**CCE-DES-FM-17**

**TRATO NACIONAL – Concepto – Contratación pública – Principio de reciprocidad**

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

En otras palabras, el trato nacional consiste en la consideración especial en la asignación de puntaje, que se tiene sobre los oferentes, bienes y servicios colombianos, en los procedimientos de selección, pero que, en virtud del principio de reciprocidad, se extiende a los oferentes, bienes o servicios extranjeros; 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).

**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». 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».

**TRATO NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje**

Analizadas las tres fuentes del trato nacional en la contratación pública, es importante precisar que el efecto de dicho beneficio es la asignación del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003, la cual exige, en el artículo 1, que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, adopten criterios que apoyen la industria nacional. […].

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

**BIENES Y SERVICIOS – Defensa y seguridad nacional – Adquisición – Ley 1089 de 2006**

La adquisición de bienes o servicios requeridos para la actividad de defensa y seguridad nacional, en la redacción original de la Ley 80 de 1993, se consideró una causal de contratación directa. En este contexto, en el que, como acaba de indicarse, la contratación directa era la modalidad de selección del proveedor de tales bienes o servicios, se expidió la Ley 1089 de 2006, «Por medio de la cual se regula la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional». Esta Ley benefició a la industria nacional, otorgándole exclusividad relativa en la adquisición de tales bienes, pero con algunas excepciones, […].

[…]

El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que, como se expuso, establecía que la adquisición de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional era causal de contratación directa; causal que pasó a ser de selección abreviada, de conformidad con el artículo 2, numeral 2, literal i), de la mencionada Ley 1150, salvo los que requieran reserva para su adquisición, frente a los cuales esta Ley mantuvo, en el artículo 2, numeral 4, literales d) y j), la posibilidad de contratación directa. Ahora bien, el cambio en la modalidad de contratación de los bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, introducido por la Ley 1150 de 2007, no puede interpretarse como una derogatoria de la Ley 1089 de 2006, ya que lo que se modificó fue la causal, más no los requisitos especiales de contratación previstos en la Ley 1089. En otras palabras, en principio, la modalidad de selección abreviada no obsta para que la compra o suministro de tales bienes y servicios se realice con productores nacionales, ya que el artículo 1 de la referida Ley establece que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe certificar que la producción de aquellos se efectúa en «en términos de competencia abierta».

**BIENES Y SERVICIOS – Defensa y seguridad nacional – Preferencia – Productores nacionales – Ley 1089 de 2006**

Como se observa, esta disposición estableció que los bienes o servicios destinados a la defensa y seguridad nacional deben adquirirse en principio con los productores nacionales, según certificación expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pero, a su vez, faculta a las entidades estatales para obtener dichos bienes o servicios con productores extranjeros, si la conveniencia así lo justifica; lo que permite concluir que en modo alguno la Ley 1089 de 2006 estableció una regla de exclusividad absoluta a favor de los productores nacionales, ni derogó lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, en relación con la posibilidad de que los oferentes, bienes y servicios extranjeros se beneficien con el trato nacional. En efecto, tal conclusión se ratifica con lo señalado en el artículo 3º de la Ley 1089, en los siguientes términos: «Esta ley se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República».

**BIENES Y SERVICIOS – Defensa y seguridad nacional – Armonización con tratados**

A partir de lo expuesto, se concluye que la Ley 1089 de 2006 y su Decreto reglamentario 1074 de 2015 –compilatorio del Decreto 660 de 2007– se encuentran vigentes, pero deben aplicarse de manera armónica y sistemática con las disposiciones que regulan la prevalencia de los tratados o acuerdos comerciales y el deber de otorgamiento de trato nacional a los oferentes, bienes y servicios extranjeros, que se expresa en la concesión del puntaje señalado en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003.

Esto significa que si la entidad interesada en adquirir bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional –quien, en principio, debe hacerlo con los productores nacionales, en las condiciones analizadas– se halla bajo el amparo de un tratado o acuerdo comercial, por ser una entidad pública cubierta, por acreditar el umbral y porque los bienes y servicios requeridos están dentro del ámbito de cobertura del acuerdo y no se encuentran explícitamente excluidos, debe permitir la participación de productores extranjeros, pues, como se indicó, el artículo 3 de la Ley 1089 de 2006 establece que «Esta ley se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República».

