-044 del de marzo de 2021, C-056 del 8 de marzo de 2021 y C‒055 del 10 de marzo de 2021 se estudiaron los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

De otro lado, la Agencia, 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, y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Factores de desempate en la contratación estatal: concepto y características**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación equivalente, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Pero, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia. Precisamente, dentro de dichas disposiciones se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[1]](#footnote-2).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello vulneraría el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[2]](#footnote-3). Es más, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente viciaría de nulidad el contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4).

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación».

**2.2. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-5), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-6). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-7), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-8) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-9).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

**2.3. Derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. La Agencia analizará dicha disposición en lo relacionado con su vigencia. Esto sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente promulgación– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de la norma en comento.

Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en dicha Ley.

Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el parágrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional». En un sentido similar, el parágrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. […]».

Así mismo, el artículo 31, en el segundo inciso, determina que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas que podrán implementar las Entidades Estatales». Del mismo modo, el parágrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[…] en las condiciones que señale el reglamento».

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

A continuación, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el parágrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno Nacional *podrá reglamentar* la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos» (Énfasis fuera de texto).

Como se observa se trata de una competencia que, en concordancia con el artículo 189.11 superior, el gobierno nacional puede ejercer discrecionalmente para la ejecución de las leyes. Por tanto, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no es necesaria la existencia del reglamento como presupuesto necesario para aplicar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. De este modo, se concluye que los factores de desempate del artículo citado son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020.

Además, si existe un tratado o acuerdo comercial que establezca disposiciones especiales en materia de compras y contratación pública, prevalece la regulación contenida en aquel. Esta conclusión también se fundamenta en el artículo 2.2.1.2.4.1.1 del Decreto 1082 de 2015, según el cual «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables».​ La Ley 2069 de 2020 no establece que ante la existencia de tratados o acuerdos comerciales que rijan el procedimiento de selección el órgano contratante se debe abstener de aplicar algunos numerales del artículo 35, sino que lo que indica es que la entidad estatal debe consultar en cada caso cuáles son las disposiciones del acuerdo comercial y si son o no compatibles con los factores de desempate. En caso negativo, prevalece el tratado.

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[9]](#footnote-10). En criterio de esta Agencia, dicha norma debe entenderse que perdió vigencia en virtud del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta ley dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». En tal sentido, se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta la aplicación de los factores de desempate, debe entenderse que perdió vigencia el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015.

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma prescribe que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga. En este sentido, sobre la pérdida de fuerza ejecutoria por desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho, también conocida como decaimiento del acto administrativo, el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de abril de 2012 señaló:

Este evento ha sido conocido en la doctrina como decaimiento, y se define como un fenómeno de derogación implícita aplicable a los actos administrativos dictados en ejecución de una ley y cuya validez se sustenta en la que se predique de la norma que le da sostén. De modo que cuando una ley es declarada inconstitucional o es derogada, los actos administrativos expedidos para desarrollarla, implementarla o con fundamento en esta (secundum legem), dejan de tener fuerza obligatoria y pierden vigencia de facto. Sobre el fenómeno del decaimiento el Consejo de Estado ha afirmado que en el derecho colombiano no existe una acción autónoma que lo declare o que exprese por esa vía la pérdida de su fuerza ejecutoria, pues, el decaimiento de un acto administrativo es un fenómeno que genera la pérdida de fuerza ejecutoria, y por lo tanto, su declaración conforma una excepción, alegable cuando la administración pretende hacerlo efectivo en ejercicio del privilegio de la ejecución de oficio[[10]](#footnote-11).

Así las cosas, de cara a este asunto en particular, nos encontramos frente al fenómeno del decaimiento del acto administrativo, pues los elementos de derecho que fundamentaban la regulación de los factores de desempate en el Decreto 1082 de 2015 fueron derogados. De esta manera, la expedición de la Ley 2069 de 2020 conllevó a que desparecieran los fundamentos de derecho que sustentaban la regulación del decreto citado, debiéndose aplicar la normativa vigente establecida en la Ley de Emprendimiento.

