**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 también 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 (3) 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 pues, cuando la oferta de bienes y servicios extranjeros goce de trato nacional por alguna de las tres razones analizadas con anterioridad, deberá beneficiarse de la obtención del puntaje comprendido entre el 10 y el 20%, según lo haya definido la entidad estatal contratante.

**DECRETO 680 DE 2021 – Regla de origen – Criterios – Identificación – Bienes nacionales relevantes**

Es importante señalar que la aplicación del puntaje al que se refiere el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 fue reglamentado mediante el Decreto 680 de 2021. Por lo tanto, ha de tenerse en cuenta la nueva regulación de la regla de origen contemplada en este Decreto. […] Por su parte, el artículo 2 del Decreto 680 de 2021 consagra unos lineamientos que deben seguir las entidades estatales para definir los *bienes colombianos relevantes* y otorgar el puntaje de que trata el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 816 de 2003. […] Según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) «el análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la entidad estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación», ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009.

**DECRETO 680 DE 2021 – Asignación de puntaje – Discrecional**

Debido a que el Decreto 680 de 2021 no establece ninguna regla específica en relación con la metodología de asignación del puntaje, nada obsta para que la entidad estime conveniente incluir el puntaje por este factor de manera proporcional a la cantidad de bienes nacionales relevantes que los proponentes se comprometan a incorporar durante la ejecución del contrato y que hayan sido definidos previamente por la entidad de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Con esta regla igualmente se cumpliría el propósito de la Ley 816 de 2003 y del Decreto 680 de 2021 de promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas y realizar una definición de manera razonable y proporcionada de los bienes colombianos relevantes de acuerdo con la información analizada en la etapa de planeación del Proceso de Contratación.

Para estos efectos, la entidad cuenta con discrecionalidad administrativa para determinar el método o la regla que permita asignar el puntaje por apoyo a la industria nacional de forma proporcional a los bienes nacionales relevantes ofertados, lo cual deberá establecerse en los pliegos de condiciones. Sin embargo, esta discrecionalidad 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., **31 de octubre de 2022**

Señora

**Daniela Prada Banguero**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 720 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | TRATO NACIONAL – Concepto – Contratación pública – Principio de reciprocidad / TRATO NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje / DECRETO 680 DE 2021 – Regla de origen – Criterios – Identificación de bienes nacionales relevantes / DECRETO 680 DE 2021 – Asignación de puntaje – Metodología – Discrecional |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220916009352 |

Estimada señora Prada:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 16 de septiembre de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con la Ley 816 de 2003, usted realiza las siguientes preguntas:

*«[…]me permito solicitar a la entidad aclaración respecto a la evaluación de la Ley 816 de 2003, protección industria nacional; en especial lo referente a la evaluación de bienes nacionales dentro de procesos de contratación pública.*

*La consulta es sobre lo siguiente:*

*Una entidad pública puede otorgar puntaje a bienes nacionales con regla de tres, cuando no se oferten la totalidad de los items como nacionales? es decir, si un proceso tiene varios items, y el oferente solo oferta cierta cantidad como nacionales, la Entidad puede otorgar el puntaje por items?*

*Lo anterior, teniendo en cuenta que la ley no determina si puede hacerse de manera parcial, o debe otorgarse el puntaje por la totalidad de items de la necesidad de la entidad.*

*Ahora bien, el Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación, establece:*

*"La Entidad Estatal debe indicar en los pliegos de condiciones la forma en la cual asigna el puntaje, definiendo por ejemplo la asignación de puntos a cada bien nacional o con trato nacional; asignar el puntaje de manera proporcional al número de bienes nacionales o con trato nacional acreditados por los proponentes; entre otras opciones"*

*Esto quiere decir, que la entidad puede otorgar puntaje por este concepto, por item? o por lo contrario, no es posible establecer una discrecionalidad para el otorgamiento de los mismos, asignándolos uno u otro a conveniencia de la entidad contratante o del proponente, de acuerdo con el manejo otorgado a los requisitos que deben acreditarse»*

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) trato nacional en la contratación estatal, fuentes y acreditación y ii) otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003 y la noción de Servicios Nacionales introducida por el Decreto 680 de 2021.

