**CCE-DES-FM-17**

**COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA AGENCIA - Alcance**

[…] la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que 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. Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

**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. 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. […].

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.

**SERVICIOS NACIONALES O CON TRATO NACIONAL – «fecha de inscripción» y «fecha de vigencia» en el Formato 9 documentos tipo de licitación de infraestructura de transporte**

[…] que para diligenciar las casillas «fecha de inscripción» y «fecha de vigencia» en la tabla de la opción 1 del Formato 9 de los documentos tipo de licitación pública para obras de infraestructura de transportes, debe tenerse en cuenta que cada una corresponde a los datos contenidos en las columnas tituladas «radicado» y «fecha de vencimiento», respectivamente, del Registro de Productores y Bienes Nacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Específicamente, la «fecha de inscripción» del Formato 9 corresponde a los 8 primeros dígitos de la columna de «radicado» y, por su parte, la «fecha de vigencia» corresponde a la información de la columna «fecha de vencimiento», según el resultado que arroja la búsqueda en la página web de ventanilla única de comercio exterior.




Señora

**Maudy Alejandra Ramírez**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 050 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA AGENCIA – Alcance / TRATO NACIONAL – Concepto – Contratación pública – Principio de reciprocidad / TRATO NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje / SERVICIOS NACIONALES O CON TRATO NACIONAL – «fecha de inscripción» y «fecha de vigencia» en el Formato 9 documentos tipo de licitación de infraestructura de transporte |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220124000508 |

Estimada señora Ramírez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 24 de enero de 2022, 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.

**1. Problema planteado**

Con ocasión de la aplicación de los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, luego de exponer unas circunstancias particulares de un proceso de selección[[1]](#footnote-1), usted consulta:

«Solicitamos por favor […] aclarar a qué corresponden la fecha de inscripción y la fecha de vigencia expuesta en el formato 9 ya que no sabemos si el error de interpretación es nuestro o de la alcaldía. Consideramos que las fecha de vigencia no corresponden de acuerdo a la matriz y dado que el porcentaje de cada bien se debió establecer de acuerdo a la matriz y en el nombre de bien Nacional deben identificarse los del listado que ellos habían identificado inicialmente».

**2. Consideraciones**

En primer lugar, es pertinente indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades, 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, 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.

Esta Agencia, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, ii) trato nacional en la contratación estatal, fuentes y acreditación, iii) otorgamiento de puntaje para apoyar la industria nacional, de conformidad con la Ley 816 de 2003 y iv) acreditación de servicios nacionales o con trato nacional en los Documentos tipo: Matriz 4 – bienes relevantes transporte y Formato 9 – puntaje de industria nacional.

**2.1. Competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente**

Como en la consulta que se resuelve en esta oportunidad se hacen algunos comentarios a partir de un caso concreto, en el presente aparte se tendrá como fundamento el concepto C-176 del 19 de abril de 2021 de esta Agencia, en el cual se analiza su función de interpretación de las normas contractuales y, con base en ello, aclarar la naturaleza de los conceptos expedidos por este organismo.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que esta Agencia 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 consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que 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[[2]](#footnote-2). Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

 En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, 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. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

 La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

 En concordancia con ello, es importante resaltar que esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen similar función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación[[3]](#footnote-3) aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011». Igualmente, en concepto del año 2017, la Contraloría General[[4]](#footnote-4) de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

 En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de esta Agencia sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la única posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[5]](#footnote-5).

De este modo, las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo, que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático.

De todos modos, esto no significa, necesariamente, que el criterio de una u otra tenga prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista jerarquía, o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, así coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el concepto de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. Así pues, como lo establece esta forma, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución». Por lo anterior, a continuación, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente hará una interpretación *en abstracto* de los temas que se relacionan con el objeto de su consulta, con la salvedad –fundamentada en los comentarios que acaban de hacerse– de que la opinión consultiva de la Agencia no es vinculante en el procedimiento de selección particular.

**2.2. 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[[6]](#footnote-6), o en virtud de procesos de integración regional[[7]](#footnote-7).

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[[8]](#footnote-8).

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[[9]](#footnote-9). 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–[[10]](#footnote-10) 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».

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[[11]](#footnote-11). De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura[[12]](#footnote-12).

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[[13]](#footnote-13).

La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina[[14]](#footnote-14) 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[[15]](#footnote-15).

**2.3. Otorgamiento de puntaje por apoyar la industria nacional, de conformidad con la Ley 816 de 2003.**

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, modificado por el Decreto 019 de 2012, 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 de 2003, 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.

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–, modificados por la Resolución No. 304 de 2021 –para adecuarlos al Decreto 680 de 2021[[16]](#footnote-16), 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 componente nacional en servicios extranjeros. La Entidad en ningún caso otorgará simultáneamente el puntaje por ambos aspectos.

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 |

**2.4. Acreditación de servicios nacionales o con trato nacional en los Documentos tipo: Matriz 4 - Bienes relevantes transporte y Formato 9 – Puntaje de industria nacional.**

Con base en lo explicado anteriormente, para determinar uno o varios bienes nacionales relevantes la Entidad Estatal debe aplicar los criterios establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.9. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 680 de 2021, y los previstos en la Matriz 4. La aplicación de estos criterios deberá constar en los estudios y documentos previos elaborados por cada entidad estatal. Para ello la entidad podrá tener en cuenta los bienes enlistados, de manera enunciativa, en la Matriz 4 - Bienes relevantes transporte, de acuerdo con las distintas actividades de obra pública contempladas en la Matriz 1 – Experiencia de los diferentes documentos tipo expedidos para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte.

