**TRATADOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad**

Los tratados bilaterales de comercio con capítulos sobre contratación pública son hoy en día una realidad en el ordenamiento jurídico colombiano y las normas de contratación nacionales, como el Estatuto General de Contratación, deben ser aplicadas en la práctica con la debida observancia de las obligaciones internacionales del Estado, so pena de causar responsabilidad por incumplimiento de dichas obligaciones.

**TRATADOS COMERCIALES – CONTRATACIÓN PÚBLICA CUBIERTA – Noción**

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

**TRATADOS COMERCIALES – CONTRATACIÓN PÚBLICA CUBIERTA – Anexos**

Así las cosas, el problema jurídico central de su consulta se puede abordar a partir de la determinación de lo que contiene expresamente el Anexo 10-A del acuerdo comercial entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica, siguiendo lo dicho por el Informe del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio en el asunto «Corea – Medidas que afectan a la contratación pública»: «A nuestro juicio, los Miembros determinan, en sus negociaciones, el alcance de sus compromisos tal y como se expresan en los Apéndices […] Por consiguiente, tenemos, en primer lugar, que examinar qué entidades están de hecho enumeradas en la Lista de Corea» .

**TRATADOS COMERCIALES – CONTRATACIÓN PÚBLICA CUBIERTA – Costa Rica – Nivel territorial – Entidades descentralizadas**

Lo anterior permite colegir a esta Subdirección, con respeto de su opinión sobre el punto, que en el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, en particular en el capítulo 10 sobre contratación pública, el concepto de contratación pública cubierta no incluye, desde el punto de vista de la entidad contratante, las contrataciones adelantadas por las entidades descentralizadas del nivel municipal o departamental. Ello explica el contenido del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación cuyo contenido cuestiona en su petición.

Bogotá D.C., **26/10/2020 Hora 12:40:3s**

**N° Radicado: 22020130000010547**

Señor

**Marco Mendez Fonseca**

Ciudad

**Concepto C‒ 613 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | TRATADOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad / TRATADOS COMERCIALES – CONTRATACIÓN PÚBLICA CUBIERTA – Noción / TRATADOS COMERCIALES – CONTRATACIÓN PÚBLICA CUBIERTA – Anexos / TRATADOS COMERCIALES – CONTRATACIÓN PÚBLICA CUBIERTA – Costa Rica – Nivel territorial – Entidades descentralizadas |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000007864 |

Estimado señor Mendez:

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 8 de septiembre del 2020.

1. **Problema planteado**

En relación con el Tratado de Libre Comercio suscrito entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica, en particular en lo relacionado con el capítulo de Contratación Pública y la Contratación Pública cubierta, usted formula la siguiente cuestión: «dos años después de haber entrado en vigencia el tratado de Libre Comercio suscrito entre los dos países, el manual de Colombia Compra Eficiente modificó su alcance y produjo una restricción indirecta para empresas costarricenses. En efecto, el manual destaca la obligatoriedad que tienen las entidades estatales descentralizadas del nivel municipal de acatar los acuerdos comerciales, pero en el listado de países beneficiados omite mencionar a Costa Rica».

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) la contratación pública y los tratados comerciales internacionales y ii) la contratación cubierta en el acuerdo entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica.

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. Contratación Pública y tratados internacionales**

El derecho de la contratación estatal ha dejado de ser un fenómeno estrictamente de derecho domestico. Desde hace varias décadas existen instrumentos normativos, buenas prácticas y *soft law* que hacen parte del «nuevo sistema de fuentes» de la contratación pública en diversos ordenamientos jurídicos en el mundo. La transformación de los sistemas locales ha sido de tal magnitud y tan evidente resulta la existencia de un orden internacional que la doctrina se refirió, hace más de dos décadas, a este cuerpo de normas e ideas sobre contratación estatal como «una reforma global»[[1]](#footnote-2) o, incluso, una «revolución global»[[2]](#footnote-3).

Esta revolución global en materia de contratación estatal es un fenómeno jurídico, en alguna medida imbricado con el fenómeno más amplio de la globalización, en el cual se cuentan actores diversos, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil que cuenta con una ley modelo en materia de contratación pública[[3]](#footnote-4), los organismos multilaterales de crédito que han actuado como catalizadores de reforma de los sistemas locales[[4]](#footnote-5). De igual forma, la liberalización de los mercados de contratación a través de acuerdos plurilaterales de comercio como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, acuerdos regionales como la Unión Europea, o acuerdo bilaterales de comercio con capítulos de contratación estatal, lo cual tiene importantes efectos para el asunto analizado en este concepto.