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, C-041 del 26 de enero de 2021, C-050 de 2022 del 7 de marzo de 2022, C-166 del 5 de abril de 2022, C-219 del 21 de abril de 2022, C-327 del 23 de mayo de 2022 y C-406 del 13 de julio de 2022 sobre el entendimiento del concepto de trato nacional y sobre el apoyo a la industria nacional en los procedimientos de selección[[1]](#footnote-2). Las tesis expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación.

**2.1. Trato nacional en la contratación estatal. Fuentes y acreditación**

El artículo 20 de la Ley 80 de 1993 consagra el *principio de reciprocidad* en la contratación estatal, entendido como el compromiso asumido por el Estado de brindar a los oferentes de bienes y servicios de origen extranjero un trato semejante al que les conceden a los colombianos en otros Estados con los cuales se ha celebrado acuerdo o tratado comercial, cuando, en ausencia de tratado, se certifica dicha reciprocidad[[2]](#footnote-3), o en virtud de procesos de integración regional[[3]](#footnote-4).

En otras palabras, el *trato nacional* consiste en la consideración especial en la asignación de puntaje, que se tiene sobre los oferentes, bienes y servicios colombianos, en los procedimientos de selección, pero que, en virtud del principio de reciprocidad, se extiende a los oferentes, bienes o servicios extranjeros; privilegio que puede provenir de alguna de tres fuentes: i) un tratado o acuerdo comercial en el que se haya negociado dicho trato nacional, ii) un certificado de reciprocidad expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores –ante la ausencia de un tratado o acuerdo comercial– o iii) la regulación andina. Las tres fuentes se reconocen no solo en el precitado artículo 20 de la Ley 80 de 1993, sino también en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015[[4]](#footnote-5).

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[[5]](#footnote-6). Así, el tratado correspondiente puede contener un acápite en el que se establezca que determinados bienes o servicios cubiertos se beneficiarán por el trato nacional; lo que a veces también puede suceder con los proveedores. A título de ejemplo, la cláusula 11.2 del tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y los países del Triángulo Norte de Centroamérica –El Salvador, Guatemala y Honduras–[[6]](#footnote-7) establece que, con respecto a la cobertura negociada en dicho acuerdo, «cada Parte concederá a las mercancías, servicios, incluidos los servicios de construcción, y proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que conceda a sus propias mercancías, servicios y proveedores». Así mismo, el artículo 9.2 del tratado de libre comercio celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica[[7]](#footnote-8), prevé que «Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo [es decir, el capítulo 9], cada Parte otorgará incondicionalmente a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado por dicha Parte a sus propias mercancías, servicios y proveedores» (nota entre corchetes fuera de texto).

En consecuencia, para que pueda aplicarse el trato nacional en virtud del pacto contenido en un tratado o acuerdo comercial, la contratación debe versar sobre los bienes, servicios o proveedores *cubiertos* por dicho tratado, pues la autonomía de la voluntad de los Estados, que es expresión de su soberanía, les permite negociar en el acuerdo comercial un alcance o cobertura de este, según razones de oportunidad o conveniencia. Razón por la cual en los tratados se establecen las entidades cubiertas, así como los umbrales, es decir, los valores o montos que, al igualarse o superarse en un procedimiento de contratación, hacen que este quede amparado por el tratado[[8]](#footnote-9). De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura[[9]](#footnote-10).

En relación con la segunda fuente del trato nacional, esto es, el *certificado de reciprocidad*, el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 establece que cuando *«[…] no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades».* Esto significa que la ausencia de tratado o acuerdo comercial no inhabilita por ese solo hecho al oferente extranjero para participar en el procedimiento de selección abierto por una entidad estatal colombiana, ni le impide ser tratado como nacional de nuestro país, pero, si pretende gozar de este último beneficio, debe contar con un certificado de reciprocidad. Este certificado es un documento que, según el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, debe expedir el Ministerio de Relaciones Exteriores frente *«a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial, pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado».* Tal certificado solo puede expedirse, entonces, cuando no exista tratado o acuerdo comercial suscrito con el Estado del que provenga el oferente, bien o servicio[[10]](#footnote-11).

