

## FOMENTO A LA INDUSTRIA NACIONAL MEDIANTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA<sup>1</sup>

Laura Johana Santos Vargas<sup>2</sup>

**RESUMEN.** Durante muchos años la legislación colombiana se enfocó en un amplio proteccionismo a la industria y el trabajo nacional, incluida allí la Ley 80 de 1993 en su concepción original. Pero este enfoque tuvo un giro importante con la expedición de la Ley 816 de 2003, la cual implementó un sistema de protección y fomento de bienes y servicios de origen nacional, disminuyendo la gran brecha de desigualdad y oportunidades que se presentaba entre oferentes nacionales y extranjeros. En ese sentido, este escrito se ocupa del apoyo a la industria nacional en el contexto de la contratación pública.

### Introducción

Dentro del estudio de la licitación pública es necesario analizar aspectos tan importantes como el pliego de condiciones y su contenido, lo que a su vez implica detenerse en temas como el apoyo o fomento a la industria nacional. Esto en razón a múltiples disposiciones, tanto de carácter nacional como internacional, que implican obligaciones para los Estados, con el fin de disminuir la brecha entre este tipo de oferentes y de valorar especialmente los bienes y servicios que se consideran de origen nacional. Así pues, este escrito, en primer lugar, se refiere a los antecedentes y el contexto en el que surgen las disposiciones de fomento a la industria nacional, y luego enuncia la regulación vigente y algunos aspectos a tener en cuenta.

### 1. Contexto y antecedentes de las disposiciones de fomento a la industria nacional

Cuando se alude a la preferencia de ofertas nacionales y de reciprocidad, se está frente a un procedimiento de selección en el cual participan tanto colombianos

---

<sup>1</sup> Este ensayo, escrito para la sesión del 2 de julio de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Cristian Andrés Díaz Díez y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo— sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *contratación estatal*, dirigida por el Profesor (Investigador Principal) Fabián Gonzalo Marín Cortés.

<sup>2</sup> Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

como extranjeros. Lo que se pretende con este tipo de normas es que en un procedimiento de selección desarrollado en un país, se le dé un puntaje o tratamiento especial a las ofertas que se consideren «de origen nacional», para fomentar la industria del lugar en el cual se lleva a cabo el procedimiento de selección.

Así mismo, se debe hacer una salvedad respecto a lo que se considera como «nacional» o «extranjero» en el contexto de la contratación pública. En otros contextos; como en el derecho civil y de personas, estos conceptos se refieren al vínculo jurídico, político y anímico que existe entre una persona y un Estado. Para la contratación pública, una oferta es nacional o extranjera en razón al «[...] origen de los bienes y servicios que se ofrecen»<sup>3</sup>. Al respecto, Dávila Vinueza señala que: «[...] aunque la terminología empleada no abarca a las obras, se debe entender que se encuentran incluidas en las nociones de bienes y servicios como categorías que sirven para identificar lo nacional de lo extranjero [...]»<sup>4</sup>.

Es decir, una persona cuya nacionalidad es extranjera puede tener el carácter de nacional cuando participe en procedimientos de selección, siempre y cuando los bienes y servicios que ofrezca se enmarquen en el concepto que defina a los bienes y servicios de origen nacional. En otras palabras, la escogencia de una oferta en razón del inciso 4° del artículo 21 de la Ley 80 de 1993 —preferencia de oferta de bienes y servicios de origen nacional—, «[...] en realidad no es por ser nacional sino por las condiciones de su oferta que es una situación enteramente diferente [...]»<sup>5</sup>.

En cuanto a los antecedentes de las disposiciones de fomento a la industria nacional, en primer lugar, el Decreto 222 de 1983, en el artículo 268 se refirió a la preferencia que se debe dar al trabajo nacional<sup>6</sup>. Según esta disposición, en las contrataciones de las entidades a las que se refería ese Estatuto, se debía preferir la producción industrial y la oferta de servicios nacionales. Y, el artículo 270 del mismo Decreto, estableció la prohibición de excluir a los productores u oferentes nacionales<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª Edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 227.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid, p. 235.

<sup>6</sup> «Artículo 268. La preferencia que se debe dar al trabajo nacional. En las contrataciones que realicen las entidades a que se refiere este estatuto, deberá preferirse la producción industrial y la oferta de servicios nacionales, conforme a las normas contenidas en los artículos siguientes».

