CCE-DES-FM-17

**ACUERDOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad – Incorporación**

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 de la Administración Pública, 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.

De esta forma, los acuerdos comerciales son tratados internacionales celebrados entre Estados e incorporados a los ordenamientos nacionales, cuyo contenido consagra derechos y obligaciones en distintas materias, entre estas las compras públicas. En el caso colombiano, cada acuerdo comercial, por ser un tratado que celebra el gobierno con otros Estados, debe ser aprobado y posteriormente incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por una ley de la República.

**ACUERDOS COMERCIALES ― Fuentes – Aplicabilidad – Incorporación**

[…] las entidades estatales tienen la obligación de identificar los Acuerdos Comerciales aplicables a sus procesos de contratación, y de esta manera cumplir con las obligaciones previstas en materia de compras y contratación pública. Para ello, las entidades estatales deben tener en cuenta que los capítulos de compras y contratación pública de los acuerdos comerciales contienen: i) una lista de las entidades estatales incluidas en el acuerdo comercial; ii) los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación; y, iii) las excepciones a la aplicación del acuerdo comercial.

**ACUERDO MARCO DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO – Alcance - Cobertura**

La Alianza del Pacífico es un mecanismo de articulación política, económica y de cooperación e integración entre Chile, Colombia, México y Perú, establecido en abril de 2011 y constituido formal y jurídicamente el 6 de junio de 2012, con la suscripción del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

[…] El capítulo 8 de Contratación Pública del Acuerdo Marco de la Alianza Pacífico, establece en el anexo 8.2 que el mismo aplica a las entidades listadas en dicha sección. De esta forma, respecto a cada país parte del Acuerdo se establecen las entidades cubiertas, y sus correspondientes excepciones, para la cada uno de los niveles de gobierno, razón por la cual el anexo 8.2 se divide en tres secciones: (i) Sección A: Entidades de Nivel Central o Federal de Gobierno (ii) Sección B: Entidades del Nivel Subcentral o Subfederal de Gobierno (iii) Sección C: Otras Entidades Cubiertas

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Funciones – Expedición – Guías – Manuales – Circulares**

En ejercicio de estas competencias conferidas por el Decreto Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales y Circulares, los cuales pueden calificarse como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública.

**MANUALES – Colombia Compra Eficiente – Definición**

[…] Dentro del funcionamiento interno de esta entidad, los Manuales han sido entendidos como documentos que tratan de manera general aspectos fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado manuales para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación.

**ACUERDOS COMERCIALES – MANUALES – Alcance**

Ahora bien, tratándose del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, como 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». En otras palabras, 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.

Texto

Descripción generada automáticamente

Bogotá D.C., 05 Abril de 2022

Señor

**Sergio Forero**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 149 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ACUERDOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad – Incorporación / ACUERDOS COMERCIALES ― Entidades estatales ― Deber de verificación / COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Decreto Ley 4170 de 2011 – Naturaleza jurídica – Objeto / COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Funciones – Expedición – Guías – Manuales – Circulares / MANUALES – Colombia Compra Eficiente – Definición / GUÍAS – Colombia Compra Eficiente – Definición / OBLIGATORIEDAD – Actos – Colombia Compra Eficiente / ACUERDOS COMERCIALES – MANUALES – Alcance |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20220218001645 |

Estimado señor Forero:

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 procede a resolver su consulta del 18 de febrero de 2022.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «La presente tiene como propósito preguntar sobre la finalidad y aplicación de los umbrales “Alianza del Pacifico”, específicamente la distinción en secciones: A, B y C que se ilustra en “Umbrales actualizaciones 2022 – 2023» y ii) «Adicionalmente, es necesario preguntar sobre la definición o alcance del término “Agencia del Estado” expresada en el “MANUAL PARA EL MANEJO DE LOS ACUERDOS COMERCIALES EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN”, versión CCE-EICP-MA-03 V1 del 24/11/2021».

