CCE-DES-FM-17

**TRATADOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad**

Los tratados bilaterales de comercio, que incluyen capítulos sobre contratación pública, son hoy en día una realidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y las normas de contratación nacionales, como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben ser aplicadas en la práctica con la debida observancia de las obligaciones internacionales del Estado, so pena de causar responsabilidad por incumplimiento de dichas obligaciones.

**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; 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.

**TRATO NACIONAL – Fuentes – Tratado o acuerdo comercial**

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. 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– 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, 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. De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura.

Bogotá D.C., **6/1/2021**

**N° Radicado: 2202113000000010**

Señor

**Ciudadano**

**Concepto C – 741 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | TRATADOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad/ TRATO NACIONAL – Concepto – Contratación pública – principio de reciprocidad/ TRATO NACIONAL – Fuentes – Tratado o acuerdo comercial  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202012000010505  |
|  |  |

Estimado señor Torres:

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 procede a dar respuesta a su consulta del 23 de noviembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: «1.¿Cuál es el fundamento jurídico y/o marco legal que establece que los numerales 2 y 3 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 no se aplican para ningún proponente, si dentro del mismo se presentan ofertas nacionales? Entendiéndose esta pregunta en el caso hipotético que dentro de un proceso de selección se presenta al menos un proponente extranjero y los demás proponentes son nacionales. Esto teniendo en cuenta que el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.2.2.9 no establece esta regla ni se establece en otra aplicable, además, los acuerdos comerciales predican su aplicación única y exclusivamente con los países que se suscribe el acuerdo tal y como lo establece el “manual para el manejo de acuerdos comerciales en procesos de contratación” emitido por CCE, la cual establece: “los acuerdos comerciales son tratados internacionales vigentes celebrados entre Estados, los cuales incluyen obligaciones y derechos en materia de compras públicas en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para los proponentes, bienes y servicios del Estado con el que se firma el acuerdo”?». Y «2. ¿"Una sucursal debidamente establecida en Colombia y quien presenta su certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara y comercio en el cual, además, certifica su domicilio en Colombia ¿debe recibir trato NACIONAL en virtud de un acuerdo comercial si le aplicara o se considera como empresa NACIONAL?, si es considerada una empresa NACIONAL a pesar de ser una sucursal ¿le sería aplicable los numerales del orden de desempate establecido en el pliego tipo numerales 2 y 3 del Decreto 1082 de 2015"?»

1. **Consideraciones**

Para dar solución a su inquietud procederemos a estudiar los siguientes temas: i) El contenido de los acuerdos comerciales y las obligaciones derivadas de ellos y ii) trato nacional y no discriminatorio.

**2.1. Contenido de los acuerdos comerciales y las obligaciones derivadas de ellos**

Los acuerdos comerciales son tratados internacionales celebrados entre Estados e incorporados a los ordenamientos nacionales, cuyo contenido consagra derechos y obligaciones en distintas materias, entre estas las compras públicas. En dichos instrumentos internacionales existen obligaciones como el trato nacional para proponentes, bienes y servicios de origen extranjero y la no discriminación de los mismos.

En este sentido, el contenido de los tratados cuenta con capítulos relativos a la contratación pública, que inciden de manera directa en la aplicación de las normas de contratación nacionales, como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las dispociones normativas de los tratados deben ser observadas y aplicadas en la actividad contractual de las entidades estatales con miras a cumplir las obligaciones internacionales del Estado, so pena de causar responsabilidad por su incumplimiento.

La finalidad de celebrar acuerdos comerciales es el cumplimiento recíproco de las obligaciones que estos contienen. Por ello, dependiendo del tratado y su contenido, se podrá determinar específicamente el tipo de obligaciones que Colombia tendrá que cumplir. En virtud de lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano, respecto al tema de las compras públicas, en su artículo 2.2.1.2.4.1.1 del Decreto 1082 de 2015, dispuso que: «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables».

**2.2 Trato nacional y no discriminatorio**

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, o cuando, en ausencia de tratado, se certifica dicha reciprocidad[[1]](#footnote-1), o en virtud de procesos de integración regional[[2]](#footnote-2).

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, tratamiento que, en virtud del principio de reciprocidad, se extiende a los oferentes, bienes o servicios extranjeros. Ese 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 sólo en el precitado artículo 20 de la Ley 80 de 1993, sino en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015[[3]](#footnote-3).

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

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

 Ahora bien, el artículo el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 al determinar las reglas de aplicación de los factores de desempate en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, estableció que dichas reglas solo serían aplicables en la medida que respetaran los acuerdos comerciales: «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* […]» (cursiva fuera de texto).