Los tratados bilaterales de comercio con capítulos sobre contratación pública son hoy en día una realidad en el ordenamiento jurídico colombiano y las normas de contratación nacionales, como el Estatuto General de Contratación, deben ser aplicadas en la práctica con la debida observancia de las obligaciones internacionales del Estado, so pena de causar responsabilidad por incumplimiento de dichas obligaciones.

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

En este marco, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió el Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación con el fin de lograr que las entidades estatales cumplan, en la práctica, de manera sencilla y pacífica las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado. Este manual, sin introducir ninguna modificación o restricción a los tratados, condensa y explica los deberes internacionales del estado colombiano que deben iluminar la actuación de las entidades estatales contratantes.

**2.2. Contratación pública cubierta en el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica**

El objeto de su petición de consulta se refiere al contenido del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación y, en particular, al hecho de que en el Manual no se indique la obligatoriedad que tienen las entidades estatales descentralizadas del nivel municipal de acatar el acuerdo comercial con la República de Costa Rica o, en sus palabras, «en el listado de países beneficiados omite mencionar a Costa Rica».

 En efecto, en el mencionado Manual se puede leer lo siguiente:

Salvo por algunas excepciones, todas las demás Entidades Estatales del nivel municipal (incluidas las entidades descentralizadas indirectas y los esquemas asociativos) están incluida en la lista de Entidades de los Acuerdos Comerciales con Chile; el Triángulo Norte (únicamente con El Salvador y Guatemala), la Unión Europea; y, por la Decisión 439 de 1998 de la Secretaría de la CAN.

 Según se indicó en el numeral anterior de este concepto, la contratación pública cubierta solamente puede ser determinada en cada instrumento normativo de derecho internacional de manera independiente. En relación con ese punto, la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio e Industria señaló:

Al respecto, esta Oficina aclara que los presuntos errores identificados en su comunicación deben revisarse en cada proceso licitatorio a la luz del siguiente estándar de aplicabilidad de los acuerdos:

1. Que la entidad estatal que adelanta la contratación esté incluida en el acuerdo comercial;
2. Que el valor estimado del proceso de contratación sea superior al valor a partir del cual el acuerdo comercial es aplicable;
3. Que la entidad estatal determine que no le son aplicables al proceso de contratación las excepciones previstas en el capítulo sobre contratación pública de dicho acuerdo comercial, y
4. Que el acuerdo comercial esté vigente

[…] también debemos precisar que cada acuerdo comercial es único, y, por lo tanto, al examinar su cobertura, se debe tener en cuenta que cada Acuerdo es diferente y, en esta medida, pueden contener entidades, valores, y excepciones distintas a los demás acuerdos comerciales[[5]](#footnote-6).

 Por ello, para poder determinar si la contratación de las entidades descentralizadas del nivel municipal son contratación pública cubierta o no para los efectos del Tratado de Libre Comercio entre las dos Repúblicas, es necesario observar el contenido de dicho acuerdo. Las partes acordaron en el artículo 10.1. del tratado que contratación pública cubierta significa, entre otras, aquella «(d) que se lleve a cabo por una entidad contratante». A su vez, en el artículo 10.24 sobre definiciones se estipuló que «entidad contratante significa una entidad listada en el Anexo 10-A».

 Así las cosas, el problema jurídico central de su consulta se puede abordar a partir de la determinación de lo que contiene expresamente el Anexo 10-A del acuerdo comercial entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica, siguiendo lo dicho por el Informe del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio en el asunto «Corea – Medidas que afectan a la contratación pública»: «A nuestro juicio, los Miembros determinan, en sus negociaciones, el alcance de sus compromisos tal y como se expresan en los Apéndices […] Por consiguiente, tenemos, en primer lugar, que examinar qué entidades están de hecho enumeradas en la Lista de Corea»[[6]](#footnote-7).

 Para el caso que se analiza, los miembros del acuerdo bilateral de comercio determinaron sus compromisos tal y como se determinan en el Anexo 10–A, por lo que se debe examinar qué entidades están de hecho enumeradas allí. El compromiso del Estado Colombiano en materia de entidades del nivel subcentral del gobierno en este acuerdo es el siguiente:

SECCIÓN B: ENTIDADES DEL NIVEL SUBCENTRAL DEL GOBIERNO

El Capítulo se aplicará a las entidades del nivel subcentral del gobierno listadas en la presente Sección, cuando el valor de la contratación que se ha estimado, de conformidad con el Artículo 10.1.4, sea igual o superior a los siguientes montos:

(a) para la contratación de bienes y servicios: US$ 552,000; o

(b) para la contratación de servicios de la construcción: US$ 7,777,000.