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) la contratación pública y los tratados comerciales internacionales; ii) el alcance del acuerdo comercial de Alianza Pacifico y iii) naturaleza de las Guías y Manuales expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

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, C–694 del 26 de noviembre de 2020, C–755 del 6 de enero de 2021 y C–285 del 11 de junio de 2021.

La Agencia también se ha pronunciado sobre la naturaleza de las guías y los manuales en los Conceptos C-451 del 31 de agosto de 2021 y C-519 del 23 de septiembre de 2021, refiriéndose específicamente al «Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación» en el Concepto C-124 del 5 de abril de 2021. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiterarán a continuación y se complementarán en lo pertinente:

**2.1. Contratación pública y tratados internacionales**

El derecho de la contratación estatal ha dejado de ser un fenómeno estrictamente de derecho doméstico. 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, 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-3), así como 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 mediante 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 de la Administración Pública, 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. De esta forma, los acuerdos comerciales son tratados internacionales celebrados entre Estados e incorporados a los ordenamientos nacionales, cuyo contenido consagra derechos y obligaciones en distintas materias, entre estas las compras públicas. En el caso colombiano, cada acuerdo comercial, por ser un tratado que celebra el gobierno con otros Estados, debe ser aprobado y posteriormente incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por una ley de la República[[5]](#footnote-5).

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.

Por esta razón, las entidades estatales tienen la obligación de identificar los Acuerdos Comerciales aplicables a sus procesos de contratación, y de esta manera cumplir con las obligaciones previstas en materia de compras y contratación pública. Para ello, deben tener en cuenta que los capítulos de compras y contratación pública de los acuerdos comerciales contienen: i) una lista de las entidades estatales incluidas en el acuerdo comercial; ii) los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación; y, iii) las excepciones a la aplicación del acuerdo comercial. De esta manera, la finalidad de celebrar acuerdos comerciales es el cumplimiento recíproco de las obligaciones que estos contienen. Por ello, dependiendo del tratado y su contenido, se podrá determinar específicamente el tipo de obligaciones que Colombia tendrá que cumplir.

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.

De igual forma, el artículo 2.2.1.2.4.1.1 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables». Por tanto, con base en lo dispuesto en el artículo citado, la obligatoriedad de aplicar los tratados está sometido al cumplimiento de los requisitos legales de incorporación en el derecho nacional, no a su consagración en el Manual de Acuerdos Comerciales expedido por la Agencia.

**2.2. Acuerdo Comercial de Alianza Pacifico: aspectos generales y cobertura**

La Alianza del Pacífico es un mecanismo de articulación política, económica y de cooperación e integración entre Chile, Colombia, México y Perú, establecido en abril de 2011 y constituido formal y jurídicamente el 6 de junio de 2012, con la suscripción del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. A manera de recuento histórico, el 28 de abril de 2011 se celebró la ‘I Cumbre de la Alianza Pacifico’ donde se suscribió la Declaración Presidencial sobre la Alianza del Pacifico, denominada Declaración de Lima. El 6 de junio, en el marco de la IV Cumbre de la Alianza del Pacífico, se suscribió el Acuerdo Marco de la Alianza Pacífico (Declaración de Paranal).

Suscrito del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico por las partes, por medio de la Ley 1721 del 27 de junio de 2014, el Congreso de la República de Colombia emitió ratificación del mismo. Posteriormente, en virtud de la competencia asignada por el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ejerció el control de constitucionalidad del tratado internacional y su ley aprobatoria de tratado, con lo cual mediante la sentencia C-163 del 15 de abril de 2015 se declaró su exequibilidad.