En este caso, no es que se entienda derogada la mencionada Ley 1089, sino que lo que sucede es que, por voluntad expresa del legislador, ante la existencia de cobertura de la adquisición de bienes o servicios para la defensa y seguridad nacional en un tratado comercial, prevalece lo establecido en este. Y si en el tratado en cuestión se establece el beneficio del trato nacional para los oferentes, bienes y servicios cubiertos por este, entonces se debe otorgar el puntaje indicado en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003.

Bogotá D.C., **16/07/2020 Hora 14:25:27s**

**N° Radicado: 2202013000006356**

Señor

**Julián David Parra Benítez**

Ciudad

**Concepto C‒ 417 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | 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 / BIENES Y SERVICIOS ― Defensa y seguridad nacional ― Adquisición ― Ley 1089 de 2006 / BIENES Y SERVICIOS ― Defensa y seguridad nacional ― Preferencia a productores nacionales ― Ley 1089 de 2006 / BIENES Y SERVICIOS ― Defensa y seguridad nacional ― Armonización con tratados |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000004852  |

Estimado señor Parra:

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 10 de junio del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes solicitudes, relacionadas con la adquisición de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional:

1. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

Entendemos que, en el marco de los procesos de selección adelantados por las Entidades Estatales en Colombia (licitaciones publicas, selección abreviada, etc.) estas entidades tienen el deber de conceder trato nacional a los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales. Lo anterior dado que en el marco del Artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 se define a los Acuerdos Comerciales como los “*Tratados internacionales vigentes celebrados por el Estado colombiano, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para: (i) los bienes y servicios de origen colombiano y (ii) los proveedores colombianos*”.

Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

2. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

Entendemos que mediante los Acuerdos Comerciales se crean compromisos que otorgan obligaciones y responsabilidades conjuntas a los Estados. Por lo tanto, mediante la suscripción de un Acuerdo Comercial se están garantizando los mismos privilegios tanto para el inversionista extranjero como para los nacionales. Lo anterior dado que, mediante la celebración de Acuerdos Comerciales, los Estados acuerdan que se otorgará un trato justo y equitativo.

Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

3. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

Entendemos que todos los Acuerdos Comerciales constan en leyes aprobadas por el Congreso de la República, por lo que tienen rango legal. En este contexto, en el evento en que exista alguna incongruencia entre lo señalado en la Ley 1089 de 2006 (en cuanto a la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional con productores nacionales) y lo señalado en las leyes que han aprobado los Acuerdos Comerciales (en cuanto al principio de trato nacional y no discriminación en las compras públicas), sería necesario aplicar lo regulado en la Ley 153 de 1887, en virtud de la prevalencia de los asuntos especiales sobre un asunto de carácter general. Lo anterior dado que la Ley 1089 de 2006 es una ley anterior y que puede interpretarse de forma contraria a todas las leyes posteriores que se han expedido para aprobar Acuerdos Comerciales suscritos por la República de Colombia con otros países (i.e. Ley 1143 de 2007, Ley 1189 de 2008, Ley 1241 de 2008, Ley 1363 de 2009, Ley 1372 de 2010, Ley 1669 de 2013, Ley 1746 de 2014, Ley 1747 de 2014, Ley 1763 de 2015). De este modo, en los términos previstos por el citado Artículo 2 de la Ley 153 de 1887, prevalecen todas estas normas posteriores sobre la mencionada ley anterior (i.e. Ley 1089 de 2006).

Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

4. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

Entendemos que es un deber de las Entidades Estatales adelantar los procesos de selección de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables. Por lo tanto, el principio de trato nacional y no discriminación previstos en los Acuerdos Comerciales suscritos por la República de Colombia impide que en los pliegos de condiciones se incluya reglas que discriminen mercancías que provienen de otros países con los que se han suscrito Acuerdos Comerciales.

Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

5. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

Entendemos que la Ley 1089 de 2006 aplicaba a la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional cuando la Ley 80 de 1993 regulaba una casual de contratación directa (numeral 1 del Art. 24 de la Ley 80 de 1993). Actualmente ya NO existe una causal de contratación directa sino una causal de selección abreviada introducida por la Ley 1150 de 2007, por lo que, en los términos del Artículo 3 de la Ley 153 de 1887, las reglas de la Ley 1089 de 2006 actualmente son insubsistentes. De esta forma, actualmente la regulación aplicable a la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional es la desarrollada en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015.

Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

6. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

Respecto de la regulación aplicable a la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional, la Ley 1089 de 2006 ha sido derogada tácitamente, (en virtud en que puede considerarte insubsistente a la luz del Art. 3 de la Ley 153 de 1887). Lo anterior dado que una ley se deroga tácitamente cuando se expide una nueva ley, la cual establece disposiciones contrarias a una ley antigua.

Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

Sin perjuicio de que Colombia Compra Eficiente responda puntualmente cada una de las anteriores consultas y se pronuncie sobre los respectivos entendimientos, en caso de que ya se haya pronunciado sobre los temas mencionados anteriormente, le agradezco me haga llegar copia de los conceptos emitidos sobre el particular.

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) trato nacional en la contratación estatal y ii) vigencia de la Ley 1089 de 2006 y del Decreto 660 de 2007.

Al respecto, conviene indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, mediante los conceptos C-043 del 15 de enero de 2020, C-073 del 28 de febrero de 2020, C-114 del 6 de marzo de 2020, C-033 del 13 de marzo de 2020 y C-119 del 18 de marzo de 2020, se pronunció sobre el entendimiento del concepto de trato nacional. Algunas de 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[[1]](#footnote-2), o en virtud de procesos de integración regional[[2]](#footnote-3).

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

En cuanto a la primera de ellas, cabe señalar que el trato nacional puede estar estipulado en un *tratado o acuerdo comercial* suscrito entre Colombia y uno o varios Estados, adoptando como cláusula que a los oferentes, bienes o servicios extranjeros de dichos estados se les considerará en nuestro país como nacionales, bajo las condiciones establecidas en la respectiva negociación[[4]](#footnote-5). 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–[[5]](#footnote-6) 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[[6]](#footnote-7), 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[[7]](#footnote-8). De igual manera, este también puede contener exclusiones explícitas a su cobertura[[8]](#footnote-9).

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

La tercera fuente del deber de trato nacional es el conjunto de las disposiciones de la Comunidad Andina[[10]](#footnote-11) 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».

Analizadas las tres fuentes del trato nacional en la contratación pública, es importante precisar que el efecto de dicho beneficio es la asignación del puntaje previsto en la Ley 816 de 2003, la cual exige, en el artículo 1, que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, adopten criterios que apoyen la industria nacional. En consonancia con lo anterior, el parágrafo de dicho artículo dispone que:

Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.

El artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, según se explicó, indica la forma como se debe acreditar dicha circunstancia, dependiendo del fundamento del trato nacional y exigiendo el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no exista tratado, ni regulación andina aplicable.

Verificado el deber de trato nacional en un procedimiento de selección, la entidad estatal debe cumplir con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 816, que establece un criterio de calificación diferencial, en los siguientes términos:

Las entidades de que trata el artículo 1o asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

Así 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.

**2.2. Vigencia de la Ley 1089 de 2006 y del Decreto 660 de 2007. Interpretación complementaria con los tratados o acuerdos comerciales**

Teniendo en cuenta que la consulta que se analiza indaga por la aplicabilidad del trato nacional en la adquisición de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, se harán algunos comentarios sobre su contenido, vigencia e interpretación complementaria con los tratados o acuerdos comerciales suscritos entre Colombia y otros Estados.

La adquisición de bienes o servicios requeridos para la actividad de defensa y seguridad nacional, en la redacción original de la Ley 80 de 1993, se consideró una causal de contratación directa[[11]](#footnote-12). En este contexto, en el que, como acaba de indicarse, la contratación directa era la modalidad de selección del proveedor de tales bienes o servicios, se expidió la Ley 1089 de 2006, «Por medio de la cual se regula la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional». Esta Ley benefició a la industria nacional, otorgándole *exclusividad relativa* en la adquisición de tales bienes, pero con algunas excepciones, y es en este sentido que debe leerse el artículo 1, que reza:

La adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, que sean de producción nacional, en la cantidad, calidad y oportunidad requerida se efectuará con los productores nacionales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, certificará la existencia de su producción, dentro del territorio nacional y la comprobación de que esta se lleva a cabo en términos de competencia abierta.