<sup>7</sup> «Artículo 270. De la prohibición de excluir a los productores u oferentes nacionales. En ningún caso se podrá eliminar la posibilidad de que productores de bienes u oferentes de servicios, de origen nacional, presenten propuestas, pero deberán hacerlo

Este Decreto fue derogado por la Ley 80 de 1993, la cual, en el artículo 21<sup>8</sup>, establece lo relativo al tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales. Según este artículo, las entidades estatales deben garantizar la participación de los oferentes de origen nacional en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice.

Respecto a esa obligación del primer inciso del artículo 21 de la Ley 80, Dávila critica la manera en que fue estimada la disposición, pues considera que de antemano se anuncia una preferencia injusta frente a los nacionales, pues «[...] antes que garantizar la participación, que es obvia y no confiere ninguna preferencia, se debieron implementar criterios positivos de favorecimiento, por ejemplo, frente al extranjero perteneciente al país que consagra restricciones o al extranjero que no acreditó la reciprocidad [...]»<sup>9</sup>. No obstante, aclara que esto se resolvió con la Ley 816 de 2003, artículo 2°, cuestión que se menciona más adelante.

---

dentro de los términos y con los requisitos prescritos por las normas sobre contratación administrativa.

»En ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno Nacional determinará lo que se entiende por bienes y servicios de origen nacional».

<sup>8</sup> «Artículo 21. Del tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

»Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

»En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

»En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

»Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

»El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

»Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.

»Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional».

<sup>9</sup> Dávila Vinuesa, op., cit. p. 234.

En tercer inciso del artículo *ibidem* regula otro aspecto referente al fomento a la industria nacional: la prohibición de exigir el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica o que la adjudicación del contrato se condicione a ello en los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento. En el mismo inciso se señala el deber de incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional. Surge la duda si esta última obligación aplica a todas las modalidades de selección o solamente a los contratos y demás formas de financiamiento distintas de los créditos de proveedores. Frente a esto, la Ley 816 de 2003 estableció un ámbito de aplicación muy amplio, que incluyó a todas las entidades de la Administración pública en cualquier modalidad de selección, con algunas particularidades que se mencionan más adelante.

Por su parte, el inciso 4° del mismo artículo 21 de la Ley 80, establece que frente a igualdad de condiciones para contratar debe preferirse la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Y el inciso 5° señala que para el caso de oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, debe preferirse a aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

El párrafo 1° del mismo artículo otorgó la responsabilidad al gobierno nacional de determinar qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional, de origen extranjero y por desagregación tecnológica, así como diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales. Dicho mecanismo, hoy en día, es el Registro de Productores de Bienes Nacionales, cuyos criterios se definen en el Decreto 2680 de 2009, y el cual es independiente del Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP–. Mientras que el párrafo 2° del mismo artículo establece el deber del gobierno de reglamentar el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional.

Fue el Decreto 679 de 1994 el que desarrolló, en los artículos 10, 11 y 12, el párrafo 1° del artículo 21 de la Ley 80. Según estos: *i)* se entiende por bienes de origen nacional, aquellos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, utilizados para la elaboración de los bienes objeto de contratación, sea igual o inferior al 60% del valor en fábrica de los bienes terminados ofrecidos; *ii)* se entiende por servicios de origen nacional, aquellos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional por personas naturales colombianas o residentes en Colombia, y *iii)* se entiende por desagregación tecnológica, el proceso dirigido a descomponer los proyectos de inversión que puedan implicar la contratación de bienes de

procedencia extranjera, con el objetivo de permitir la apertura de varias licitaciones para su ejecución buscando la participación de la industria y el trabajo nacionales.

