**CCE-DES-FM-17**

**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 aplicarse en la práctica con la debida observancia de las obligaciones internacionales del Estado, so pena de responsabilidad por incumplimiento de las mismas.

**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 – Manual**

El Manual de Colombia Compra Eficiente es una guía para que las Entidades Estatales contraten según lo estipulado en cada Tratado Internacional, es por esto que la función de la Entidad no es interpretar ningún acuerdo sino compilar la información según lo establecido en cada uno de los TLC, y presentarla de manera organizada.

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

**TRATO NACIONAL – Acuerdo Comercial con la Unión Europea**

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. Para el presente concepto, la cláusula estipulada en el literal b) del artículo 175 del acuerdo comercial firmado con la Unión Europea impone que: «Cada País Andino signatario, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la parte UE, y a los proveedores de la parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propios mercancías, servicios y proveedores». De la misma forma el tratado– en el mismo artículo estudiado– puesto de presente genera la obligación de «no discriminar a un proveedor establecido en su territorio en razón de las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública sean mercancías o servicios de otra parte».

**Conceptos emitidos por la Agencia – Naturaleza**

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Lo anterior, en la medida en que para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

**Bogotá D.C.** #####



**Señora**

# XXXXXX

Bogotá, D.C.

#  **Concepto C ‒ 285 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | TRATADOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad / TRATADOS COMERCIALES – Contratación pública cubierta – Noción / TRATADOS COMERCIALES – Contratación pública cubierta – Manual / TRATO NACIONAL – Acuerdo comercial con la Unión Europea – Conceptos emitidos por la Agencia – Naturaleza  |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20210428003638 |

Estimada señora XXXXX:

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 28 de abril de 2021.

# **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

1. «¿La Aerocivil debe seguir teniendo en cuenta los conceptos emitidos en el año 2017? Si es así muy respetuosamente se solicita actualizar dichos conceptos».
2. «¿Cuál es la interpretación que se le debe dar a la excepción 44?».
3. «¿Se le debe dar trato nacional al proponente plural conformado por una empresa colombiana y una empresa de un país perteneciente a la Unión Europea?».
4. «¿Se le debe dar trato nacional al proponente plural conformado por una empresa colombiana y una sucursal de una empresa de un país perteneciente a la Unión Europea?».
5. ¿Se le debe dar trato Nacional a un proponente singular cuyo país de origen haga parte de la Unión Europea?».
6. ¿Se le debe dar trato Nacional a un proponente singular cuyo país de origen haga parte de la Unión Europea con sucursal en Colombia?».
7. ¿La Aerocivil debe dar trato Nacional a los bienes, servicios y/o proponentes que provengan de algún país que conforman la Unión Europea?».
8. ¿Qué se entiende por infraestructura para el sistema aeroportuario y cuáles son los procesos y contratos relacionados con esto?».
9. ¿Qué se entiende por infraestructura para el sistema nacional del espacio aéreo y cuáles son los procesos y contratos relacionados con esto?».

# **Consideraciones**

Para desarrollar el problema planteado, es necesario explicar: i) contratación pública y acuerdos comerciales, ii) contratación pública cubierta y tratamiento de las excepciones en los acuerdos comerciales, iii) trato nacional y iv) naturaleza de los conceptos emitidos por CCE.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la vigencia de los tratados o acuerdos comerciales en la contratación estatal en los conceptos con radicado No.: 2201913000006925 del 17 de septiembre de 2019, 2201913000008236 del 6 de noviembre de 2019, 2201913000008425 del 13 de noviembre de 2019, C–360 del 16 de julio de 2020, C–417 del 16 de julio de 2020, C–611 del 2 de octubre de 2020, C–613 del 26 de octubre de 2020 y C-694 del 26 de noviembre de 2020. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiterarán a continuación y se complementarán en lo pertinente.

Así mismo, 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, C-119 del 18 de marzo de 2020 y C-360 del 16 de julio de 2020, se pronunció sobre el entendimiento del concepto de trato nacional. Algunas de las tesis expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación:

# **Contratación pública y tratados internacionales**

El derecho de la contratación estatal ha dejado de ser un fenómeno estrictamente de derecho nacional. 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-1) o, incluso, una «revolución global»[[2]](#footnote-2).

Esta revolución global en materia de contratación estatal es un fenómeno jurídico o manifestación de un fenómeno más amplio que es 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-3), los organismos multilaterales de crédito que han actuado como catalizadores de reforma de los sistemas locales[[4]](#footnote-4). 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 acuerdos bilaterales de comercio con capítulos de contratación estatal, lo cual tiene importantes efectos para el asunto analizado en este concepto.