El capítulo 8 de Contratación Pública del Acuerdo Marco de la Alianza Pacífico, establece en el anexo 8.2 que el mismo aplica a las entidades listadas en dicha sección. De esta forma, respecto a cada país parte del Acuerdo se establecen las entidades cubiertas, y sus correspondientes excepciones, para la cada uno de los niveles de gobierno, razón por la cual el anexo 8.2 se divide en tres secciones: i) Sección A: Entidades de Nivel Central o Federal de Gobierno, ii) Sección B: Entidades del Nivel Subcentral o Subfederal de Gobierno y iii) Sección C: Otras Entidades Cubiertas.

Así las cosas, cada una de las secciones mencionadas lista las entidades a las que le son aplicables las obligaciones y compromisos en materia de contratación pública del correspondiente Acuerdo Comercial. Para el caso colombiano, por tener relación con el asunto consultado, se transcribe el listado de entidades colombianas de la Sección A, es decir, las correspondientes al nivel central, cubiertas por el acuerdo:

**Colombia**

Rama Ejecutiva

1. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

2. Ministerio del Interior

3. Ministerio de Relaciones Exteriores

4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

5. Ministerio de Justicia y del Derecho

6. Ministerio de Defensa Nacional (Nota 2)

7. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (Nota 3)

8. Ministerio de Salud y Protección Social

9. Ministerio de Trabajo

10. Ministerio de Minas y Energía (Nota 4)

11. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

12. Ministerio de Educación Nacional Anexo 8.2-3

13. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

14. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

15. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

16. Ministerio del Transporte (Nota 5)

17. Ministerio de Cultura

18. Departamento Nacional de Planeación

19. Dirección Nacional de Inteligencia

20. Departamento Administrativo de la Función Pública

21. Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas

22. Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre –Coldeportes–

23. Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias–

24. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (Nota 6) Rama Legislativa

25. Senado de la Republica

26. Cámara de Representantes Rama Judicial

27. Consejo Superior de la Judicatura

28. Fiscalía General de la Nación Organismos de Control

29. Contraloría General de la Republica

30. Auditoría General de la Republica

31. Procuraduría General de la Nación

32. Defensoría del Pueblo Anexo 8.2-4 Organización Electoral

33. Registraduría Nacional del Estado Civil (Nota 7)

**Notas de Colombia**

1. A menos que se disponga lo contrario, el presente Capítulo se aplicará a las superintendencias, unidades administrativas especiales, agencias, institutos científicos y tecnológicos, y establecimientos públicos de las entidades listadas en esta Sección sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública.

[…]

Nótese que el acuerdo dispone en su Nota No. 1 que las disposiciones del capítulo, salvo disposición en contrario, también aplicarán a las superintendencias, unidades administrativas especiales, *agencias*, institutos científicos y tecnológicos, y establecimientos públicos de las entidades listadas en esta Sección sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública. De esta manera, es el acuerdo comercial el que lista las agencias como entidades cubiertas por las obligaciones y compromisos de Alianza Pacífico.

En este marco, se resalta que 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, así como las entidades cubiertas por los mismos. Por tanto, el Manual para manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación es una 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.

**2.3 La creación de las Agencias en el sistema jurídico colombiano**

Entre los años 2011 y 2013 el Gobierno Nacional y el Congreso de la República desarrollaron una reforma administrativa para crear y transformar algunas entidades especializadas a fin de fortalecer la organización administrativa existente. Esta reforma además de crear algunos organismos, escindió y modificó la naturaleza jurídica de otros. Así, a través del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, el Congreso de la República le otorgó, durante el término de seis (6) meses, facultades extraordinarias al Presidente de la República a fin de:

*a) Crear, escindir, fusionar y suprimir, así como determinar la denominación, número, estructura orgánica y orden de precedencia de los departamentos administrativos*

b) Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios creados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

*c) Modificar los objetivos y estructura orgánica de los Ministerios reorganizados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;*

*d) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado;*

*e) Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional;*

f) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado;

g) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar;

h) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas;

i) Realizar las modificaciones presupuestales necesarias para financiar los gastos de funcionamiento e inversión necesarios para el cumplimiento de las funciones que se asignen a las entidades creadas, escindidas, suprimidas, fusionadas o reestructuradas en desarrollo de las facultades otorgadas por la presente ley […]». [Cursivas fuera de texto]