Lista

1. Todos los Departamentos

**2. Todos los Municipios**

Nota

No están cubiertas por el Capítulo:

(a) las contrataciones de alimentos, insumos agropecuarios y animales vivos,

relacionadas con los programas de apoyo a la agricultura y asistencia alimentaria;

(b) las contrataciones de bienes contenidas en la Sección 2 (Alimentos, Bebidas y Tabaco; Textil y Confección y Productos de Cuero) del CPC versión 1.0, dirigidas a programas de asistencia social.

 En el acuerdo bilateral de comercio citado, el Estado colombiano se obligó solamente en relación con los municipios, sin que sea posible encontrar en el texto de este una referencia, si quiera tácita, a las entidades descentralizadas del orden municipal. No se encuentra evidencia de que haya existido voluntad del Estado colombiano para que la contratación de las entidades descentralizadas del orden municipal fuera contratación pública cubierta en el Acuerdo Comercial celebrado con la República de Costa Rica.

 Si sobre el punto quedara alguna duda, vale la pena contrastar el contenido de este tratado, con la redacción de otros acuerdos, en los cuales el estado colombiano sí acordó que sería contratación pública cubierta aquella llevada a cabo por las entidades descentralizadas. En la lista de las entidades subcentrales para el Acuerdo Comercial con la República de Chile, la lista del Estado colombiano fue la siguiente:

 **Lista de Colombia**

1. Todos los Departamentos

2. Todos los Municipios

**Notas de Colombia**

1. Este Capítulo se aplica a todas las demás entidades públicas subcentrales, siempre que no tengan carácter industrial o comercial.

 (…)

El texto de este tratado es del todo claro, y, a diferencia de lo que ocurre con el tratado entre la República de Costa Rica y Colombia, se incluyeron en la nota 1. de Colombia todas las demás entidades públicas subcentrales, lo que incluye a las entidades descentralizadas del orden municipal o Departamental. A idéntica conclusión había llegado la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio e Industria cuando dijo:

Como consecuencia de lo anterior, al examinar los procesos citados como ejemplo de la indebida aplicación del TLC con Costa Rica frente a otros Acuerdos comerciales, se infiere que se trata de entidades que estarían cubiertas por la Nota 1 del Acuerdo con Chile y, como quiera que estas entidades son del orden descentralizado dicha categoría o nivel no está incluida en el TLC con Costa Rica por la ausencia de la Nota 1 mencionada, por ello, si la entidad estatal no está incluida en el Acuerdo con Costa Rica, no le es aplicable a este TLC.

[…]

De esta manera, a pesar de compartir el sentido de su escrito en cuanto a que se incluyen todos los Departamentos y todos los Municipios en el TLC analizado, en criterio de esta Oficina, la argumentación falla en el sentido de desconocer que no hace falta la Nota 1 revisada toda vez que en Colombia la estructura del poder público incluye para los Departamentos y Municipios un nivel central y un nivel descentralizado, de ahí que la importancia y validez de este tipo de Notas que dan un mayor detalle de estos niveles que comportan la inclusión o no de entidades descentralizadas o adscritas a estas categorías. Por ello, al tenor de los literales (d) y (e) anteriormente citados, y por no existir Nota aclaratoria o complementaria de la Subsección B en el TLC con Costa Rica, se entiende que se trata de proceso que están adelantando entidades no cubiertas o lo que es lo mismo que son entidades expresamente excluidas, por falta de inclusión del nivel descentralizado de los Municipios y Departamentos[[7]](#footnote-8).

 Lo anterior permite colegir a esta Subdirección, con respeto de su opinión sobre el punto, que en el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, en particular en el capítulo 10 sobre contratación pública, el concepto de contratación pública cubierta no incluye, desde el punto de vista de la entidad contratante, las contrataciones adelantadas por las entidades descentralizadas del nivel municipal o departamental. Ello explica el contenido del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación cuyo contenido cuestiona en su petición.

1. **Respuestas**

«dos años después de haber entrado en vigencia el tratado de Libre Comercio suscrito entre los dos países, el manual de Colombia Compra Eficiente modificó su alcance y produjo una restricción indirecta para empresas costarricenses. En efecto, el manual destaca la obligatoriedad que tienen las entidades estatales descentralizadas del nivel municipal de acatar los acuerdos comerciales, pero en el listado de países beneficiados omite mencionar a Costa Rica».