El Decreto 734 de 2012 derogó el Decreto 679 de 1994. No obstante, las definiciones enunciadas frente a servicios de origen nacional y desagregación tecnológica se reprodujeron en los artículos 4.2.2 y 4.2.3, lo cual no ocurrió con la definición de bienes de origen nacional. Según el artículo 4.2.1 del Decreto 734, para efectos del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, y de las demás disposiciones que establezcan condiciones de favorabilidad a las ofertas de origen nacional, se deben tener en cuenta los criterios establecidos por el Gobierno Nacional para calificar los bienes nacionales para el Registro de Productores de Bienes nacionales, los cuales se establecieron en el Decreto 2680 de 2009. Al respecto, Palacio Hincapié señala que estas normas fueron complementadas por el artículo 1° de la Ley 816 de 2003, «[...] que asimila a bienes y servicios nacionales algunos originados en países extranjeros con las cuales se tenga reciprocidad legislativa o diplomática para el manejo de dichos bienes»<sup>10</sup>.

Dichas definiciones actualmente se encuentran compiladas en el Decreto 1082 de 2015 —modificado por el Decreto 860 de 2021—, pero previo a la expedición de estos Decretos se sancionó la Ley 816 de 2003, por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública. De esta Ley se destaca el hecho de que su expedición implica regresar «[...] al sistema de protección de la industria nacional y de las ofertas nacionales, señalando reglas para su valoración y la comparación frente a las ofertas extranjeras»<sup>11</sup>.

Suárez Beltrán señala que, antes de la expedición de dicha Ley no se había discriminado a los extranjeros, pues, para el autor, el artículo 21 de la Ley 80 es simplemente una «regla de desempate», que establece que en igualdad de condiciones para contratar se debe preferir la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Lo que hizo la Ley 816 de 2003 fue establecer un sistema de protección, haciendo la salvedad que no se aplica cuando Colombia haya suscrito acuerdos de trato nacional<sup>12</sup>, idea que se confirma con lo señalado en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Allí el legislador destaca que si bien la amplia protección a la industria y el trabajo nacionales, contemplada en el artículo 268 del Decreto 222 de 1983, se justifica en el marco proteccionista que orientó la actividad económica durante muchos años, es necesario que la apertura económica afecté ese esquema tradicional, para alcanzar uniformidad y eficacia en la política económica. Así que:

---

<sup>10</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2020. p. 359.

<sup>11</sup> PALACIO HINCAPIÉ. Op., cit. p. 361.

<sup>12</sup> SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1a Edición. Colombia: Legis, 2014. p. 410.

«Para lograrlo, si bien debe protegerse a los oferentes y bienes y servicios de origen nacional, su contenido tendrá que adecuarse a las exigencias de una política de apertura. En este sentido, el proyecto en su artículo 21 consagra un sano criterio de libre competencia entre los oferentes nacionales y extranjeros, favoreciendo siempre la opción que mejor convenga al interés público, pero prefiriendo la oferta de bienes y servicios de origen nacional cuando las condiciones para contratar resulten iguales [...]»<sup>13</sup>.

La exposición de motivos de la Ley 816 de 2003<sup>14</sup> aclaró que el hecho de contemplar la asignación de un puntaje adicional para las propuestas que incorporen componentes colombianos, sea en bienes, servicios profesionales, técnicos, operativos o en la inclusión de algún tipo de transferencia de tecnología, no implica discriminación frente a los proponentes extranjeros, en la medida en que el puntaje al que se hace referencia no confiere mayor peso que los demás factores de selección —experiencia, organización, plazo, precio, etc—.

Entre los fundamentos de la inclusión de un sistema de protección a través de la Ley 816 se encuentran: *i*) restaurar el equilibrio entre la participación de proveedores nacionales y extranjeros, debido a que el régimen establecido por la Ley 80 de 1993, en la práctica, facilitaba la participación de bienes y servicios de origen extranjero poniendo en desventaja a los proveedores nacionales. Suarez Beltrán considera que esta Ley, al ser amigable en el acceso a los extranjeros, no permitía negociar acceso para proveedores colombianos en otros sistemas contractuales públicos ya que no se podía ofrecer nada atractivo a cambio<sup>15</sup>. El otro fundamento consiste en: *ii*) establecer un factor de escogencia que apoye a la industria nacional, sin discriminar a los proveedores extranjeros, y *iii*) introducir mayor claridad frente a la aplicación de principio de reciprocidad. Se aclara que este principio solamente es aplicable frente a los países con los cuales Colombia haya negociado un trato nacional en materia de compras del sector público, o en aquellos en los cuales se otorgue un tratamiento nacional a los bienes y servicios colombianos.

