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».

****

Señor

**Manuel Alberto** **Martínez Rodríguez**

Cúcuta, Norte de Santander

 **Concepto C ‒ 319 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  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210518004249 |

Estimado señor Martínez Rodríguez:

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 18 de mayo del 2021.

1. **Problema planteado**

Respecto a los documentos tipo adoptados por esta Agencia mediante la Resolución 256 del 11 de diciembre de 2020, en el marco de un proceso de contratación con el INVIAS, usted realiza la siguiente pregunta: «¿La entidad contratante puede, según lo descrito en pliegos tipo, para concursos de méritos interventoría de vías, otorgar los puntos de apoyo a la industria nacional, a una empresa de sociedad anónima simplificada, por el método (2) de incorporación de servicios colombianos, el cual se acredita suscribiendo el anexo 7, ya que por el método (1) servicios nacionales, no es posible otorgarle ya que subsano el documento de existencia y representación legal?».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. De esta manera, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) trato nacional en la contratación estatal y ii) otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional, de conformidad con la Ley 816 de 2003.

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 del 16 de julio de 2020, C-417 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 estos conceptos 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[[2]](#footnote-3), o en virtud de procesos de integración regional[[3]](#footnote-4).

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[[4]](#footnote-5).

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[[5]](#footnote-6). 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–[[6]](#footnote-7) 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[[7]](#footnote-8), 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[[8]](#footnote-9). De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura[[9]](#footnote-10).

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[[10]](#footnote-11).

La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina[[11]](#footnote-12) 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[[12]](#footnote-13).

**2.2. Otorgamiento de puntaje por apoyar la industria nacional en los documentos tipo de interventoría para obra pública de infraestructura de transporte.**

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[[13]](#footnote-14)–, 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[[14]](#footnote-15). 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 interventoría de obra pública de infraestructura de transporte, 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 interventoría, por lo cual la entidad no asignará puntaje por bienes nacionales.

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 interventoría 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* interventoría y no la adquisición o suministro de bienes.

Para probar que los servicios ofertados son nacionales, el oferente debe acreditar su domicilio u origen. Antes de la modificación introducida por el Decreto del 22 de junio de 2021 sobre la regla de 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.

En el caso del proponente extranjero sin derecho a trato nacional, este será beneficiario del puntaje por concepto de «Incorporación de componente nacional en servicios extranjeros» cuando incluya en la ejecución del contrato más del 90% del personal calificado de origen colombiano. Para este supuesto, el proponente extranjero no deberá demostrar los elementos que se derivan del principio de reciprocidad a los cuales hace referencia el acápite anterior. Por tanto, bastará con la presentación del «Formato 7 – Puntaje de Industria Nacional».

De esta manera, existen dos (2) escenarios fácticos diferentes. De un lado, proponentes nacionales, proponentes extranjeros 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. De otro lado, se encuentran aquellos proponentes de países con los cuales Colombia no ha suscritos tratados de reciprocidad en materia de compras públicas, y por ende no son objeto de trato igualitario en las mismas condiciones que el proponente nacional. Esto último sin perjuicio de la declaración de incorporación de personal calificado de origen colombiano, para obtener la calificación a la cual hace referencia el formato 7.

En el supuesto mencionado por el consultante, referido a la posibilidad de obtener el puntaje con concepto de apoyo a la industria nacional, la asignación de este se realizará bajo dos situaciones: en primer lugar, si el proponente es nacional, o es extranjero sujeto a trato nacional, deberá aportar los documentos referidos en el numeral «4.3.1. Promoción de servicios nacionales o con trato nacional» del documento base[[15]](#footnote-16). En segundo lugar, solo para caso del proponente extranjero sin derecho a trato nacional, podrá optar por el puntaje definido en el numeral «4.3.2. Incorporación de componente nacional», para lo cual bastará con la presentación del «Formato 7 – Puntaje de industria nacional».