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

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 determinar qué es contratación cubierta es necesario revisar el instrumento normativo preciso cuya protección se invoca – el tratado – y determinar si la transacción está cubierta 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.

# **Contratación pública cubierta y tratamiento de las excepciones en los acuerdos comerciales**

El Manual de Colombia Compra Eficiente es una guía para que las Entidades Estatales contraten según lo estipulado en cada Tratado Internacional, es por esto que la función de la Entidad no es interpretar ningún acuerdo sino compilar la información según lo establecido en cada uno de los TLC, y presentarla de manera organizada.

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

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-5).

Por ello, para determinar si la contratación de la Aeronáutica Civil se encuentra cubierta o no por el Acuerdo Comercial, es necesario observar el contenido del mismo.

La contratación de la Aeronáutica Civil, en tanto Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Transporte[[6]](#footnote-6), estaría en principio cubierta por los distintos acuerdos comerciales, pues se trata de una unidad administrativa especial adscrita a una entidad cubierta, esto es, el Ministerio de Transporte.

No obstante, en el Anexo 4: Lista de excepciones a la aplicación de los Acuerdos Comerciales, se puede leer:

44. Los Procesos de Contratación de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil –AEROCIVIL– relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo, las cuales no están cubiertas por el Acuerdo Comercial.

En este otro aparte del manual se explica la regla de excepción de la contratación de la Aeronáutica Civil: están completamente excluidas las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo.

En este punto se debe resaltar que el Acuerdo Comercial excluye «las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo» sin hacer ninguna consideración especial sobre el tipo de procedimiento de selección o el objeto de dichas «contrataciones». De lo anterior se deriva que dentro de la excepción del Acuerdo se encuentran incluidas todas «las contrataciones» sin importar la particularidad objeto del contrato o la modalidad de selección del contratista –licitación o concurso de méritos– que debe adelantar la entidad de conformidad con la legislación nacional.

Además, en la actualidad no existe una interpretación oficial sobre el tipo de proceso de selección o un significado preciso o «diferente» de «contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo». Sobre esto el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aprobada por la Ley 32 de 1985, señala lo siguiente:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
3. todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:
4. todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
5. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
6. todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:
7. toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:
8. toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
9. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Así las cosas, la excepción objeto de estudio en este concepto jurídico debe interpretarse, incluso en su aplicación concreta por parte de las Entidades Estatales contratantes en Colombia, de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, y habida consideración de su objeto y finalidad.

* 1. **Trato Nacional**

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[[7]](#footnote-7), o en virtud de procesos de integración regional[[8]](#footnote-8).

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

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[[10]](#footnote-10). 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. Para el presente concepto, la cláusula estipulada en el literal b) del artículo 175 del acuerdo comercial firmado con la Unión Europea impone que: «Cada País Andino signatario, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la parte UE, y a los proveedores de la parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propios mercancías, servicios y proveedores».[[11]](#footnote-11). De la misma forma el tratado– en el mismo artículo estudiado– puesto de presente genera la obligación de «no discriminar a un proveedor establecido en su territorio en razón de las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública sean mercancías o servicios de otra parte».

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[[12]](#footnote-12).

* 1. **Naturaleza de los conceptos emitidos por CCE**

En el presente aparte, se tendrá en cuenta el Concepto C-418 del 27 de julio de 2020, el cual hace referencia a la función de interpretación con la cuenta la Agencia sobre las normas contractuales y con base en ello, aclarar la naturaleza de los conceptos expedidos por esta entidad.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que esta Entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignada por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[13]](#footnote-13). Lo anterior, en la medida en que para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

 En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. Al respecto, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

 En concordancia con ello, en concepto reciente, C-176 del 19 de abril de 2021, Esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen la misma función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011»[[14]](#footnote-14). Igualmente, en concepto del año 2017[[15]](#footnote-15), la Contraloría General de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

 En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la *única* posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[16]](#footnote-16).

Las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático. De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se viene diciendo, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

# **Respuesta**

1. «¿La Aerocivil debe seguir teniendo en cuenta los conceptos emitidos en el año 2017? Si es así muy respetuosamente se solicita actualizar dichos conceptos».

Con base en los presupuestos anteriores es posible concluir que los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

Es decir, en términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la *única* posible interpretación de una disposición normativa.