---

<sup>13</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 (21 de septiembre de 1992). Gaceta del Congreso n° 74. En: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1990-1994/1992-1993/article/182-por-la-cual-se-expide-el-estatuto-general-de-contratacion-de-la-administracion-publica>

<sup>14</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 816 de 2003 (18 de septiembre de 2001). Gaceta del Congreso n° 476. En: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1998-2002/2001-2002/article/273-por-medio-de-la-cual-se-apoya-a-la-industria-nacional-a-traves-de-la-contratacion-publica>

<sup>15</sup> Ibid., p. 411.



En razón a estos dos objetivos se evidencia «[...] la que en últimas resulta siendo la característica imperante del sistema de preferencias nacionales, cual es la de hacerlo “moneda de cambio” en las negociaciones de “trato nacional” propias de los acuerdos de libre comercio»<sup>16</sup>. No obstante, bajo la lógica del tratamiento nacional que se otorgue en razón a tratados y negociaciones internacionales, «[...] la ley 816 de 2003 tiende a desaparecer, en la medida que se expanda la celebración de acuerdos bilaterales o la incorporación de Colombia a acuerdo multilaterales como el de la OMC»<sup>17</sup>.

## **2. Regulación actual de la regla de origen y el fomento a la industria nacional en el contexto de la licitación pública**

Al tener claros los fundamentos de la expedición de la Ley 816 de 2003 se pasa a analizar su contenido, así como el de las disposiciones vigentes afines al fomento de la industria nacional en la contratación pública. Según esta Ley, las entidades de Administración pública —las que integren a la Administración pública, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, independientemente de si aplican un régimen especial o no—, que deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatoria, concursos públicos o cualquier modalidad contractual —excepto cuando la ley no obligue a solicitar más de una propuesta—, deben adoptar criterios objetivos que permitan el apoyo a la industria nacional, según lo regulado en el artículo 1° de la Ley 816<sup>18</sup>, añadiendo que se encuentran exceptuadas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

El párrafo del mismo artículo establece que a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en

---

<sup>16</sup> Ibid., p. 411.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> «Artículo 1°. Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

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

»Párrafo. 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».

materia de compras estatales, se les debe otorgar tratamiento de bienes y servicios nacionales, así como como a los bienes y servicios provenientes de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento. En este caso se está haciendo referencia al principio de reciprocidad.

Este artículo fue modificado por el artículo 51 del Decreto Ley 19 de 2012, mediante el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios en la Administración Pública. La esencia de la disposición no sufrió modificación, pero varió la manera de acreditar o demostrar que se cumplió la norma de reciprocidad. Antes se exigía un informe en la respectiva comisión diplomática y ahora se debe acreditar en los términos del reglamento.

Así mismo, el artículo 2° de la Ley 816 de 2003<sup>19</sup> fija los porcentajes para estimular la industria nacional y asigna los puntajes para calificar ofertas en relación con las de origen extranjero. Los puntajes allí establecidos, preferentes en razón a las ofertas de origen nacional, no aplica a los procedimientos de selección abreviada para la adquisición y suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes de común utilización, por lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, artículo 2°, parágrafo 2°. En ese sentido, según Palacio, al evaluar las ofertas y aplicar las disposiciones de apoyo a la industria nacional, un proponente extranjero que cumpla lo allí dispuesto se encontrará en igualdad de condiciones frente a un proponente nacional. En todo caso, se debe preferir el proponente que incorpore un mayor componente de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos colombianos<sup>20</sup>.

En resumen, la Ley 816 de 2003, con su filosofía de introducir un sistema de protección de la industria nacional y a las ofertas nacionales, en primer lugar, estableció la obligación para todas las entidades de la Administración pública de seleccionar a sus contratistas aplicando la protección allí dispuesta, independientemente de la modalidad de selección, haciendo la salvedad de que algunas disposiciones no aplican en casos determinados, por ejemplo: «[...] se exceptúan las contrataciones en las que no exista obligación de solicitar más de

---

<sup>19</sup> «Artículo 2°. 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».

<sup>20</sup> PALACIO HINCAPIE. Op., cit. p. 362.



una propuesta, como serían algunas de las contrataciones que admiten la forma de contratación directa, como cuando solo pueden celebrarse con una persona determinada»<sup>21</sup>. Y las únicas entidades no obligadas a aplicar el régimen de protección, es decir, lo dispuesto en la Ley 816 de 2003, son las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que se rigen por derecho privado, según lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.

Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la Ley 816 de 2003 son las entidades de la Administración Pública, con independencia de que estén sometidas o no al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, con la única excepción de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Así mismo, las disposiciones de esta Ley aplican a todos los procedimientos de selección, con excepción de los mecanismos que se utilicen para la selección directa del contratista y en aquellos casos en los que el precio es el único factor de selección. En lo que respecta a las entidades con régimen de derecho privado no obligadas a contratar mediante convocatoria pública, Suarez Beltrán señala que si bien no es obligatoria la aplicación de lo dispuesto en la Ley 816, pueden voluntariamente aplicar dichas disposiciones<sup>22</sup>.

El mismo autor considera que «[...] el fin último de esta normatividad de estímulos [es] dar un arma de negociación para que, a cambio de no aplicarla, se les dé trato nacional a los bienes y servicios colombianos en el exterior. Ese propósito se materializa a través de la aplicación del mecanismo de verificación establecido en el artículo 150 del Decreto 1510 de 2013 [...]»<sup>23</sup>. Como se mencionó, este decreto fue compilado en el Decreto 1082 de 2015, y la disposición a la que alude el autor se reprodujo en el artículo 2.2.1.2.4.1.3 de este Decreto. La idea de otorgar un trato nacional se relaciona con el concepto de reciprocidad, entendiéndolo como «[...] el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, y de conformidad con el cual 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»<sup>24</sup>.

Así mismo, el Decreto 1082 de 2015 reguló aspectos referentes al fomento a la industria nacional. El artículo 2.2.1.1.1.3.1, incisos 5, y 26 establecen nuevamente qué se debe entender por «bienes nacionales» y «servicios nacionales»: son los definidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, según lo

<sup>21</sup> PALACIO HINCAPIE. Op., cit. p. 361.

<sup>22</sup> SUAREZ BELTRAN. Op., cit. p. 413.

<sup>23</sup> SUAREZ BELTRAN. Op., cit. p. 413.

<sup>24</sup> MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 4ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 630.

señalado en el Decreto 2680 de 2009 y cualquier norma modificatoria. La remisión que hace este artículo al Registro de Productores de Bienes Nacionales:

«[...] implica que por *bienes nacionales* habrá que entenderse aquellos “totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente Decreto” (art.1.º). Lo que, en resumen, significa todos los bienes obtenidos, producidos, manufacturados, extraídos, procesados, recolectados o transformados sustancialmente dentro del territorio nacional colombiano»<sup>25</sup>

En cuanto a los servicios nacionales, el mismo artículo del Decreto 1082 establece una regla de origen, es decir, determina con precisión cuándo un servicio debe considerarse de origen colombiano. Dicha regla aplica cuando no se indique en la oferta cuál es la regla de origen a poner en práctica.

Es decir, esta norma establece las condiciones para que un proveedor pueda considerarse proveedor nacional: *i)* que los servicios que ofrezca el proponente sean prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia, o *ii)* que los servicios que se ofrezcan sean prestados por personas jurídicas constituidos de conformidad con la legislación colombiana. En caso de que la oferta no cumpla ninguna de estas condiciones, la entidad estatal debe considerar que la oferta se respalda en servicios extranjeros. Respecto a estos requisitos, Dávila aclara que «[...] por supuesto que una firma extranjera que no tiene asiento en Colombia será extranjera sin necesidad que cumplan con lo que el reglamento establece»<sup>26</sup>. El autor hace la salvedad por considerar que puede ser de utilidad los casos en los que se presentan circunstancias antagónicas que dificultan adoptar una conclusión.

En la subsección 2 se desarrollan los incentivos en la contratación pública. El artículo 2.2.1.2.4.2.9<sup>27</sup> reglamenta lo el puntaje para la promoción de la

<sup>25</sup> PALACIO HINCAPIE. Op., cit. p. 360.

<sup>26</sup> DÁVILA VINUEZA. Op., cit. p. 230.