PARÁGRAFO. El Estado podrá adquirir bienes y servicios que se produzcan en el país a productores extranjeros, cuando los intereses de seguridad y defensor nacional señalen su conveniencia[[12]](#footnote-13).

Como se observa, esta disposición estableció que los bienes o servicios destinados a la defensa y seguridad nacional deben adquirirse en principio con los productores nacionales, según certificación expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pero, a su vez, faculta a las entidades estatales para obtener dichos bienes o servicios con productores extranjeros, si la conveniencia así lo justifica; lo que permite concluir que en modo alguno la Ley 1089 de 2006 estableció una regla de *exclusividad absoluta* a favor de los productores nacionales, ni derogó lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, en relación con la posibilidad de que los oferentes, bienes y servicios extranjeros se beneficien con el trato nacional. En efecto, tal conclusión se ratifica con lo señalado en el artículo 3º de la Ley 1089, en los siguientes términos: «Esta ley se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República».

El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que, como se expuso, establecía que la adquisición de bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional era causal de contratación directa; causal que pasó a ser de *selección abreviada*, de conformidad con el artículo 2, numeral 2, literal i), de la mencionada Ley 1150, salvo los que requieran reserva para su adquisición, frente a los cuales esta Ley mantuvo, en el artículo 2, numeral 4, literales d) y j), la posibilidad de contratación directa. Ahora bien, el cambio en la modalidad de contratación de los bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, introducido por la Ley 1150 de 2007, no puede interpretarse como una derogatoria de la Ley 1089 de 2006, ya que lo que se modificó fue la causal, más no los requisitos especiales de contratación previstos en la Ley 1089. En otras palabras, en principio, la modalidad de selección abreviada no obsta para que la compra o suministro de tales bienes y servicios se realice con productores nacionales, ya que el artículo 1 de la referida Ley establece que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe certificar que la producción de aquellos se efectúa en «en términos de competencia abierta».

El artículo 2 de la Ley 1089 de 2006 hacía referencia a los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional enlistados en los decretos 855 de 1994 y 219 de enero 26 de 2006, pero estos fueron derogados por el artículo 83 del Decreto 66 de 2008, el cual fue derogado también por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012 y este asimismo por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013, que fue a su vez derogado y compilado por el Decreto 1082 de 2015, vigente en la actualidad. Entretanto, el gobierno nacional expidió el Decreto 660 de 2007, por el cual reglamentó parcialmente la Ley 1089 de 2006. Dicho Decreto se encuentra actualmente compilado en el Decreto 1074 de 2015 –«Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo», el cual establece varias exigencias para la adquisición de los bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional:

a) Obliga al Ministerio de Defensa a solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la certificación sobre la existencia o no de producción nacional de dichos bienes y servicios[[13]](#footnote-14).

b) Manda que la solicitud de la mencionada certificación se haga durante la primera quincena de enero y julio de cada año, indicando los datos técnicos y económicos correspondientes[[14]](#footnote-15).

c) Determina la metodología con arreglo a la cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe cotejar el listado remitido por el Ministerio de Defensa Nacional, para certificar la existencia o no de producción nacional de los bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional, así como los criterios para acreditar la competencia abierta[[15]](#footnote-16).

d) Dispone que, una vez certificada la existencia de producción nacional y de competencia abierta, el procedimiento de selección se realizará con productores nacionales, sin perjuicio de poderse efectuar la adquisición con productores extranjeros, por razones de conveniencia[[16]](#footnote-17).