Como se advirtió en el aparte de consideraciones de este concepto, el problema jurídico planteado en su consulta puede resumirse de la siguiente manera: ¿las entidades descentralizadas del orden municipal son entidades cubiertas en el acuerdo de comercio celebrado entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica? Además, como consecuencia de esto, si ello debe ser aclarado en el Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación.

 Para poder dar respuesta a su pregunta es necesario recurrir al texto del Acuerdo Comercial. En ese sentido, se advirtió que el tratado señala en el artículo 10.1 que contratación pública cubierta significa aquella, en cumplimiento de otros requisitos, «(d) que se lleve a cabo por una entidad contratante». A su vez, en el artículo 10.24 sobre definiciones se estipuló que «entidad contratante significa una entidad listada en el Anexo 10-A». Revisado el Anexo 10-A del acuerdo comercial se observó que la sección B sobre “ENTIDADES DEL NIVEL SUBCENTRAL DEL GOBIERNO” incluyó a “todos los municipios”. Sin embargo, en el mismo no se encuentra mención, si quiera tácita, a otras entidades de ese nivel territorial, como es el caso de las entidades descentralizadas del orden municipal.

 Lo anterior permite concluir que la contratación pública que adelantan las entidades descentralizadas del nivel municipal no es contratación pública cubierta en el acuerdo entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica, pues en ese instrumento internacional solamente aparecen como parte de las «entidades contratantes» «todos los municipios» sin referencia alguna a las entidades pertenecientes al sector descentralizado por servicios.

 Finalmente, en relación con el objeto concreto de su consulta, el Ministerio de Comercio, Industria, y Turismo llegó a idéntica conclusión, indicando sobre ese punto lo siguiente: «por no existir Nota aclaratoria o complementaria de la Subsección B en el TLC con Costa Rica, se entiende que se trata de procesos que están adelantando entidades no cubiertas o lo que es lo mismo que son entidades expresamente excluidas, por falta de inclusión del nivel descentralizado de los Municipios y Departamentos»[[8]](#footnote-9).

 Con base en todo lo dicho, es posible concluir para el caso estudiado que el Acuerdo Comercial entre la la República de Colombia y la República de Costa Rica incluyó como contratación pública cubierta aquella llevada a cabo por «todos los municipios», pero no existe acuerdo alguno sobre sus entidades descentralizadas del nivel municipal. Por ello, la contratación pública que adelantan las entidades descentralizadas del nivel municipal no constituye, de conformidad con el texto actual del tratado, contratación pública cubierta en el acuerdo entre las Repúblicas de Colombia y Costa Rica. Lo anterior explica el contenido actual del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación cuyo contenido cuestiona en su petición.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Barreto CifuentesContratista Dirección y Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual  |

1. DON WALLACE. *The changing world of national procurement systems: global reformation.* Public procurement law review 4.2, 1995: 57-62. [↑](#footnote-ref-2)
2. SUE ARROWSMITH; LINARELLI, John; WALLACE, Don. Regulation public procurement-national and international perspectives. Kluwer Law International BV, 2000. [↑](#footnote-ref-3)
3. SUE ARROWSMITH. Public procurement: An appraisal of the UNCITRAL model law as a global standard. *International & Comparative Law Quarterly*, 2004, vol. 53, no 1, p. 17-46. [↑](#footnote-ref-4)
4. SOPE WILLIAMS-ELEGBE. The World Bank's influence on procurement reform in Africa. *African Journal of International and Comparative Law*, 2013, vol. 21, no 1, p. 95-119; SOPE WILLIAMS-ELEGBE. Public Procurement and Multilateral Development Banks: Law, Practice and Problems. Bloomsbury Publishing, 2017. [↑](#footnote-ref-5)
5. Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Concepto de 13 de abril de 2020, radicado: No. 1-2020-005897. [↑](#footnote-ref-6)
6. DS163: Korea — Measures Affecting Government Procurement - Panel Report - Action by the Dispute Settlement Body WT/DS163/7. [↑](#footnote-ref-7)
7. Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Concepto de 13 de abril de 2020, radicado: No. 1-2020-005897. [↑](#footnote-ref-8)
8. Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Concepto de 13 de abril de 2020, radicado: No. 1-2020-005897. [↑](#footnote-ref-9)