

ACUERDOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad – Incorporación

Los tratados bilaterales de comercio con 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.

De esta forma, 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 el caso colombiano, cada acuerdo comercial, por ser un tratado que celebra el gobierno con otros Estados, debe ser aprobado y posteriormente incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por una ley de la República.

ACUERDOS COMERCIALES — Entidades estatales — Deber de verificación

[...] las entidades estatales tienen la obligación de identificar los Acuerdos Comerciales aplicables a sus procesos de contratación, y de esta manera cumplir con las obligaciones previstas en materia de compras y contratación pública. Para ello, las entidades estatales deben tener en cuenta que los capítulos de compras y contratación pública de los acuerdos comerciales contienen: i) una lista de las entidades estatales incluidas en el acuerdo comercial; ii) los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación; y, iii) las excepciones a la aplicación del acuerdo comercial.

ACUERDOS COMERCIALES – MANUALES – Alcance

Tratándose del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, como lo indicó esta Subdirección en el Concepto con radicado No. 220191300008425 del 13 de noviembre de 2019, «Las entidades estatales pueden hacer uso del “Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación”, expedido por Colombia Compra Eficiente como herramienta orientadora para conocer la cobertura de los Acuerdos Comerciales y los plazos correspondientes, sin embargo, el uso del manual no exime a la entidad del deber de conocer y aplicar cada Acuerdo Comercial». En otras palabras, el Manual es una herramienta de orientación, pero no exime a las entidades estatales de verificar la cobertura y aplicar los acuerdos comerciales que resulten obligatorios en el correspondiente procedimiento de selección.

Lo anterior guarda consonancia con los artículos 2.2.1.2.4.1.1. y 2.2.1.2.4.1.2. del Decreto 1082 de 2015, que disponen, respectivamente, que: «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables» y que «Si un mismo Proceso de Contratación está sometido a varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la totalidad de los compromisos previstos en los Acuerdos Comerciales».

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, y 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.

TRATO NACIONAL – Fuentes – Certificado de reciprocidad

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 al 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.

TRATO NACIONAL – Fuentes – Comunidad Andina

La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina 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». 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».

TRATO NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje

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.





Bogotá D.C., 16 de Mayo de 2022

Señora
Laura Alejandra Barragán Montenegro
Bogotá D.C.

Concepto C – 303 de 2022

Temas: ACUERDOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad – Incorporación / ACUERDOS COMERCIALES – Entidades estatales – Deber de verificación / ACUERDOS COMERCIALES – MANUALES – Alcance / TRATO NACIONAL – Concepto – Contratación pública – Principio de reciprocidad / TRATO NACIONAL – Fuentes – i) Tratado o acuerdo comercial / TRATO NACIONAL – Fuentes – ii) Certificado de reciprocidad / TRATO NACIONAL – Fuentes – iii) Comunidad Andina / TRATO NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje.

Radicación: Respuesta a consulta P20220331003233

Estimada señora Barragán:

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 da respuesta a su consulta del 31 de marzo de 2022.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿Cómo se aplican las reglas en materia de acuerdos comerciales internacionales, industria nacional, trato nacional y reciprocidad para los patrimonios autónomos de las entidades del Estado y su obligatoriedad?».

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 consultas 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 concretos 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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) la contratación pública y los tratados comerciales internacionales; ii) el trato nacional en la contratación estatal; y iii) el otorgamiento de puntaje por apoyar la industria nacional, de conformidad con la Ley 816 de 2003. Al respecto, 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-050 del 8 de marzo de 2021, C-319 del 7 de mayo de 2021, C-532 del 28 de septiembre de 2021 y C-547 del 5 de octubre de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se pronunció sobre el entendimiento del concepto de trato nacional.

Así mismo, mediante conceptos con radicado No. 2201913000006925 del 17 de septiembre de 2019, 2201913000008236 del 6 de noviembre de 2019, 2201913000008425 del 13 de noviembre de 2019, C-360 del 16 de julio de 2020, C-417 del 16 de julio de 2020, C-611 del 2 de octubre de 2020, C-613 del 26 de octubre de 2020, C-694 del 26 de noviembre de 2020, C-755 del 6 de enero de 2021 y C-285 del 11 de

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».



junio de 2021 se pronunció sobre los tratados o acuerdos comerciales en la contratación estatal.

2.1. Contratación Pública y tratados internacionales

El derecho de la contratación estatal ha dejado de ser un fenómeno estrictamente de derecho doméstico. Desde hace varias décadas existen instrumentos normativos, buenas prácticas y *soft law* que hacen parte del «nuevo sistema de fuentes» de la contratación pública en diversos ordenamientos jurídicos en el mundo. La transformación de los sistemas locales ha sido de tal magnitud y tan evidente resulta la existencia de un orden internacional que la doctrina se refirió, hace más de dos décadas, a este cuerpo de normas e ideas sobre contratación estatal como «una reforma global»² o, incluso, una «revolución global»³.