Por tanto, no existe la posibilidad de otorgar simultáneamente el puntaje por i) servicio nacional o con trato nacional y por ii) incorporación de servicios colombianos. Tampoco es posible establecer una discrecionalidad para el otorgamiento de los mismos, asignándolos uno u otro a conveniencia de la entidad contratante o del proponente, de acuerdo con el manejo otorgado a los requisitos que deben acreditarse. Lo anterior, por tratarse de situaciones que difieren una de la otra y para las cuales el documento base ha propuesto formas diferentes para la asignación del puntaje[[16]](#footnote-17).

**3. Respuesta**

«¿La entidad contratante puede, según lo descrito en pliegos tipo, para concursos de méritos interventoría de vías, otorgar los puntos de apoyo a la industria nacional, a una empresa de sociedad anónima simplificada, por el método (2) de incorporación de servicios colombianos, el cual se acredita suscribiendo el anexo 7, ya que por el método (1) servicios nacionales, no es posible otorgarle ya que subsano el documento de existencia y representación legal?».

Como se expuso en las consideraciones, haciendo abstracción de caso concreto relacionado con el proceso contractual que adelanta el INVIAS, el otorgamiento del puntaje por apoyo a la industria nacional se realizará bajo dos situaciones: en primer lugar, si el proponente es nacional, o es extranjero sujeto a trato nacional, deberá aportar los documentos referidos en el numeral «4.3.1. Promoción de servicios nacionales o con trato nacional» del documento base. En segundo lugar, solo para el caso del proponente extranjero sin derecho a trato nacional, podrá optar por el puntaje definido en el numeral «4.3.2. Incorporación de componente nacional», para lo cual bastará con la presentación del «Formato 7 – Puntaje de industria nacional».

Por tanto, no existe la posibilidad de otorgar simultáneamente el puntaje por i) servicio nacional o con trato nacional y por ii) incorporación de servicios colombianos. Tampoco es posible establecer una discrecionalidad para el otorgamiento de los mismos, asignándolos uno u otro a conveniencia de la entidad contratante o del proponente, de acuerdo con el manejo otorgado a los requisitos que deben acreditarse. Lo anterior, por tratarse de situaciones que difieren una de la otra y para las cuales el documento base ha propuesto formas diferentes para la asignación del puntaje.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Kamal Abdul Nassar MontoyaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de la Subdirección de Gestión Contractual |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. 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-3)
3. 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-4)
4. «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-5)
5. 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-6)
6. Aprobado mediante Ley 1241 de 2008. [↑](#footnote-ref-7)
7. Aprobado por la Ley 1143 de 2007. [↑](#footnote-ref-8)
8. Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad [↑](#footnote-ref-9)
9. 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-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. «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-13)
13. 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-14)
14. 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-15)
15. «Para que el proponente obtenga puntaje por servicios nacionales debe presentar:

Persona natural colombiana: La cédula de ciudadanía del proponente.

Persona natural extranjera residente en Colombia: La visa de residencia que le permita la ejecución del objeto contractual de conformidad con la ley.

Persona jurídica constituida en Colombia: el certificado de existencia y representación legal emitido por las Cámaras de Comercio

Para que el proponente extranjero obtenga puntaje por trato nacional debe acreditar que los servicios son originarios de los estados mencionados en la sección de acuerdos comerciales aplicables al presente proceso de contratación, información que se acreditará con los documentos que aporte el proponente extranjero para acreditar su domicilio». [↑](#footnote-ref-16)
16. Es relevante anotar que la reglamentación del puntaje previsto en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 fue modificada por el Decreto 860 del 22 de junio de 2021, el cual regula la regla de origen de servicios en el sistema de compras y contratación pública. Pese a que el decreto se aplica a los procesos de contratación que inicien a partir de los dos (2) meses de siguientes a la publicación, el parágrafo 2 del artículo 3 dispone que «La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente tendrá un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la expedición de este Decreto para adecuar los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en este Decreto». De esta manera, agrega que «Mientras se expide la reglamentación anterior, los Procesos de Contratación cubiertos por los Documentos Tipo, continuarán regulándose por estos instrumentos hasta que la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- expida las modificaciones a que haya lugar, conforme a las disposiciones del presente Decreto». [↑](#footnote-ref-17)