Por otro lado, el Decreto 1082 de 2015 reiteró que la contratación de los bienes y servicios requeridos para la defensa y seguridad nacional es, en principio, causal de selección abreviada[[17]](#footnote-18) y dispuso, en cuanto al trato nacional, además de lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.1.3.[[18]](#footnote-19) sobre las fuentes de dicho principio, que las entidades estatales deben realizar sus procesos de contratación cumpliendo con lo establecido en los tratados o acuerdos comerciales[[19]](#footnote-20), y que si en un mismo procedimiento concurren varios tratados, se deberán cumplir todos[[20]](#footnote-21). Esto quiere decir que actualmente no solo el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3 de la Ley 1089 de 2006, sino también 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, según se deduce de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados[[21]](#footnote-22).

A partir de lo expuesto, se concluye que la Ley 1089 de 2006 y su Decreto reglamentario 1074 de 2015 –compilatorio del Decreto 660 de 2007– se encuentran vigentes, pero deben aplicarse de manera armónica y sistemática con las disposiciones que regulan la prevalencia de los tratados o acuerdos comerciales y el deber de otorgamiento de trato nacional a los oferentes, bienes y servicios extranjeros, que se expresa en la concesión del puntaje señalado en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003.

Esto significa que si la entidad interesada en adquirir bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional –quien, en principio, debe hacerlo con los productores nacionales, en las condiciones analizadas– se halla bajo el amparo de un tratado o acuerdo comercial, por ser una entidad pública cubierta, por acreditar el umbral y porque los bienes y servicios requeridos están dentro del ámbito de cobertura del acuerdo y no se encuentran explícitamente excluidos, debe permitir la participación de productores extranjeros, pues, como se indicó, el artículo 3 de la Ley 1089 de 2006 establece que «Esta ley se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República».

En este caso, no es que se entienda derogada la mencionada Ley 1089, sino que lo que sucede es que, por voluntad expresa del legislador, ante la existencia de cobertura de la adquisición de bienes o servicios para la defensa y seguridad nacional en un tratado comercial, prevalece lo establecido en este. Y si en el tratado en cuestión se establece el beneficio del trato nacional para los oferentes, bienes y servicios cubiertos por este, entonces se debe otorgar el puntaje indicado en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003.

1. **Respuestas**

Esta Subdirección recuerda que, según la competencia que le confiere el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En este contexto, la formulación de una consulta consiste en indagar por el alcance de un precepto, sin que, para estructurar la misma, aplique la técnica del *interrogatorio de parte*.

En tal sentido, a continuación, se contestarán en bloque las preguntas formuladas:

«1. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

»Entendemos que, en el marco de los procesos de selección adelantados por las Entidades Estatales en Colombia (licitaciones públicas, selección abreviada, etc.) estas entidades tienen el deber de conceder trato nacional a los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales. Lo anterior dado que en el marco del Artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 se define a los Acuerdos Comerciales como los “*Tratados internacionales vigentes celebrados por el Estado colombiano, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para: (i) los bienes y servicios de origen colombiano y (ii) los proveedores colombianos*”.

»Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

»2. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

»Entendemos que mediante los Acuerdos Comerciales se crean compromisos que otorgan obligaciones y responsabilidades conjuntas a los Estados. Por lo tanto, mediante la suscripción de un Acuerdo Comercial se están garantizando los mismos privilegios tanto para el inversionista extranjero como para los nacionales. Lo anterior dado que, mediante la celebración de Acuerdos Comerciales, los Estados acuerdan que se otorgará un trato justo y equitativo (sic).

»Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

»3. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

»Entendemos que todos los Acuerdos Comerciales constan en leyes aprobadas por el Congreso de la República, por lo que tienen rango legal. En este contexto, en el evento en que exista alguna incongruencia entre lo señalado en la Ley 1089 de 2006 (en cuanto a la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional con productores nacionales) y lo señalado en las leyes que han aprobado los Acuerdos Comerciales (en cuanto al principio de trato nacional y no discriminación en las compras públicas), sería necesario aplicar lo regulado en la Ley 153 de 1887, en virtud de la prevalencia de los asuntos especiales sobre un asunto de carácter general. Lo anterior dado que la Ley 1089 de 2006 es una ley anterior y que puede interpretarse de forma contraria a todas las leyes posteriores que se han expedido para aprobar Acuerdos Comerciales suscritos por la República de Colombia con otros países (i.e. Ley 1143 de 2007, Ley 1189 de 2008, Ley 1241 de 2008, Ley 1363 de 2009, Ley 1372 de 2010, Ley 1669 de 2013, Ley 1746 de 2014, Ley 1747 de 2014, Ley 1763 de 2015). De este modo, en los términos previstos por el citado Artículo 2 de la Ley 153 de 1887, prevalecen todas estas normas posteriores sobre la mencionada ley anterior (i.e. Ley 1089 de 2006).

»Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

»4. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

»Entendemos que es un deber de las Entidades Estatales adelantar los procesos de selección de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables. Por lo tanto, el principio de trato nacional y no discriminación previstos en los Acuerdos Comerciales suscritos por la República de Colombia impide que en los pliegos de condiciones se incluya reglas que discriminen mercancías que provienen de otros países con los que se han suscrito Acuerdos Comerciales.

»Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

»5. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

»Entendemos que la Ley 1089 de 2006 aplicaba a la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional cuando la Ley 80 de 1993 regulaba una casual de contratación directa (numeral 1 del Art. 24 de la Ley 80 de 1993). Actualmente ya NO existe una causal de contratación directa sino una causal de selección abreviada introducida por la Ley 1150 de 2007, por lo que, en los términos del Artículo 3 de la Ley 153 de 1887, las reglas de la Ley 1089 de 2006 actualmente son insubsistentes. De esta forma, actualmente la regulación aplicable a la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional es la desarrollada en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 1082 de 2015.

»Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

»6. Le agradezco a Colombia Compra Eficiente confirmar si el siguiente entendimiento es correcto:

»Respecto de la regulación aplicable a la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional, la Ley 1089 de 2006 ha sido derogada tácitamente, (en virtud en que puede considerarte insubsistente a la luz del Art. 3 de la Ley 153 de 1887). Lo anterior dado que una ley se deroga tácitamente cuando se expide una nueva ley, la cual establece disposiciones contrarias a una ley antigua.

»Favor confirmar si este entendimiento es correcto.

Las entidades estatales deben conceder trato nacional en sus procedimientos de selección a los oferentes, bienes y servicios extranjeros, en las circunstancias establecidas en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del Decreto 1082 de 2015, que disponen que dicho trato nacional puede provenir de un tratado o acuerdo comercial vigente –acorde con sus reglas de cobertura–, de la regulación andina aplicable o de la situación acreditada a través de un certificado de reciprocidad.

Se deben analizar en cada caso las estipulaciones del tratado o acuerdo comercial correspondiente. Pero es cierto que puede suceder que en un tratado celebrado entre Colombia y otros Estados se incluya en el clausulado el compromiso del trato nacional.

El artículo 3 de la Ley 1089 de 2006 contiene una disposición normativa que deja explícita la voluntad del legislador de hacer prevalecer lo estipulado en los tratados o acuerdos comerciales celebrados por Colombia, pues establece que «Esta ley se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República», lo que significa que en caso de conflicto entre lo previsto en la legislación interna y las reglas del tratado, son estas las que deben aplicarse. En consecuencia, como la misma Ley 1089 de 2006 establece un criterio de interpretación auténtica, no resulta necesario acudir a las reglas hermenéuticas de la Ley 153 de 1887.

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 su parte, el artículo 2.2.1.2.4.1.2. del mismo Decreto dispone 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». Por tanto, si un proceso de contratación está bajo el ámbito de cobertura de uno o más tratados comerciales suscritos por Colombia con otros Estados y en ellos se establece el beneficio del trato nacional, la entidad estatal contratante debe cumplir con dicho compromiso.

Como se expuso en las consideraciones de este concepto, aunque es cierto que en la redacción original de la Ley 80 de 1993 la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional era causal de contratación directa, la Ley 1089 de 2006 y su Decreto reglamentario 1074 de 2015 –compilatorio del Decreto 660 de 2007– se encuentran vigentes, pero deben aplicarse de manera armónica y sistemática con las disposiciones que regulan la prevalencia de los tratados o acuerdos comerciales y el deber de otorgamiento de trato nacional a los oferentes, bienes y servicios extranjeros, que se expresa en la concesión del puntaje señalado en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003.