1. «¿Cuál es la interpretación que se le debe dar a la excepción 44?».
2. ¿Qué se entiende por infraestructura para el sistema aeroportuario y cuáles son los procesos y contratos relacionados con esto?».
3. ¿Qué se entiende por infraestructura para el sistema nacional del espacio aéreo y cuáles son los procesos y contratos relacionados con esto?».

Respecto a estas cuestiones, debemos poner de presente que no existe una aclaración o interpretación oficial sobre el alcance que puede tener la excepción 44, pero es posible advertir que la Aeronáutica Civil, como entidad estatal facultada para contratar y dotada de la respectiva autonomía contractual y discrecionalidad administrativa, está plenamente facultada para realizar las interpretaciones necesarias y, por tanto, determinar si en sus procedimientos contractuales aplica o no la excepción 44 o los acuerdos comerciales vigentes. Es decir, la Aeronáutica Civil es la entidad llamada a determinar si el objeto contractual versa sobre el contenido de la excepción, esto es: i) la infraestructura para el sistema aeroportuario y/o (ii) la infraestructura para el sistema nacional del espacio aéreo, eventos en los cuales no deberá dar aplicación a los acuerdos comerciales suscritos por Colombia.

1. «¿Se le debe dar trato nacional al proponente plural conformado por una empresa colombiana y una empresa de un país perteneciente a la Unión Europea?».
2. «¿Se le debe dar trato nacional al proponente plural conformado por una empresa colombiana y una sucursal de una empresa de un país perteneciente a la Unión Europea?».
3. ¿Se le debe dar trato Nacional a un proponente singular cuyo país de origen haga parte de la Unión Europea?».
4. ¿Se le debe dar trato Nacional a un proponente singular cuyo país de origen haga parte de la Unión Europea con sucursal en Colombia?».
5. ¿La Aerocivil debe dar trato Nacional a los bienes, servicios y/o proponentes que provengan de algún país que conforman la Unión Europea?».

Para referirnos a la solución de las presentes preguntas es necesario recordar que el trato nacional puede provenir de tres fuentes distintas: 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.

En el caso concreto se estudiara un acuerdo comercial, en especifico el acuerdo firmado con la Unión Europea que en su artículo 175 especifica que una de las obligaciones derivadas del mismo seria el trato nacional, en la medida en que, las entidades colombianas otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la parte UE, y a los proveedores de la parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propios mercancías, servicios y proveedores». En concordancia, el numeral siguiente pone de presente «no discriminar a un proveedor establecido en su territorio debido a las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública sean mercancías o servicios de otra parte».

En virtud de ello podemos advertir que, existe obligación de dar trato nacional a las mercancías y servicios que hagan parte de la lista acordada en el tratado de la Unión Europea. Para el caso especifico de los proponentes según las obligaciones derivadas del tratado estos proveedores que tienen su establecimiento en el territorio en razón de las mercancías y servicios tampoco pueden ser discriminados.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. DON WALLACE. *The changing world of national procurement systems: global reformation.*

Public procurement law review 4.2, 1995: 57-62. [↑](#footnote-ref-1)
2. 2 SUE ARROWSMITH; LINARELLI, John; WALLACE, Don. Regulation public procurement- national and international perspectives. Kluwer Law International BV, 2000. [↑](#footnote-ref-2)
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-3)
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-4)
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-5)
6. 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)
7. El tenor del artículo 20 es el siguiente: «En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

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

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

»PARÁGRAFO 2o. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo». [↑](#footnote-ref-7)
8. Así lo reconoció la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, el cual puede consultarse en el siguiente sitio web: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_manual\_acuerdos\_comerciales.pdf [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 2.2.1.2.4.1.3. Existencia de trato nacional. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

»El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para 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-9)
10. Como lo ha indicado la Corte Constitucional, «La cláusula del trato nacional es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales. Su objetivo apunta a que las mercancías que ingresan a un Estado Parte no sean sometidas a un trato discriminatorio en relación con los productos del país receptor. En otras palabras, se busca asegurar la existencia de unas reglas de competencia leal y transparente entre el producto importado y el nacional. La existencia de tales cláusulas-tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte» (Sentencia C-608/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). [↑](#footnote-ref-10)
11. <http://www.mipymes.gov.co/mipymes/media/mipymes/Documentos/Titulo-VI-Contratacion-Publica.pdf> [↑](#footnote-ref-11)
12. Esta información puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/compradores/acuerdos-comerciales-y-trato-nacional-por-reciprocidad [↑](#footnote-ref-12)
13. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-13)
14. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-14)
15. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-15)
16. ARBOLEDA PERDONO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p.59. [↑](#footnote-ref-16)