**2.4. 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[[11]](#footnote-12), o en virtud de procesos de integración regional[[12]](#footnote-13).

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 proviene 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 tanto en el precitado artículo 20 de la Ley 80 de 1993 como en el artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015[[13]](#footnote-14).

En cuanto a la primera de ellas, 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[[14]](#footnote-15). 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–[[15]](#footnote-16) 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[[16]](#footnote-17), 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 su alcance o cobertura, según razones de oportunidad o conveniencia. Es por esto que en los tratados 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[[17]](#footnote-18). De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura[[18]](#footnote-19).

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. No obstante, 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[[19]](#footnote-20).

La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina[[20]](#footnote-21) 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. Esto se deduce de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados[[21]](#footnote-22).

**2.5. Otorgamiento de puntaje por apoyar la industria nacional, de conformidad con la Ley 816 de 2003. Límites a la discrecionalidad administrativa en la elaboración del pliego de condiciones. En particular, el establecimiento de puntajes**

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, además de que los colombianos, lógicamente también se beneficiarán con dicho incentivo. El artículo 1 de esta ley 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 armonía con lo anterior, el parágrafo de dicho artículo prescribe 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 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.

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 elaboración 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–, 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%) del total de los puntos, es decir, respetando el mínimo y el máximo –o entre el cinco por ciento (5%) y el quince por ciento (15%) del total de los puntos 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.

*En relación con el primer aspecto*, esto es, los puntos que se pueden establecer en los procedimientos de selección frente a este incentivo a la «industria nacional», como se indicó, las entidades estatales tienen un margen de discrecionalidad administrativa para regularlos, siempre que respeten los criterios establecidos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En tal sentido, en cuanto al puntaje que pueden establecer para favorecer, por un lado, a los bienes o servicios nacionales o, por otro lado, frente a los bienes o servicios extranjeros que incorporen componente colombiano, pueden optar por establecer valores específicos absolutos o puede regularlos estableciendo rangos o escalas de puntaje, sujetos a que los proponentes cumplan determinadas condiciones, siempre que se respeten los valores mínimos y máximos establecidos en el artículo indicado.

Por ejemplo, en un pliego de condiciones donde el total de los puntos corresponde a 100, es posible establecer que a los proponentes que oferten bienes o servicios nacionales –o que cumplan con el derecho al trato nacional–, se le asignen 10, 15 ó 20 puntos, y que, por ejemplo, a los bienes o servicios extranjeros, con incorporación de componente nacional se le asignen 5, 7 ó 15 puntos. En efecto, cualquiera de los puntos anteriores se encuentra en los rangos establecidos en la ley. No obstante, también es posible que en el pliego de condiciones se establezcan rangos o escalas de puntaje, o una mezcla de un valor absoluto para algunos casos y para otros rangos de puntaje, por ejemplo, siguiendo el ejemplo anterior, que a los proponentes que oferten bienes o servicios nacionales –o que cumplan con el derecho al trato nacional–, se le asignen 20 puntos, y que, a los proponentes que oferten bienes o servicios extranjeros, con incorporación de componente nacional se le asignen entre 5 a 10 puntos dependiendo del cumplimiento de ciertas condiciones. Así, es posible establecer escalas dependiendo de la incorporación de personal colombiano en la ejecución del contrato, verbigracia, señalando que si el 50% del personal profesional, técnico y operativo es colombiano se asignan 5 puntos; si el 75% del personal profesional, técnico y operativo es colombiano se asignan 8 puntos; y si el 90% del personal profesional, técnico y operativo es colombiano se asignan 10 puntos. Como se indicó, los anteriores simplemente son ejemplos y opciones como las entidades pueden establecer los puntajes en los pliegos de condiciones, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 842 de 2003.