De tal forma, en uso de las facultades extraordinarias derivadas de la competencia otorgada por la mencionada Ley, el Presidente de la República, emitió, entre otros, los Decretos Ley que se mencionan a continuación, a través de los incluyó el concepto de Agencia en el ordenamiento jurídico colombiano, creando y/o modificando algunas entidades:

**a. Decreto Ley 4137 de 2011**

El artículo 1 dispuso la creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, precisando lo siguiente: «Cambíase la naturaleza jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, de Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera a la de Agencia Estatal, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía».

**b. Decreto Ley 4165 de 2011**

El artículo 1 dispuso el cambio de naturaleza del Instituto Nacional de Concesiones a la Agencia Nacional de Infraestructura, precisando que «Cámbiase la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte».

**c. Decreto Ley 4138 de 2011**

El artículo 1, modificado por el Decreto 897 de 2011, dispuso la creación de la Agencia Colombiana para la Reincorporación y la Normalización. De esta manera, la citada precisó lo siguiente: «Créase una unidad administrativa especial, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio, denominada Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República».

**d. Decreto Ley 4152 de 2011**

Dada la escisión de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional - ACCIÓN SOCIAL, el artículo 2 de la disposición normativa estableció la creación de la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, APC – COLOMBIA. En este contexto, «Para cumplir las funciones escindidas, créase una Unidad Administrativa Especial que se denominará Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, - APC- COLOMBIA, como una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República».

**e. Decreto Ley 4170 de 2011**

El artículo 1 dispuso la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública. De esta manera, la norma prescribe «Créase la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, como una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación».

De las disposiciones previamente citadas se evidencia que el legislador otorgó amplias facultades al Presidente para determinar la naturaleza jurídica de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional. En ejercicio de dichas facultades y como un nuevo panorama de organización administrativa, el jefe del ejecutivo determinó la creación de las diversas entidades denominadas como agencias cuya naturaleza jurídica, según lo establezca el decreto de creación, puede corresponder a unidad administrativa especial o agencia nacional estatal de naturaleza especial.

**2.4. Guías, Manuales y Circulares expedidas por la Agencia**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una Unidad Administrativa Especial, descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación. El legislador extraordinario determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, facultando a la Agencia para «difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública», de conformidad con el numeral 10 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

En este contexto, concretamente el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 señala que una de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública es «desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas». Asimismo, el numeral 5 del mismo artículo otorga la facultad para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. En ejercicio de estas competencias conferidas por el Decreto Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales y Circulares, los cuales pueden calificarse como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública.

A pesar de que el Decreto Ley 4170 de 2011 no contiene de manera expresa los vocablos Guía o Manual, Colombia Compra Eficiente, a partir del 2013, la Agencia los ha expedido como instrumentos y herramientas que facilitan las compras y la contratación pública y promueven las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad. El Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, compilado por el Decreto 1082 de 2015, a pesar de que se refiere de forma expresa a los Manuales y Guías, no distingue o precisa el concepto de cada uno.

Bajo las denominaciones de Guías, Manuales, instructivos y protocolos, muchas entidades del Estado han adoptado herramientas e instrumentos para definir criterios técnicos, fijar procedimientos, estandarizar procesos y establecer metodologías y no existe un significado unívoco que defina cada herramienta[[6]](#footnote-6).

Dentro del funcionamiento interno de esta entidad, los Manuales han sido entendidos como documentos que tratan de manera general aspectos fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado manuales para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación.

Las Guías, por su parte, se han entendido como documentos técnicos que indican generalmente un procedimiento sobre cómo deben operarse ciertos temas por parte de los partícipes del Sistema de Compra Pública. Así, por ejemplo, se han expedido guías de compras públicas socialmente responsables o guía para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto.