Esto significa que si la entidad interesada en adquirir bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional –quien, en principio, debe hacerlo con los productores nacionales, en las condiciones analizadas– se halla bajo el amparo de un tratado o acuerdo comercial, por ser una entidad pública cubierta, por acreditar el umbral y porque los bienes y servicios requeridos están dentro del ámbito de cobertura del acuerdo y no se encuentran explícitamente excluidos, debe permitir la participación de productores extranjeros, pues, como se indicó, el artículo 3 de la Ley 1089 de 2006 establece que «Esta ley se aplicará sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República». Y si en el acuerdo comercial se pactó el trato nacional, debe concederles dicho trato.

La Ley 1089 de 2006 y el Decreto reglamentario 1074 de 2015 –que compiló al Decreto 660 de 2007– se encuentran vigentes, pero, como se explicó en la parte motiva de este concepto, deben armonizarse con los compromisos pactados en los acuerdos comerciales y con las disposiciones normativas que regulan el trato nacional.

Por tanto, esta Subdirección no considere que se presente el fenómeno de la derogatoria, sino el de la aplicación sistemática y complementaria de las disposiciones normativas concurrentes, pues el artículo 3 de la Ley 1089 de 2006 establece que esta se aplicará sin perjuicio de los compromisos adoptados en tratados o acuerdos comerciales, caso en el cual estos prevalecen, sin que se entienda derogada dicha Ley.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

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

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

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

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

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

»Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado». [↑](#footnote-ref-4)
4. Como lo ha indicado la Corte Constitucional, «La cláusula del trato nacional es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales. Su objetivo apunta a que las mercancías que ingresan a un Estado Parte no sean sometidas a un trato discriminatorio en relación con los productos del país receptor. En otras palabras, se busca asegurar la existencia de unas reglas de competencia leal y transparente entre el producto importado y el nacional. La existencia de tales cláusulas-tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte» (Sentencia C-608/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). [↑](#footnote-ref-5)
5. Aprobado mediante Ley 1241 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
6. Aprobado por la Ley 1143 de 2007. [↑](#footnote-ref-7)
7. Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad [↑](#footnote-ref-8)
8. 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-9)
9. Esta es la tesis que ha prohijado esta Agencia en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, en las siguientes palabras: «La Entidad Estatal también debe conceder el mismo trato que da a los bienes y servicios colombianos a aquellos bienes y servicios de Estados con los cuales, a pesar de no existir un Acuerdo Comercial, el Gobierno Nacional ha certificado reciprocidad. Es decir, cuando el Gobierno Nacional con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compra pública de dicho Estado, ha certificado que en ese Estado los bienes y servicios colombianos gozan del mismo trato que los bienes y servicios de dicho Estado o que no existe en dicho Estado ninguna medida que fomente el desarrollo local o mejore las cuentas de la balanza de pagos. Las certificaciones expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores están publicadas en la página web de Colombia Compra Eficientse (https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/secop-i/certificados-de-trato-nacional-por-reciprocidad ), y su contenido debe ser verificado pues no en todos los casos la Entidad Estatal debe conceder dicho trato.

»La existencia de un Acuerdo Comercial que prevea trato nacional en materia de contratación pública excluye la posibilidad de que el Gobierno Nacional certifique trato nacional por reciprocidad.

»Así, por ejemplo, en ningún caso el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá certificar trato nacional por reciprocidad con México, pues existe un Acuerdo Comercial con dicho Estado». [↑](#footnote-ref-10)
10. 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-11)
11. En efecto, el artículo 24, numeral 1º, literal i), así lo establecía. [↑](#footnote-ref-12)
12. Por su parte, el artículo 2 estableció de la siguiente manera los criterios para la consideración de los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional como de productores nacionales: «Para los efectos señalados en el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios orientadores:

»1. Se incluirán los bienes y servicios destinados a seguridad y defensa nacional expresamente enlistados en los Decretos 855 de 1994 y 219 de enero 26 de 2006, reglamentarios del numeral 1, literal i) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y las normas que los modifiquen o sustituyan.