<sup>27</sup> «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

industria nacional en los procesos de contratación de servicios. Este artículo fue adicionado por el Decreto 680 de 2021, que modificó la definición de servicios nacionales del Decreto 1082, y adicionó un artículo sobre el puntaje para promover la industria nacional en los procesos de contratación de servicios. Es decir, este artículo estableció los criterios que debe tener en cuenta la entidad en los procesos de contratación para otorgar el puntaje establecido en el artículo 2° de la Ley 816 de 2003, que estimula la industria colombiana con fundamento en la oferta de bienes o servicios nacionales.

También es importante tener presente la diferencia entre los criterios de desempate y el puntaje que se otorga al evaluar los bienes y servicios de origen nacional. Aquellos están regulados en el artículo 2.2.1.2.4.2.1.7, numeral 1°, del Decreto 1082 de 2015, y se establece que en caso de empate de dos o más ofertas en los procedimientos realizados con cargo a recursos públicos, realizados por las entidades estatales, indistintamente de su régimen de contratación, o celebrados por los procesos de contratación de los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, el contratante debe utilizar las reglas mencionadas en ese artículo, de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, en todo caso respetando las obligaciones contenidas en los Acuerdos Comerciales vigentes sobre trato nacional.

La primera regla de desempate es preferir a la oferta de bienes y servicios nacionales frente a la oferta de bienes y servicios extranjeros. El mismo numeral establece que para acreditar ese factor se deben considerar las definiciones del artículo 2.2.1.1.1.3.1, en concordancia con el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto *ibidem*, referentes al puntaje para promover la industria nacional en los procesos de contratación de servicios. En este sentido, en los procesos donde aplique el puntaje previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Ley 816 de 2003, el requisito se cumplirá en los mismos términos establecidos en los artículos indicados. Por tanto, este criterio de desempate se debe acreditar con los mismos documentos que se presenten para obtener dicho puntaje.

---

«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»

Y en los casos en que ese puntaje no aplique, la entidad debe definir en el pliego de condiciones o invitación las condiciones y los documentos con los que se acredita el origen nacional del bien o servicio para poder aplicar el factor de desempate. En todo caso, esas condiciones y documentos que defina la entidad en el pliego de condiciones deben cumplir los elementos de la noción de servicio nacional establecida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082, y deben seguir los lineamientos del artículo 2.2.1.2.4.2.9, con la salvedad de que acreditar dichas circunstancias solo tiene como efecto beneficiarse del criterio de desempate en vez de obtener dicho puntaje. Este tipo de incentivos se deben mencionar en los proyectos de pliegos de condiciones, como lo establece el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082. Así mismo, el artículo 2.2.1.2.4.2.1 del mismo Decreto establece una preferencia para las ofertas nacionales, la cual también debe estar expresamente señalada en el pliego de condiciones.

No obstante, se reitera que, ante a la presencia de acuerdos comerciales, la entidad estatal, al elaborar los pliegos de condiciones, debe poner esto en consideración, es decir, debe tener presente la cuantía del procedimiento de selección, y con base en esta determinar cuáles disposiciones de los tratados de libre comercio suscritos por Colombia aplican al procedimiento de contratación particular, las cuales se deben ver reflejadas en los pliegos de condiciones<sup>28</sup>.

## Bibliografía

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 (21 de septiembre de 1992). Gaceta del Congreso n° 74. En: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1990-1994/1992-1993/article/182-por-la-cual-se-expide-el-estatuto-general-de-contratacion-de-la-administracion-publica>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 816 de 2003 (18 de septiembre de 2001). Gaceta del Congreso n° 476. En: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-1998-2002/2001-2002/article/273-por-medio-de-la-cual-se-apoya-a-la-industria-nacional-a-traves-de-la-contratacion-publica>

---

<sup>28</sup> MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. La licitación pública. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas. El interés general, la libre competencia económica y el principio de proporcionalidad como categorías jurídicas vinculantes a la administración pública en su competencia discrecional para la selección al contratista cuando se trata de licitación pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021. p. 166.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª Edición. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. La licitación pública. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas. El interés general, la libre competencia económica y el principio de proporcionalidad como categorías jurídicas vinculantes a la administración pública en su competencia discrecional para la selección al contratista cuando se trata de licitación pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021. p. 576.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 4ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 1280 p.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2020. 923 p.

SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª Edición. Colombia: Legis, 2014. 520 p.