**2.4.1. Naturaleza de los instrumentos y herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente**

Para el año 2016, frente a los documentos indicados se sostuvo que los Manuales y Guías, como instrumentos o herramientas de buenas prácticas y facilitadores de la comprensión de la normativa del Sistema de Compra Pública, solo eran obligatorios cuando se acogían a través de una circular, de manera que si las entidades estatales se apartaban de esas buenas prácticas tenían una carga de argumentación que debía quedar consignada de manera expresa en los documentos del proceso. Las circulares externas, al ser actos administrativos generales, eran obligatorias siempre que se hubieran publicado en el Diario Oficial, en este sentido, las directrices, manuales, guías o lineamientos que se adopten por circular o cualquier otro acto administrativo vinculante eran obligatorias para los partícipes del Sistema de Compra Pública[[7]](#footnote-7).

Así pues, el enfoque que se tuvo sobre la obligatoriedad o vinculatoriedad de las normas proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de sus funciones, le daba prevalencia a la forma mediante la cual se adoptaba la pauta o directriz. Es decir, si se trataba de Circulares Externas se estaba en presencia de una norma de obligatorio cumplimiento, mientras que si la directriz se adoptaba bajo la forma de una Guía o Manual su vinculatoriedad era facultativa y, por tanto, su rango normativo no pasaba de ser una recomendación sobre buenas prácticas administrativas.

Ahora bien, en el 2017 la Subdirección de Gestión Contractual acogió un enfoque sustantivo sobre el carácter obligatorio de los actos expedidos por la entidad. Esto quiere decir que con independencia de la forma que adopte la directriz, su carácter obligatorio o no está determinado por la existencia de una competencia legal o reglamentaria para regular el asunto en concreto. En otras palabras, lo que define la obligatoriedad de determinado acto que expida la entidad no es que se adopte mediante Circular Externa, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. Lo anterior hace referencia a la competencia como uno de los elementos de los actos administrativos.

Además, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido este, desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos. Este enfoque sustantivo o material en relación con la obligatoriedad de las Circulares, Guías o Manuales corresponde al entendimiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido al momento de determinar si se está ante un acto de la administración controlable por la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, si se está en presencia de un acto administrativo.

**2.4.2. Posición del Consejo de Estado en torno a la obligatoriedad de los instrumentos y herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente**

El Consejo de Estado estudió la naturaleza jurídica de los Manuales y Guías expedidos por Colombia Compra Eficiente. Señaló que se trata de normas de carácter general, impersonal y abstracto, cuya finalidad es dar un mayor nivel de detalle a todas las normas a las que están subordinadas, de forma que sea posible su aplicación. Sostuvo que normas como los manuales y las guías son conocidas como «normas reglamentarias de segundo o de tercer grado», entendiendo las de primer grado como las expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

El Consejo de Estado, en consonancia con el criterio sustantivo o material de identificación de los actos administrativos arriba expuesto, reiteró que estos pueden estar revestidos de distintas formas, como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdos, manuales o circulares. En consecuencia, no es el nombre otorgado lo que genera que tenga naturaleza de acto administrativo, sino su contenido reglamentario o normativo de obligatoria aplicación, y ello es predicable, incluso, de los manuales expedidos por las distintas autoridades

De esta forma, los Manuales, Guías o Circulares frente a los que existe un fundamento normativo de rango legal o reglamentario que da la competencia a Colombia Compra Eficiente para expedirlos fueron declarados ajustados al ordenamiento jurídico y, además, frente a ellos se puede concluir que se trata de actos administrativos de obligatorio cumplimiento para los partícipes de la contratación pública, como el manual de uso de los acuerdos marco de precios, los manuales y guías para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el manual o guía para el uso del clasificador de bienes y servicios.