La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina[[11]](#footnote-12) que consagran este principio. Así lo reconoce el literal c) del mencionado artículo del Decreto 1082 de 2015, al establecer que las entidades estatales también deben conceder trato nacional *«[…] a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia».* Así, por ejemplo, el artículo 4 de la Decisión 439 de la Comisión de la Comunidad Andina, dispuso que «La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata».

Actualmente el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 2.2.1.2.4.1.1. y 2.2.1.2.4.1.2. del Decreto 1082 de 2015, consagran la prevalencia de los compromisos contenidos en los tratados o acuerdos comerciales suscritos por Colombia con otros Estados, sobre lo que establezca el derecho interno, el cual no puede ser contrario a los tratados. Esto se deduce de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados[[12]](#footnote-13).

**2.2. Otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003 y la noción de Servicios Nacionales introducida por el Decreto 680 de 2021**

La Ley 816 de 2003, *«por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública»*, tiene como objetivo promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas. De igual manera, se adoptó con el propósito de crear un factor de preferencia para las propuestas que ofrezcan productos o servicios nacionales[[13]](#footnote-14). Para ello, 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 indica 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.»

En materia de contratación pública, dicho trato nacional es aplicable a los proponentes que ofrezcan bienes y servicios nacionales, de conformidad con las definiciones del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, así como a los extranjeros que cumplan con los criterios que se encuentran regulados en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del mismo Decreto, en el que se establece la forma como se debe acreditar la existencia de trato nacional para extranjeros, dependiendo del fundamento de este y exigiendo el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no exista tratado, ni regulación andina aplicable. Por otra parte, las entidades estatales deben aplicar en sus procedimientos de selección 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.»

 De acuerdo con esta norma, las ofertas de bienes y servicios nacionales –o extranjeros con derecho a trato nacional– deberán beneficiarse de la obtención de un puntaje comprendido entre el 10% y el 20% del total de los puntos, según lo haya definido la entidad estatal contratante en el pliego de condiciones o documento equivalente, con la finalidad de incentivar la industria nacional. Al respecto, conviene señalar que es la entidad pública la que, en el pliego de condiciones, debe fijar los criterios de asignación de puntaje –o factores de evaluación–. De este modo, cuenta con la discrecionalidad administrativa para determinar los elementos o circunstancias a partir de los cuales realizará la calificación de las propuestas. Por supuesto, tal discrecionalidad no es absoluta, sino que está limitada por las normas de orden público, que incluyen reglas imperativas para la elaboración del pliego de condiciones y el deber de selección objetiva.

 Dentro de las reglas que restringen la discrecionalidad administrativa de las entidades estatales en la elaboración del pliego de condiciones se encuentra el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, este enunciado normativo establece que las entidades de la administración pública a las 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» –inciso primero o «Franja 1»–. 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» –inciso segundo o «Franja 2»–.*

 Aclarado el alcance de la norma que promueve el factor de evaluación de apoyo a la industria nacional en las compras públicas, es importante señalar que la aplicación del puntaje al que se refiere el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 fue reglamentado mediante el Decreto 680 de 2021. Por lo tanto, ha de tenerse en cuenta la nueva regulación de la regla de origen contemplada en este Decreto. En primer lugar, el artículo 1 del mencionado Decreto modificó parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 para definir los *Servicios Nacionales* en los siguientes términos:

«En los contratos que deban cumplirse en Colombia, un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda.

En los contratos que no deban cumplirse en Colombia, que sean prestados en el extranjero y estén sometidos a la legislación colombiana, un servicio es colombiano si es prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos, sin que sea necesario el uso de bienes colombianos o la vinculación de personal colombiano.

Los extranjeros con trato nacional que participen en el Proceso de Contratación de manera singular o mediante la conformación de un proponente plural, podrán definir en su oferta si aplican la regla de origen aquí prevista, o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda. En aquellos casos en que no se indique en la oferta la regla de origen a aplicar, la Entidad Estatal deberá evaluar la oferta de acuerdo con la regla de origen aquí prevista.»