»2. Se incluirán los bienes y servicios que sean calificados por el Gobierno Nacional como necesarios para garantizar intereses esenciales de seguridad y defensa, así como aquellos que tengan por propósito asegurar el abastecimiento de la Fuerza Pública». [↑](#footnote-ref-13)
13. «Artículo 2.2.3.3.2.1. Adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional. Para la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, el Ministerio de Defensa Nacional deberá solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en la forma prevista en el presente capítulo, certificación sobre la existencia o no de producción nacional en términos de competencia abierta, de los bienes y servicios que se pretendan adquirir para la seguridad y defensa nacional previstos en la Ley 1089 de 2006». [↑](#footnote-ref-14)
14. «Artículo 2.2.3.3.2.2. Solicitud de certificación de existencia o no de producción nacional. La solicitud a la que se refiere el artículo 2.2.3.3.2.1. del presente decreto, deberá efectuarse dentro de los quince primeros días de los meses de enero y julio de cada año, señalando expresamente las subpartidas arancelarias dentro de las cuales se clasifiquen los bienes, la descripción técnica de los bienes o servicios a adquirir, y la existencia o no de variedad de precios al consumidor final que exista en el mercado, respecto de los mismos.

»Parágrafo. En caso de existir modificación en el listado remitido, el Ministerio de Defensa Nacional lo informará oportunamente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo». [↑](#footnote-ref-15)
15. «Artículo 2.2.3.3.2.3. Certificación de existencia o no de producción nacional. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expedirá la certificación, confrontando el listado remitido por el Ministerio de Defensa Nacional, con la información contenida en su Registro de Productores de Bienes Nacionales.

»Para este efecto, se entiende que existe competencia abierta en la producción de un bien o servicio destinado a la seguridad y defensa nacional, cuando:

»1. La producción esté siendo desarrollada por dos o más empresas no subordinadas entre sí o que no pertenezcan a un mismo grupo empresarial, conforme al Registro Único Empresarial y Social (RUES), o 2. Para el mismo producto o servicio exista en el mercado variedad de precios al consumidor final, conforme a la información remitida por el Ministerio de Defensa Nacional al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo». [↑](#footnote-ref-16)
16. «Artículo 2.2.3.3.2.4. Capacidad para atender la adquisición de los bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional. En los casos en que la certificación señale la existencia de producción nacional en términos de competencia abierta, de los bienes o servicios objeto del proceso contractual, la entidad competente para la adquisición solicitará por escrito a los correspondientes productores nacionales, información sobre su capacidad de atender la adquisición en la cantidad, calidad y oportunidad requeridas.

»Cuando una o varias de las respuestas se ajusten a las mencionadas cantidades, calidades y oportunidades, el proceso contractual se dirigirá únicamente a los productores nacionales, conforme a lo dispuesto por la Ley 1089 de 2006.

»Parágrafo. No obstante, conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1089 de 2006, la adquisición de los bienes y servicios a los que se refiere la presente sección, podrá efectuarse a productores extranjeros cuando los intereses de seguridad y defensa nacional señalen su conveniencia». [↑](#footnote-ref-17)
17. «Artículo 2.2.1.2.1.2.26. Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional. Las Entidades Estatales que requieran contratar Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional deben hacerlo a través del procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía señalado en el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del presente decreto.

»Si los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional son Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en los términos del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del presente decreto, la Entidad Estatal debe utilizar el procedimiento de subasta inversa, compra por Catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios o a través de bolsa de productos.

»Las Entidades Estatales deben consignar en los Documentos del Proceso las razones por las cuales los bienes o servicios objeto del Proceso de Contratación son requeridos para la defensa y seguridad nacional». [↑](#footnote-ref-18)
18. Artículo que se explicó en el numeral anterior de este concepto. [↑](#footnote-ref-19)
19. «Artículo 2.2.1.2.4.1.1. Aplicación de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación. Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables».​ [↑](#footnote-ref-20)
20. «Artículo 2.2.1.2.4.1.2. Concurrencia de varios Acuerdos Comerciales. 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». [↑](#footnote-ref-21)
21. «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-22)