Lo contrario ocurre con los Manuales, Guías o Circulares que se expiden sin una competencia legal o reglamentaria, diferente de la genérica contenida en el Decreto Ley 4170 de 2011, que defiera a esta entidad su adopción, como ocurre con los manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo. Estos instrumentos o herramientas quedan en el ámbito de normas de apoyo y de buenas prácticas para los partícipes del Sistema de Compra Pública, de donde no se puede derivar obligatoriedad.

Así las cosas, la obligatoriedad de las herramientas normativas expedidas por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta para fomentar buenas prácticas administrativas, dependiendo de si existe una norma de rango legal o de reglamentario, diferente de la general del Decreto 4170 de 2011, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular externa, no producirá efectos jurídicos y su función estará limitada a dar orientaciones o a reproducir normas, esto es, no tendrá fuerza obligatoria y, en consecuencia, no será vinculante para sus destinatarios, con independencia del nombre que tenga.

Ahora bien, tratándose del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación, como 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». En otras palabras, 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[[8]](#footnote-8).

Lo anterior guarda consonancia con los artículos 2.2.1.2.4.1.1. y 2.2.1.2.4.1.2. del Decreto 1082 de 2015, que disponen, respectivamente, que: «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables» y que «Si un mismo Proceso de Contratación está sometido a varios Acuerdos Comerciales, la Entidad Estatal debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la totalidad de los compromisos previstos en los Acuerdos Comerciales».​ Así, las entidades cubiertas por los tratados suscritos entre Colombia y otros Estados son aquellas que aparecen en sus listas. Es por ello que la determinación de si tales acuerdos comerciales aplican o no en un determinado procedimiento de selección se debe consultar en cada caso, teniendo en cuenta su ámbito de cobertura.

1. **Respuesta**

i) «La presente tiene como propósito preguntar sobre la finalidad y aplicación de los umbrales “Alianza del Pacifico”, específicamente la distinción en secciones: A, B y C que se ilustra en “Umbrales actualizaciones 2022 – 2023».

El capítulo 8 de Contratación Pública del Acuerdo Marco de la Alianza Pacífico, establece en el anexo 8.2 que el mismo aplica a las entidades listadas en dicha sección. De esta forma, respecto a cada país parte del Acuerdo se establecen las entidades cubiertas, y sus correspondientes excepciones, para la cada uno de los niveles de gobierno, razón por la cual el anexo 8.2 se divide en tres secciones, las cuales corresponden a la división que se plasma en el documento de actualización de los umbrales 2022 – 2023. Las secciones corresponden a las siguientes: i) Sección A: Entidades de Nivel Central o Federal de Gobierno, ii) Sección B: Entidades del Nivel Subcentral o Subfederal de Gobierno y iii) Sección C: Otras Entidades Cubiertas.

ii) «Adicionalmente, es necesario preguntar sobre la definición o alcance del término “Agencia del Estado” expresada en el “MANUAL PARA EL MANEJO DE LOS ACUERDOS COMERCIALES EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN”, versión CCE-EICP-MA-03 V1 del 24/11/2021».

Los acuerdos comerciales son tratados internacionales celebrados entre Estados e incorporados a los ordenamientos nacionales, cuyo contenido consagra derechos y obligaciones en distintas materias, entre estas las compras públicas. Por esta razón, las entidades estatales tienen la obligación de identificar los Acuerdos Comerciales aplicables a sus procesos de contratación, y de esta manera cumplir con las obligaciones previstas en materia de compras y contratación pública. Para ello, las entidades estatales deben tener en cuenta que los capítulos de compras y contratación pública de los acuerdos comerciales contienen: i) una lista de las entidades estatales incluidas en el acuerdo comercial; ii) los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación –umbrales–, y iii) las excepciones a la aplicación del acuerdo comercial.