De acuerdo con esto, la noción de Servicios Nacionales no está determinada únicamente por la naturaleza jurídica de su prestador, ya que además de tratarse de una persona natural colombiana o jurídica conformada según la ley colombiana, se requiere que la propuesta, en principio, incluya en la ejecución del contrato la utilización de los bienes nacionales relevantes. En ese sentido, la definición de *Servicios Nacionales* remite a la noción de *Bienes Nacionales* establecida en el mismo artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que son aquellos *«Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan».*

El artículo 1 del Decreto 2680 de 2009 dispone que *«Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto».* Asimismo, conforme al artículo 19.1 del Decreto Ley 210 de 2003 y artículo 1 de la Resolución del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo 331 del 25 de junio de 2010, el Registro de Productores de Bienes Nacionales es administrado por la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones de la Dirección de Comercio Exterior, además de que puede consultarse en la ventanilla única de la dependencia mencionada.

En consecuencia, si el contrato debe cumplirse en Colombia, la entidad estatal debe definir los bienes nacionales relevantes, pues el uso de estos por parte del proponente es uno de los criterios que permiten establecer si el servicio puede calificarse como nacional –el otro criterio es la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano del 40%, según corresponda–. Si el contrato no debe cumplirse en Colombia, para que el servicio sea nacional, no es necesario que se usen bienes o personal colombianos, sino que basta con que sea prestado *«por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos».* Lo anterior en consonancia con el artículo 1 del Decreto 680 de 2021.

De otro lado, el último inciso de la definición transcrita establece una prerrogativa aplicable solo a los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional. Conforme a esta, es posible establecer si se acoge la regla de origen establecida en el Decreto 1082 de 2015, o si por el contrario se acredita el origen de los servicios conforme a las reglas de sus correspondientes países o las contemplada en los respectivos Acuerdos Comerciales. Esto es aplicable a oferentes de países con Acuerdos Comerciales vigentes, los provenientes de países que tengan trato nacional por reciprocidad y a los miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 680 de 2021 consagra unos lineamientos que deben seguir las entidades estatales para definir los *bienes colombianos relevantes* y otorgar el puntaje de que trata el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, el artículo 2 del Decreto en comento dispone lo siguiente:

Adiciónese el artículo 2.2.1.2.4.2.9. a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, cuyo texto será el siguiente:

*«ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.9. Puntaje para la promoción de la industria nacional en los Procesos de Contratación de servicios. La Entidad Estatal en los Procesos de Contratación de servicios, otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que oferte Servicios Nacionales o servicios extranjeros con trato nacional de acuerdo con la regla de origen aplicable.*

*En los contratos que deban cumplirse en Colombia, la Entidad Estatal definirá de manera razonable y proporcionada los bienes colombianos relevantes teniendo en cuenta:*

*1. El análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación;*

*2. El porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación; y*

*3. La existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.*

*En aquellos casos en que, de acuerdo con el objeto contractual, no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los mismos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, la Entidad Estatal otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que vincule el porcentaje mínimo establecido por la Entidad Estatal de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, que no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato.*

*La Entidad Estatal documentará este análisis y dejará constancia en los Documentos del Proceso».*

Según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) *«el análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la entidad estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación»;* ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación; y, iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009.

En aplicación de estos criterios, corresponde a la entidad estatal determinar en los respectivos pliegos de condiciones o documentos equivalentes, la metodología conforme con la cual se asignará el puntaje correspondiente por apoyo a la industria nacional. De esta manera, se considera importante que en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes se establezca con claridad que bienes colombianos deben incluir en las propuestas para que puedan ser consideradas de origen nacional, y, en consecuencia, optar al puntaje por apoyo a la industria nacional.