 Así las cosas, el mismo reglamento dispuso una aplicación condicionada del artículo 2.2.1.1.2.2.9 en mención, y de este modo, de acuerdo con la interpretación de su contenido, si en el tratado o acuerdo comercial se dispone algo distinto, prevalece lo acordado por los Estados a fin de cumplir a cabalidad con las obligaciones de los tratados internacionales, incluida la obligación de trato nacional.

1. **Respuesta**

«1.¿Cuál es el fundamento jurídico y/o marco legal que establece que los numerales 2 y 3 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 no se aplican para ningún proponente, si dentro del mismo se presentan ofertas nacionales? Entediendose esta pregunta en el caso hipotético que dentro de un proceso de selección se presenta al menos un proponente extranjero y los demás proponentes son nacionales. Esto teniendo en cuenta que el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.2.2.9 no establece esta regla ni se establece en otra aplicable, además, los acuerdos comerciales predican su aplicación única y exclusivamente con los países que se suscribe el acuerdo tal y como lo establece el “manual para el manejo de acuerdos comerciales en procesos de contratación” emitido por CCE, la cual establece: “los acuerdos comerciales son tratados internacionales vigentes celebrados entre Estados, los cuales incluyen obligaciones y derechos en materia de compras públicas en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para los proponentes, bienes y servicios del Estado con el que se firma el acuerdo”?».

«2. ¿"Una sucursal debidamente establecida en Colombia y quien presenta su certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara y comercio en el cual, además, certifica su domicilio en Colombia ¿debe recibir trato NACIONAL en virtud de un acuerdo comercial si le aplicara o se considera como empresa NACIONAL?, si es considerada una empresa NACIONAL a pesar de ser una sucursal ¿le sería aplicable los numerales del orden de desempate establecido en el pliego tipo numerales 2 y 3 del Decreto 1082 de 2015"?»

Para efectos de dar respuesta a las preguntas planteadas, y según lo expuesto atrás, resulta pertinente resaltar que la razón jurídica por la que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se pueden aplicar en algunos casos específicos los criterios de desempate, que están determinados en la normativa nacional, radica en que el Estado colombiano debe respetar, observar y cumplir los tratados internacionales firmados y, en virtud de ello, garantizar su aplicación cabal, es decir, para los efectos de la consulta, cumplir con las obligaciones y deberes de trato nacional y no discriminación en la actividad contractual del Estado.

Respecto de la primera pregunta, se considera que el trato nacional y no discriminatorio constituye la obligación, derivada de los acuerdos comerciales, que deben cumplir los Estados firmantes, a favor de los partícipes de un proceso de selección. Con ellos se busca el trato igualitario, sin preferencia alguna de las ofertas contractuales y, como consecuencia, garantizar que la adjudicación del contrato, además de cumplir con los requisitos del proceso de selección, se derive de la escogencia la oferta más favorable para la entidad pública y para el interés general. De este modo, resulta lógico que la aplicación de los criterios de desempate esté condicionada al respeto y observancia de los compromisos adquiridos en los acuerdos comerciales.

Para efectos de la segunda pregunta, se considera pertinente indicar que las sucursales, con independencia de que su domicilio sea Colombia, no constituyen personas jurídicas distintas a su matriz. Por tanto, la sucursal de sociedad extranjera, al ser un establecimiento de comercio mediante el cual actúa aquella, no puede ser titular de derechos y obligaciones en calidad de sociedad independiente, sino que lo será el ente al cual se le reconoce personería jurídica, es decir, la sociedad matriz extranjera.

De este modo, el trato nacional a las sucursales se derivará de la existencia o no de un acuerdo comercial con el país de origen de la matriz o, en los eventos en que no exista tal acuerdo, dependerá de que el Gobierno Nacional haya certificado reciprocidad. De lo contrario, es decir, en ausencia de acuerdo comercial o de certificado de reciprocidad, la sucursal no podrá recibir trato nacional.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo VillamilContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. El tenor del artículo 20 es el siguiente: «En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

«Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

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

«PARÁGRAFO 2o. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo». [↑](#footnote-ref-1)
2. Así lo reconoció la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, el cual puede consultarse en el siguiente sitio web: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_manual\_acuerdos\_comerciales.pdf [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 2.2.1.2.4.1.3. Existencia de trato nacional. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

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

«Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado». [↑](#footnote-ref-3)
4. Como lo ha indicado la Corte Constitucional, «La cláusula del trato nacional es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales. Su objetivo apunta a que las mercancías que ingresan a un Estado Parte no sean sometidas a un trato discriminatorio en relación con los productos del país receptor. En otras palabras, se busca asegurar la existencia de unas reglas de competencia leal y transparente entre el producto importado y el nacional. La existencia de tales cláusulas-tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte» (Sentencia C-608/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). [↑](#footnote-ref-4)
5. Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad [↑](#footnote-ref-5)