Así las cosas, nótese que el acuerdo marco de Alianza Pacífico dispone en su Nota No. 1 que las disposiciones del capítulo 8 sobre compra pública, salvo disposición en contrario, también aplicarán a las superintendencias, unidades administrativas especiales, *agencias***,** institutos científicos y tecnológicos, y establecimientos públicos de las entidades listadas en esta Sección sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública. De esta manera, es el acuerdo comercial el que lista las agencias como entidades cubiertas por las obligaciones y compromisos de Alianza Pacífico.

En todo caso, esta Subdirección considera que de acuerdo con la redacción del Acuerdo Comercial, deben entenderse cubiertas todas aquellas entidades que hagan parte de las entidades listadas en el Anexo 8.1, cuya naturaleza jurídica corresponda, entre otras, a la de agencia de naturaleza especial. En cualquier caso, en cada situación particular debe analizarse si las entidades que en su naturaleza jurídica no tienen la calidad de agencia de naturaleza especial, pero se denominan como agencia, ostentan otra tipología o naturaleza jurídica que esté cubierta por el Acuerdo Comercial.

Adicionalmente, le recordamos que el Manual para manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente es una herramienta orientadora para conocer la cobertura, excepciones y los plazos correspondientes contemplados en los acuerdos comerciales. Sin embargo, el uso del manual no exime a la entidad del deber de conocer y aplicar cada acuerdo comercial.

Finalmente, en caso de que persistan dudas sobre la interpretación o alcance de un acuerdo comercial, le sugerimos dirigirse a la Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por ser la competente para resolver dichos asuntos en virtud de la competencia otorgada por el artículo 10 del Decreto Ley 210 de 2003.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Andrea Urrego Jiménez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González  Subdirector de Gestión Contractual (E) |

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. SUE ARROWSMITH; LINARELLI, John; WALLACE, Don. Regulation public procurement-national and international perspectives. Kluwer Law International BV, 2000. [↑](#footnote-ref-2)
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. La Constitución Política, en el artículo 189, numeral 2, dispone que el Presidente de la República debe: «Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso». Así mismo, en el artículo 150, numeral 16, establece que el Congreso de la República debe: «Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados». [↑](#footnote-ref-5)
6. Por ejemplo, para Colciencias los manuales «son instrumentos administrativos que se elaboran para determinar en forma explícita, ordenada y sistemática información sobre objetivos, políticas, atribuciones, organización y procedimientos de los órganos de una institución. Se caracterizan por desarrollar criterios generales sobre un tema estratégico y en su mayoría, referencian procedimientos, guías, instructivos, modelos y formatos». Mientras que las guías son «documentos que contienen orientaciones acerca de la forma como se desarrolla una metodología relacionada con los procedimientos de la entidad»: https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/ckeditor\_files/G102PR01-procedimiento-elaboracion- control.pdf

   Para la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales los manuales y guías «son documentos técnicos a través de los cuales se estandarizan y se definen criterios y procedimientos de una actividad específica. A través de ellos se indican enfoques, lineamientos, se definen instructivos y se detallan los pasos que deben seguir quienes desarrollan una actividad determinada. El propósito de esta herramienta es el de permitir que las autoridades o a cualquier otro organismo equivalente haga más efectiva su gestión y documente sistemáticamente los criterios considerados durante los procesos de toma de decisiones»: <http://portal.anla.gov.co/manuales-y-guias> [↑](#footnote-ref-6)
7. La Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala: “Las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento”. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf> [↑](#footnote-ref-7)
8. A esto se refiere el numeral 2 del manual respectivo cuando explica que: «Colombia Compra Eficiente en su función de “brindar apoyo al Gobierno Nacional en la negociación internacional en materia de política de compras y contratación pública, y elaborar los documentos técnicos que se requieran para el efecto”, ofrece el presente Manual para ser utilizado como guía para identificar las reglas aplicables contenidas en los Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia en un Proceso de Contratación. *En ese sentido, el Manual, para todos los efectos, es una guía no vinculante y, en modo alguno, reemplaza o modifica los Acuerdos Comerciales y las obligaciones que de allí se deriven para las Entidades Estatales*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-8)