Debido a que el Decreto 680 de 2021 no establece ninguna regla específica en relación con la metodología de asignación del puntaje, nada obsta para que la entidad estime conveniente incluir el puntaje por este factor de manera proporcional a la cantidad de bienes nacionales relevantes que los proponentes se comprometan a incorporar durante la ejecución del contrato y que hayan sido definidos previamente por la entidad de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Con esta regla igualmente se cumpliría el propósito de la Ley 816 de 2003 y del Decreto 680 de 2021 de promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas y realizar una definición de manera razonable y proporcionada de los bienes colombianos relevantes de acuerdo con la información analizada en la etapa de planeación del Proceso de Contratación.

Para estos efectos, la entidad cuenta con discrecionalidad administrativa para determinar el método o la regla que permita asignar el puntaje por apoyo a la industria nacional de forma proporcional a los bienes nacionales relevantes ofertados, lo cual deberá establecerse en los pliegos de condiciones. Sin embargo, esta discrecionalidad no es absoluta, sino que está limitada por las normas de orden público, que incluyen reglas imperativas para la confección del pliego de condiciones. Así, la entidad deberá tener en cuenta el límite máximo establecido en el artículo 2 de la Ley 816 de 2022, 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. Además, deberá tener en cuenta el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación como lo señala el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Igualmente, esta metodología deberá garantizar la asignación objetiva de los puntos, de manera que se determine claramente la forma en la que asigna el puntaje atendiendo a la proporción de los bienes nacionales relevantes ofertados.

A modo de ejemplo, en el numeral 4.3.1 «PROMOCIÓN DE SERVICIOS NACIONALES O CON TRATO NACIONAL» de los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte - V3, se establece una regla de asignación de puntaje cuando la entidad haya determinado la existencia de más de un bien nacional relevante. Esta regla consiste en otorgar el puntaje de forma proporcional a la cantidad de bienes nacionales relevantes que los proponentes se comprometan a incorporar durante la ejecución del contrato y dependiendo del porcentaje de participación de estos bienes, en los términos de la Matriz 4 – Bienes nacionales relevantes. Para efectos de la asignación de puntaje, la entidad definirá el puntaje de cada bien nacional relevante de acuerdo con su porcentaje de participación, para lo cual aplicará la siguiente fórmula matemática que tiene en cuenta el número de bienes nacionales relevantes y el porcentaje de participación del bien:

$$Pi=\frac{Participación (\%)\_{i}\*(Pmax)}{\sum\_{i}^{n}Participación (\%)}$$

Donde:

Pi: Puntaje de cada bien relevante

i: Bien o bienes nacionales relevantes

n: Número de bienes nacionales relevantes

Participación (%)i : Porcentaje de participación del bien

Pmax =Puntaje máximo para el factor de evaluación de apoyo a la industria nacional (20 puntos)

$\sum\_{i}^{n}Participación (\%)$: Sumatoria de los porcentajes de participación de los bienes

 Una vez definido el puntaje de cada bien nacional relevante, la entidad otorgará el puntaje a cada proponente dependiendo de la cantidad de bienes nacionales relevantes ofertados y el puntaje individual asignado a cada uno de ellos. Para la asignación de este puntaje se aplicará la siguiente fórmula matemática:

$$Puntaje proponente= \sum\_{j=0}^{i}P\_{i}$$

Donde:

Puntaje proponente: Puntaje asignado al Proponente

$\sum\_{j=0}^{i}P\_{i}$: Sumatoria de los puntajes de los bienes relevantes seleccionados por el Proponente

 De esta manera, el proponente que haya ofrecido todos los bienes relevantes obtendrá hasta el mayor puntaje por este factor (20 puntos), mientras que el proponente que ofrezca uno o varios bienes relevantes obtendrá el puntaje de forma proporcional dependiendo de la cantidad de bienes nacionales relevantes ofertados y el puntaje individual asignado a cada uno de ellos.

Así las cosas, atendiendo concretamente la consulta planteada, le corresponde a cada entidad determinar en los respectivos pliegos de condiciones o documentos equivalentes, la metodología conforme con la cual se asignará el puntaje correspondiente por apoyo a la industria nacional, la cual puede ser proporcional teniendo en cuenta teniendo en cuenta el porcentaje de participación de los bienes nacionales relevantes a ofertar como se explicó en párrafos precedentes.