Unas de las actividades de obra según la Matriz 1 – Experiencia tiene que ver con las obras en vías terciarias, la cual podría considerarse para el objeto de consulta, y con base en ello la entidad estatal contratante podría utilizar, a título enunciativo, como bienes nacionales relevantes los siguientes, según el listado contenido en Matriz 4 - Bienes relevantes transporte:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **2. OBRAS EN VÍAS TERCIARIAS** | Asfalto | Mezcla asfáltica |
| Acero | Concreto Hidráulico |
| Grava | Geosintéticos |
| Arena | Geomallas |
| Arena de río | Geoceldas |
| Arena de peña | Prefabricados de concreto |
| Cemento | Prefabricados metálicos |

Con base en lo anterior, puede afirmarse que la forma indicada de diligenciar el Formato 9, según la opción escogida por la entidad de las 3 allí previstas, implica que el oferente manifieste expresamente que se incorporarán dentro de la ejecución de dicha obra, los bienes nacionales relevantes –previamente establecidos por la entidad estatal– relacionados en el pliego de condiciones, los cuales, como se indicó, deberán ser identificados por cada entidad estatal, de conformidad con la metodología detallada en la Matriz 4 - Bienes nacionales relevantes para la obra pública del sector transporte y el listado enunciativo allí previsto.

Ahora bien, respecto de su pregunta en concreto, referida al diligenciamiento de las casillas «fecha de inscripción» y «fecha de vigencia» en la tabla de la opción 1 del Formato 9, es necesario resaltar que cada una corresponde a los datos contenidos en las columnas tituladas «radicado» y «fecha de vencimiento», respectivamente, del Registro de Productores y Bienes Nacionales[[17]](#footnote-17). Específicamente, la «fecha de inscripción» del Formato 9 corresponde a los 8 primeros dígitos de la columna de «radicado» y, por su parte, la «fecha de vigencia corresponde a la información de la columna «fecha de vencimiento», según el resultado que arroja la búsqueda en la página web de la ventanilla única de comercio exterior.

Por ejemplo, si en el proceso contractual, donde deba aplicarse el documento tipo de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, la entidad estatal determina que existe al menos un bien nacional relevante contenido en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, aplicando la definición de Servicios Nacionales del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 y la metodología definida en la Matriz 4- Bienes nacionales relevantes para la obra pública del sector transporte y, además, la entidad escoge la opción 1 del Formato 9, el oferente deberá manifestar bajo la gravedad del juramento que en caso de resultar adjudicatario incorporará a la ejecución del contrato los bienes nacionales relevantes establecidos por la Entidad Estatal en el Pliego de Condiciones.

Así, por ejemplo, a la fecha de emisión de este concepto, al realizar la búsqueda en la pestaña de «descripción de producto» de «acero», que constituye uno de los insumos o los materiales producidos con dichos insumos para infraestructura de transporte en vías terciarias, según la Matriz 4, se derivan algunos de estos resultados, tal como se presenta de forma enunciativa a continuación:

 

En este ejemplo, usando el primer resultado que aparece en la imagen previa, la forma de diligenciar las dos casillas objeto de consulta en la tabla sería:

| **No.** | **Bien nacional relevante** | **Fecha de inscripción** | **Fecha de vigencia** | **No. de partida arancelaria** | **% de participación**  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1. |  | 2021-07-05 |  2022-07-08 |  |  |
| 2. |  |  |  |  |  |

**3. Respuesta**

«Solicitamos por favor […] aclarar a qué corresponden la fecha de inscripción y la fecha de vigencia expuesta en el formato 9 ya que no sabemos si el error de interpretación es nuestro o de la alcaldía. Consideramos que las fecha de vigencia no corresponden de acuerdo a la matriz y dado que el porcentaje de cada bien se debió establecer de acuerdo a la matriz y en el nombre de bien Nacional deben identificarse los del listado que ellos habían identificado inicialmente».

De conformidad con las consideraciones expuestas, en primer lugar, es necesario resaltar y reiterar que esta Agencia 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 consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control. Por tanto, no es posible realizar manifestación alguna sobre las particularidades de un determinado proceso de selección, como el relacionado en su consulta.

Ahora bien, con base en lo explicado anteriormente, esta Agencia concluye que para diligenciar las casillas «fecha de inscripción» y «fecha de vigencia» en la tabla de la opción 1 del Formato 9 de los documentos tipo de licitación pública para obras de infraestructura de transporte, debe tenerse en cuenta que cada una corresponde a los datos contenidos en las columnas tituladas «radicado» y «fecha de vencimiento», respectivamente, del Registro de Productores y Bienes Nacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Específicamente, la «fecha de inscripción» del Formato 9 corresponde a los 8 primeros dígitos de la columna de «radicado» y, por su parte, la «fecha de vigencia» corresponde a la información de la columna «fecha de vencimiento», según el resultado que arroja la búsqueda en la página web de la ventanilla única de comercio exterior.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Aunque en la petición se hace un relato de una situación fáctica en varios numerales, la única pregunta o consulta que se formula se encuentra en el numeral 13. Los demás numerales hacen alusión a situaciones particulares, sobre las cuales la Agencia, en ejercicio de su función consultiva, no puede emitir juicios de valor, como más adelante se explicará. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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)
3. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p. 59 [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. «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-8)
9. 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-9)
10. Aprobado mediante Ley 1241 de 2008. [↑](#footnote-ref-10)
11. Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. 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-13)
14. 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-14)
15. «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-15)
16. «Por el cual se modifica parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1., y se adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.9., al Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, en relación con la regla de origen de servicios en el Sistema de Compra Pública» [↑](#footnote-ref-16)
17. https://www.vuce.gov.co/servicios/registro-de-productores-y-bienes-nacionales [↑](#footnote-ref-17)