Esta revolución global en materia de contratación estatal es un fenómeno jurídico, en alguna medida imbricado con el fenómeno más amplio de la globalización, en el cual se cuentan actores diversos, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil que cuenta con una ley modelo en materia de contratación pública⁴, los organismos multilaterales de crédito que han actuado como catalizadores de reforma de los sistemas locales⁵. De igual forma, la liberalización de los mercados de contratación mediante acuerdos plurilaterales de comercio como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, acuerdos regionales como la Unión Europea, o acuerdos bilaterales de comercio con capítulos de contratación estatal, lo cual tiene importantes efectos para el asunto analizado en este concepto.

Los tratados bilaterales de comercio con 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

² DON WALLACE. *The changing world of national procurement systems: global reformation*. Public procurement law review 4.2, 1995: 57-62.

³ SUE ARROWSMITH; LINARELLI, John; WALLACE, Don. Regulation public procurement-national and international perspectives. Kluwer Law International BV, 2000.

⁴ SUE ARROWSMITH. Public procurement: An appraisal of the UNCITRAL model law as a global standard. *International & Comparative Law Quarterly*, 2004, vol. 53, no 1, p. 17-46.

⁵ SOPE WILLIAMS-ELEGBE. The World Bank's influence on procurement reform in Africa. *African Journal of International and Comparative Law*, 2013, vol. 21, no 1, p. 95-119; SOPE WILLIAMS-ELEGBE. *Public Procurement and Multilateral Development Banks: Law, Practice and Problems*. Bloomsbury Publishing, 2017.



internacionales del Estado, so pena de causar responsabilidad por incumplimiento de dichas obligaciones.

De esta forma, 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 el caso colombiano, cada acuerdo comercial, por ser un tratado que celebra el gobierno con otros Estados, debe ser aprobado y posteriormente incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por una ley de la República⁶.

Uno de los aspectos que presenta mayor complejidad a nivel internacional en materia de contratación pública se refiere al concepto de contratación pública cubierta. Esto es, las transacciones que se entienden comprendidas dentro del acuerdo, y a las cuales deben, en consecuencia, aplicarse los estándares de protección acordados. Para poder determinar qué es *contratación cubierta* es necesario revisar el instrumento normativo preciso cuya protección se invoca –el tratado– y determinar si la transacción que se alega como cubierta lo está o no.

Por esta razón, las entidades estatales tienen la obligación de identificar los Acuerdos Comerciales aplicables a sus procesos de contratación, y de esta manera cumplir con las obligaciones previstas en materia de compras y contratación pública. Para ello, las entidades estatales deben tener en cuenta que los capítulos de compras y contratación pública de los acuerdos comerciales contienen: i) una lista de las entidades estatales incluidas en el acuerdo comercial; ii) los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación; y, iii) las excepciones a la aplicación del acuerdo comercial.

En suma, 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 este marco, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió el Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación con el fin de lograr que las entidades estatales cumplan, en la práctica, de

⁶ La Constitución Política, en el artículo 189, numeral 2, dispone que el Presidente de la República debe: «Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso». Así mismo, en el artículo 150, numeral 16, establece que el Congreso de la República debe: «Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados».



manera sencilla y pacífica las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado. Este manual, sin introducir ninguna modificación o restricción a los tratados, condensa y explica los deberes internacionales del estado colombiano que deben iluminar la actuación de las entidades estatales contratantes.

Tratándose del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, como lo indicó esta Subdirección en el Concepto con radicado No. 2201913000008425 del 13 de noviembre de 2019, «Las entidades estatales pueden hacer uso del “Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación”, expedido por Colombia Compra Eficiente como herramienta orientadora para conocer la cobertura de los Acuerdos Comerciales y los plazos correspondientes, sin embargo, el uso del manual no exime a la entidad del deber de conocer y aplicar cada Acuerdo Comercial». En otras palabras, el Manual es una herramienta de orientación, pero no exime a las entidades estatales de verificar la cobertura y aplicar los acuerdos comerciales que resulten obligatorios en el correspondiente procedimiento de selección.

Lo anterior guarda consonancia con los artículos 2.2.1.2.4.1.1. y 2.2.1.2.4.1.2. del Decreto 1082 de 2015, que disponen, respectivamente, que: «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables» y que «Si un mismo Proceso de Contratación está sometido a varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la totalidad de los compromisos previstos en los Acuerdos Comerciales». Así, la determinación de los acuerdos comerciales que aplican o no en un determinado procedimiento de selección, se debe consultar respecto de cada acuerdo teniendo en cuenta su ámbito de cobertura y excepciones aplicables.

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 reciprocidad⁷, o en virtud de procesos de integración regional⁸.

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 2015⁹.

⁷ 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».

⁸ 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

⁹ «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



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 negociación¹⁰. 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–¹¹ 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 Norteamérica¹², 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).

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».

¹⁰ 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).

¹¹ Aprobado mediante Ley 1241 de 2008.

¹² Aprobado por la Ley 1143 de 2007.