Finalmente, vale la pena mencionar que el penúltimo inciso del artículo del 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, establece una regla subsidiaria para otorgar el puntaje de industria nacional en procesos de contratación en los que, en atención al objeto contractual no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los bienes relevantes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales. Esta regla consiste en otorgar el puntaje, al proponente que vincule el porcentaje mínimo de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos establecido por la entidad estatal, el cual no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato. Conforme a esta regla residual, cuando en el marco de la planeación, la entidad estatal no logre establecer que el objeto contractual requiera de bienes nacionales que se ajusten a los referidos criterios, deberá otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional a los proponentes que ejecuten el contrato garantizando la participación de personal colombiano en el correspondiente porcentaje mínimo, del 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato.

 De acuerdo con lo anterior, corresponde a las entidades estatales dentro de la planeación de los procesos de selección competitivos que adelantan, establecer cuál de las dos alternativas para el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional tendrá aplicación, para lo cual deben realizar un análisis que conste en los Documentos del Proceso. Adicionalmente, en la medida en que el Decreto 680 de 2021 no establece ninguna regla especifica al respecto, se estima indispensable que las entidades estatales, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015[[14]](#footnote-15), establezcan en los pliegos de condiciones las reglas por las que deben seguirse los proponentes al momento de presentar sus ofertas para poder obtener el puntaje por apoyo a la industria nacional.

**3. Respuesta**

*«[…]me permito solicitar a la entidad aclaración respecto a la evaluación de la Ley 816 de 2003, protección industria nacional; en especial lo referente a la evaluación de bienes nacionales dentro de procesos de contratación pública.*

*La consulta es sobre lo siguiente:*

*Una entidad pública puede otorgar puntaje a bienes nacionales con regla de tres, cuando no se oferten la totalidad de los items como nacionales? es decir, si un proceso tiene varios items, y el oferente solo oferta cierta cantidad como nacionales, la Entidad puede otorgar el puntaje por items?*

*Lo anterior, teniendo en cuenta que la ley no determina si puede hacerse de manera parcial, o debe otorgarse el puntaje por la totalidad de items de la necesidad de la entidad.*

*Ahora bien, el Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación, establece:*

*"La Entidad Estatal debe indicar en los pliegos de condiciones la forma en la cual asigna el puntaje, definiendo por ejemplo la asignación de puntos a cada bien nacional o con trato nacional; asignar el puntaje de manera proporcional al número de bienes nacionales o con trato nacional acreditados por los proponentes; entre otras opciones"*

*Esto quiere decir, que la entidad puede otorgar puntaje por este concepto, por item? o por lo contrario, no es posible establecer una discrecionalidad para el otorgamiento de los mismos, asignándolos uno u otro a conveniencia de la entidad contratante o del proponente, de acuerdo con el manejo otorgado a los requisitos que deben acreditarse»*

De acuerdo con las consideraciones de este concepto, según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) *«el análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la entidad estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación»,* ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009.

En aplicación de estos criterios, corresponde a la entidad estatal determinar en los respectivos pliegos de condiciones o documentos equivalentes, la metodología conforme con la cual se asignará el puntaje correspondiente por apoyo a la industria nacional, siendo procedente la utilización de regla de tres planteada en su solicitud. De esta manera, se considera importante que en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes se establezca con claridad que bienes colombianos deben incluir en las propuestas para que puedan ser consideradas de origen nacional, y, en consecuencia, optar al puntaje por apoyo a la industria nacional.

Debido a que el Decreto 680 de 2021 no establece ninguna regla específica en relación con la metodología de asignación del puntaje, nada obsta para que la entidad estime conveniente incluir el puntaje por este factor de manera proporcional a la cantidad de bienes nacionales relevantes que los proponentes se comprometan a incorporar durante la ejecución del contrato y que hayan sido definidos previamente por la entidad de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Con esta regla igualmente se cumpliría el propósito de la Ley 816 de 2003 y del Decreto 680 de 2021 de promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas y realizar una definición de manera razonable y proporcionada de los bienes colombianos relevantes de acuerdo con la información analizada en la etapa de planeación del Proceso de Contratación.

Para estos efectos, la entidad cuenta con discrecionalidad administrativa para determinar el método o la regla que permita asignar el puntaje por apoyo a la industria nacional de forma proporcional a los bienes nacionales relevantes ofertados, lo cual deberá establecerse en los pliegos de condiciones. Sin embargo, esta discrecionalidad no es absoluta, sino que está limitada por las normas de orden público, que incluyen reglas imperativas para la confección del pliego de condiciones. Así, la entidad deberá tener en cuenta el límite máximo establecido en el artículo 2 de la Ley 816 de 2022, 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. Además, deberá tener en cuenta el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación como lo señala el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Igualmente, esta metodología deberá garantizar la asignación objetiva de los puntos, de manera que se determine claramente la forma en la que asigna el puntaje atendiendo a la proporción de los bienes nacionales relevantes ofertados.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero IguaránContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Any Alejandra Tovar CastilloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Estos conceptos pueden ser consultados en la relatoría de la Agencia en el siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos) [↑](#footnote-ref-2)
2. El tenor del artículo 20 es el siguiente: «En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

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

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

» PARÁGRAFO 2o. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo». [↑](#footnote-ref-3)
3. Así lo reconoció la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, el cual puede consultarse en el siguiente sitio web: https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias [↑](#footnote-ref-4)
4. «Artículo 2.2.1.2.4.1.3. Existencia de trato nacional. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

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

»Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado». [↑](#footnote-ref-5)
5. Como lo ha indicado la Corte Constitucional, «La cláusula del trato nacional es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales. Su objetivo apunta a que las mercancías que ingresan a un Estado Parte no sean sometidas a un trato discriminatorio en relación con los productos del país receptor. En otras palabras, se busca asegurar la existencia de unas reglas de competencia leal y transparente entre el producto importado y el nacional. La existencia de tales cláusulas-tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte» (Sentencia C-608/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). [↑](#footnote-ref-6)
6. Aprobado mediante Ley 1241 de 2008. [↑](#footnote-ref-7)
7. Aprobado por la Ley 1143 de 2007. [↑](#footnote-ref-8)
8. Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad [↑](#footnote-ref-9)
9. Por ejemplo, la nota 2 del Anexo 9.1 del tratado de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica dispone que, si bien el Ministerio de Defensa Nacional es una entidad cubierta, «No estarán cubiertas por este Capítulo las contrataciones de bienes contenidas en la Sección 2 (Alimentos, Bebidas y Tabaco; Textil y Confección y Productos de Cuero) del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.0) de las Naciones Unidas, para el Comando General de las Fuerzas Militares, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana, y la Policía Nacional». [↑](#footnote-ref-10)
10. Esta es la tesis que ha prohijado esta Agencia en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, en las siguientes palabras: «La Entidad Estatal también debe conceder el mismo trato que da a los bienes y servicios colombianos a aquellos bienes y servicios de Estados con los cuales, a pesar de no existir un Acuerdo Comercial, el Gobierno Nacional ha certificado reciprocidad. Es decir, cuando el Gobierno Nacional con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compra pública de dicho Estado, ha certificado que en ese Estado los bienes y servicios colombianos gozan del mismo trato que los bienes y servicios de dicho Estado o que no existe en dicho Estado ninguna medida que fomente el desarrollo local o mejore las cuentas de la balanza de pagos. Las certificaciones expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores están publicadas en la página web de Colombia Compra 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-11)
11. La Comunidad Andina de Naciones –CAN– es un mecanismo subregional de integración creado mediante el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Este último país perteneció a la Comunidad hasta el 2006. [↑](#footnote-ref-12)
12. «26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

»27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

»[…]». [↑](#footnote-ref-13)
13. Gaceta del Congreso. Cámara de Representantes. Año X – No. 642, 11 de diciembre de 2001. Disponible en: GACETAS DEL CONGRESO (imprenta.gov.co) [↑](#footnote-ref-14)
14. Decreto 1082 de 2015: **«**Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

[…]

   »3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

   […]

»5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato […]». [↑](#footnote-ref-15)