*En relación con el segundo aspecto*, 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. 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[[22]](#footnote-23)–, 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[[23]](#footnote-24). 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 elaborar 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:

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. Además, en relación con la cantidad de puntos, se observa que la Agencia optó por apoyar al máximo a la industria nacional. En efecto, otorgó el máximo puntaje permitido por la ley a la «promoción de servicios nacionales o con trato nacional» y estableció el menor puntaje permitido por la ley a la «incorporación de componente nacional en servicios extranjeros».

Para acreditar 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[[24]](#footnote-25).

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 pues, 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.

**3. Respuestas**

«1. La Ley 2069 de 31 de diciembre de 2020, por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia, en su art 35 define 12 criterios de desempate para los procesos de contratación, quisiera saber si dicha ley deroga lo establecido en la ley 1150 de 2007, y su vez lo establecido en el Decreto 1082 de 2015 factores de desempate».

De conformidad con las consideraciones de este concepto, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección. En criterio de esta Agencia, debe entenderse que esta norma perdió vigencia en virtud del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 de esta dispone que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». En tal sentido, se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta la aplicación de los factores de desempate, debe entenderse que el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 perdió vigencia.

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

Así las cosas, de cara a este asunto en particular, nos encontramos frente al fenómeno del decaimiento del acto administrativo, pues los elementos de derecho que fundamentaban la regulación de los factores de desempate en el Decreto 1082 de 2015 fueron derogados. De esta manera, la expedición de la Ley 2069 de 2020 conllevó a que desparecieran los fundamentos de derecho que sustentaban la regulación del decreto indicado, debiéndose aplicar la normativa vigente establecida en dicha ley.

«2. Quisiera saber cual es el procedimiento económico correcto para aplicar la ley 816 de 2003 "Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública", en los procesos de contratación en los cuales aplica, ya que veo con frecuencia que las entidades suman (20) puntos adicionales por descarte a los puntajes técnico y económico, sin embargo la norma hace claridad de que el valor establecido por la entidad para otorgar puntaje por ley 816 es un factor porcentual, que oscila entre el 10% y el 20%, por ende se debe aplicar el porcentaje establecido a los puntajes técnico mas económico y de esta forma determinar el puntaje máximo a otorgar».

Como se señaló en las consideraciones de este concepto, el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 constituye un límite a la discrecionalidad administrativa para la elaboración 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–, 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%) del total de los puntos, es decir, respetando el mínimo y el máximo –o entre el cinco por ciento (5%) y el quince por ciento (15%) del total de los puntos 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.

 *En relación con el primer aspecto*, esto es, los puntos que se pueden establecer en los procedimientos de selección frente a este incentivo a la «industria nacional», como se indicó, las entidades estatales tienen un margen de discrecionalidad administrativa para regularlos, siempre que respeten los criterios establecidos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En tal sentido, en cuanto al puntaje que pueden establecer para favorecer, por un lado, a los bienes o servicios nacionales o, por otro lado, frente a los bienes o servicios extranjeros que incorporen componente colombiano, pueden optar por establecer valores específicos absolutos o puede regularlos estableciendo rangos o escalas de puntaje, sujetos a que los proponentes cumplan determinadas condiciones, siempre que se respeten los valores mínimos y máximos establecidos en el artículo indicado.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboraron: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-2)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
9. En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

»Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

»1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

»2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

»3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

»4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

»5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación». [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Exp. 25.693. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

 [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)
12. 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-13)
13. «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-14)
14. 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-15)
15. Aprobado mediante Ley 1241 de 2008. [↑](#footnote-ref-16)
16. Aprobado por la Ley 1143 de 2007. [↑](#footnote-ref-17)
17. Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad [↑](#footnote-ref-18)
18. 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-19)
19. 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 Eficiente (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-20)
20. 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-21)
21. «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-22)
22. 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-23)
23. 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-24)
24. 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-25)