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, y 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 tratado¹³. De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura¹⁴.

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 al 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 servicio¹⁵.

¹³ Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad>

¹⁴ 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».

¹⁵ Esta es la tesis que ha prolijado 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



La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina¹⁶ 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». 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».

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

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 las cosas, el artículo 1 establece:

Artículo 1. Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o

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/secopi/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».

¹⁶ 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.



mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por entidades de la Administración Pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación. Se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se regirán por las normas de Derecho Privado de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.

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 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. Para la definición de los



bienes o servicios nacionales, esto es, para la aplicación de la *regla de origen*, se debe tener en cuenta la regulación consagrada en el Decreto 680 de 2021, que modificó el artículo 2.2.1.1.1.3.1., y adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.9., al Decreto 1082 de 2015.

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

En efecto, la primera de dichas disposiciones normativas establece que si el Estado colombiano ha celebrado tratados o acuerdos comerciales con otros Estados, a las ofertas de bienes y servicios provenientes de tales Estados, suscriptores del acuerdo, Colombia debe concederles «[...] el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público». Este precepto se desarrolla en la norma indicada del Decreto 1082 de 2015, con base en la cual las entidades estatales deben conceder trato nacional a «[...] los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, *en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales*» [Cursiva fuera de texto].

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

Por lo tanto, el trato nacional no solo obliga a las entidades estatales a conceder el puntaje señalado en el primer inciso del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 en la etapa de evaluación –que hace parte del proceso de selección–, sino que es un deber que también extiende sus efectos sobre la etapa de ejecución del contrato, para dar pleno cumplimiento a los términos del acuerdo comercial que rige la contratación en cada caso. En consecuencia, si en relación con el proceso contractual rige un tratado internacional que establece que se considerarán nacionales los bienes y servicios allí negociados, la entidad estatal colombiana debe conceder el trato nacional, teniendo como nacionales durante la ejecución del contrato los bienes y servicios incluidos dentro del acuerdo comercial. Esto

se deduce del artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, pues dicha norma establece que se deben tener como nacionales los bienes y servicios que provengan de Estados con los cuales Colombia haya celebrado acuerdos comerciales, en los términos pactados en estos.

3. Respuesta

«¿Cómo se aplican las reglas en materia de acuerdos comerciales internacionales, industria nacional, trato nacional y reciprocidad para los patrimonios autónomos de las entidades del Estado y su obligatoriedad?».

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, sin perjuicio de que la entidad defina la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato en específico, 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. El artículo 2.2.1.2.4.1.1 del Decreto 1082 de 2015 establece que: «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables».

Por tanto, con base en lo dispuesto en el artículo en mención, la obligatoriedad del cumplimiento del tratado está sometida al cumplimiento de los requisitos legales de incorporación en el derecho nacional y no a su consagración en el Manual para manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues este último solo se constituye como una herramienta orientadora para conocer la cobertura de los Acuerdos Comerciales y los plazos correspondientes. De esta manera, el Manual es una herramienta de orientación, pero no exime a las entidades estatales de verificar la cobertura y aplicar los acuerdos comerciales que resulten obligatorios en el correspondiente procedimiento de selección.

Por esta razón, las entidades estatales tienen la obligación de identificar los Acuerdos Comerciales aplicables a sus procesos de contratación en particular, y de esta manera cumplir con las obligaciones previstas en materia de compras y contratación pública. Para ello, las entidades estatales deben tener en cuenta que los capítulos de compras y contratación pública de los acuerdos comerciales contienen: i) una lista de las entidades estatales incluidas en el acuerdo comercial; ii) los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación –umbrales–; y, iii) las excepciones a la aplicación del acuerdo comercial.

Respecto de éstas últimas, cabe aclarar que las excepciones no aplican de manera uniforme a todas las entidades y a todos los acuerdos comerciales. Por tanto, para



determinar las excepciones aplicables a cada acuerdo comercial en particular y a cada entidad cubierta, durante la etapa de planeación del proceso de selección, las entidades deben consultar la cobertura de cada acuerdo comercial y si existen excepciones aplicables a su proceso de contratación particular. Así, la determinación de los acuerdos comerciales que aplican o no en un determinado procedimiento de selección, se debe consultar respecto de cada acuerdo cada caso teniendo en cuenta su ámbito de cobertura y excepciones aplicables.

Ahora bien, respecto de la Ley 816 de 2003, cuyo objeto es el apoyo a la industria nacional, el artículo 1 consagra los sujetos destinatarios de la norma: las entidades de la administración pública, excepto las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Así, los sujetos que no se encuentren incluidos dentro de la norma no deben aplicar las disposiciones explicadas anteriormente.

Finalmente, en caso de que persistan dudas sobre la interpretación o alcance de un acuerdo comercial, le sugerimos dirigirse a la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por ser la competente para resolver dichos asuntos en virtud de la competencia otorgada por el artículo 10 del Decreto Ley 210 de 2003.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Nathalia Urrego Jiménez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual

