

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 — Entidades estatales — Deber de verificación

[...] 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 (umbrales) a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación; y, iii) las excepciones a la aplicación del acuerdo comercial.

UMBRAL – ACUERDO COMERCIAL – DERECHOS ESPECIALES DE GIRO – DEG – Valor a partir del cual es aplicable un acuerdo comercial

Respecto de los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación, debe señalarse que los valores generalmente son negociados en dólares de los Estados Unidos de América o en Derechos Especiales de Giro (DEG) –Special Drawing Rights, SDR por sus siglas en inglés–. [...] Frente al valor de los Derechos Especiales de Giro «DEG», el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es el encargado de señalar, con la periodicidad definida en cada Acuerdo Comercial, el valor de conversión de estas monedas a pesos colombianos para determinar el umbral aplicable y la Agencia pone dichos valores a disposición de los partícipes del Sistema de Compra Pública en el siguiente enlace:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/umbrales_tratados_comerciales_-_2022_-_2023.pdf.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Decreto Ley 4170 de 2011 – Naturaleza jurídica – Objeto

El legislador determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, al ser consciente de la necesidad de contar en la estructura del Estado con un órgano técnico especializado que asumiera la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, 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».

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 ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública.

OBLIGATORIEDAD – Actos – Colombia Compra Eficiente

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 uno de los elementos de los actos administrativos: la competencia.

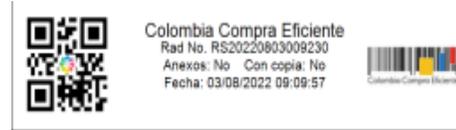
Además, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido este, desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos.

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. 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». De esta manera, las entidades estatales y los procesos contractuales cubiertos por los tratados suscritos entre Colombia y otros Estados son aquellos que aparecen en sus listas. Por ello, la determinación de si tales acuerdos comerciales aplican o no en un determinado procedimiento de selección corresponde realizarlo a cada entidad estatal, consultando el ámbito de cobertura de cada Acuerdo Comercial.



Bogotá D.C., 03 Agosto de 2022



Señora
Karen Moreno Echeverry
Ibagué, Tolima

Concepto C – 511 de 2022

Temas: ACUERDOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad – Incorporación / ACUERDOS COMERCIALES — Entidades estatales — Deber de verificación / UMBRAL – ACUERDO COMERCIAL – DERECHOS ESPECIALES DE GIRO – DEG – Valor a partir del cual es aplicable un acuerdo comercial / COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Decreto Ley 4170 de 2011 – Naturaleza jurídica – Objeto / COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Funciones – Expedición – Guías – Manuales – Circulares / OBLIGATORIEDAD – Actos – Colombia Compra Eficiente / ACUERDOS COMERCIALES – MANUALES – Alcance

Radicación: Respuesta a consulta P20220624006318

Estimada señora Moreno:

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 24 de junio de 2022

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente pregunta:

«Una duda con respecto al manual de manejo de acuerdos comerciales proceso de contratación, teniendo en cuenta que se realizó modificación en la expresión de valores que ahora son expresados en Derechos Especiales de Giro (DEG), al momento de consultar los valores de referencias para la aplicación de acuerdos a Entidades Estatales a nivel municipal, no queda claro el valor que corresponde al acuerdo comercial ISRAEL, puesto que en los anexos adjuntos de los umbrales no está explícito este valor. La pregunta es la siguiente: que valor corresponde en pesos colombianos



cuando dice: El Acuerdo Comercial con Israel es aplicable a los Procesos de Contratación para: (i) adquirir bienes y servicios a partir de 250.000 DEG y (ii) para servicios de construcción desde 5.000.000 SDR».

2. Consideraciones

Para resolver su consulta, se analizará el tema de la contratación pública y los tratados internacionales, particularmente lo relativo a los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre 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, de igual forma se ha pronunciado sobre la naturaleza de las guías y los manuales en los Conceptos C-451 del 31 de agosto de 2021, C-519 del 23 de septiembre de 2021, C-117 del 24 de marzo de 2022 y C-149 del 5 de abril de 2022, refiriéndose específicamente al «Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación» en los Conceptos C-124 del 5 de abril de 2021, C-117 de 24 de marzo de 2022 y C-383 del 15 de junio de 2022. 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 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 o, incluso, una «revolución global»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

¹ DON WALLACE. *The changing world of national procurement systems: global reformation*. Public procurement law review 4.2, 1995: 57-62.

² SUE ARROWSMITH; LINARELLI, John; WALLACE, Don. *Regulation public procurement-national and international perspectives*. Kluwer Law International BV, 2000.



Mercantil, que cuenta con una ley modelo en materia de contratación pública³, los organismos multilaterales de crédito que han actuado como catalizadores de reforma de los sistemas locales⁴. 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 República⁵.

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

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.

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.

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».



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, 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.

En suma, 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.

Respecto de los valores a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación, debe señalarse que los valores generalmente son negociados en dólares de los Estados Unidos de América o en Derechos Especiales de Giro (DEG) – Special Drawing Rights, SDR por sus siglas en inglés–.

En cuanto a los Derechos Especiales de Giro «DEG», el Banco de la República los define como «un activo de reserva internacional creado por el FMI en 1969 para complementar otros activos de reserva de los países miembros. La calidad de activo de reserva del DEG resulta del compromiso de los miembros de mantenerlos y aceptarlos, y honrar las obligaciones que se derivan de las operaciones en este sistema»⁶. Por otro lado, según el Fondo Monetario Internacional –FMI–, entidad creadora de este sistema de activos de reserva internacional, aclara que «El DEG no es ni una moneda ni un crédito frente al FMI. Más bien representa un derecho potencial frente a las monedas de libre uso de los países miembros del FMI. El DEG se puede canjear por monedas de libre uso»⁷. Partiendo de las definiciones anteriores, puede entenderse por Derechos Especiales de Giro como un derecho potencial pecuniario, utilizado por los estados miembros del FMI, para saldar transacciones internacionales y, en los casos pertinentes, intercambiar los mencionados derechos por monedas de libre uso de cara a hacer frente a las necesidades de financiamiento de la balanza de pagos o para recomponer el portafolio de las reservas internacionales del Estado.

⁶ Banco de la República – Preguntas y respuestas sobre los Derechos Especiales de Giro (DEG) del Fondo Monetario Internacional (FMI), Jueves, 16 Septiembre 2021 – <https://www.banrep.gov.co/es/preguntas-y-respuestas-sobre-derechos-especiales-giro-deg-del-fondo-monetario-internacional-fmi>

⁷ Fondo Monetario Internacional – Ficha Técnica, Derechos Especiales de Giro (DEG), 2 de agosto de 2021.



Ahora bien, dentro de las monedas de libre uso que pueden intercambiarse por Derechos Especiales de Giro «DEG» se encuentran el dólar de EE. UU, euro, yen japonés, libra esterlina y el renminbi chino⁸. En síntesis, frente al mencionado sistema creado por el FMI, los estados tienen dos opciones, por un lado, mantener los montos de «DEG» como parte de las reservas económicas o, por otro lado, cambiarlos por las divisas anteriormente mencionadas.

Frente al valor de los Derechos Especiales de Giro «DEG», el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es el encargado de señalar, con la periodicidad definida en cada Acuerdo Comercial, el valor de conversión de estas monedas a pesos colombianos para determinar el umbral aplicable y la Agencia pone dichos valores a disposición de los partícipes del Sistema de Compra Pública en el siguiente enlace:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/umbrales_tratados_comerciales_-_2022_-_2023.pdf.

Por su parte, los Acuerdos Comerciales contemplan excepciones a la aplicación de los compromisos y obligaciones contenidos en estos, por tanto, si un proceso de contratación se encuentra cobijado por una excepción, las obligaciones y compromisos del correspondiente Acuerdo Comercial no regirán el proceso de contratación.

Las excepciones no aplican de manera uniforme a todas las entidades y a todos los acuerdos comerciales; por tanto, para determinar las excepciones aplicables a cada Acuerdo Comercial y a cada entidad cubierta, durante la etapa de planeación del proceso de selección, las entidades deben consultar la cobertura del acuerdo comercial y si existen excepciones aplicables a su proceso de contratación particular.

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 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 y por tanto, el Manual para manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación se constituye como 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.

Así las cosas, en el Anexo 1 del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación se encuentran listadas las excepciones que aplican por acuerdo comercial a las entidades del nivel nacional cubiertas por los

⁸ *Ibidem.*



Acuerdos. El Anexo 2 contiene las excepciones a la aplicación de los Acuerdos Comerciales para las entidades del nivel departamental y el Anexo 3 las aplicables a las entidades del nivel municipal. Finalmente, el Anexo 4 establece el listado de excepciones a la aplicación de los compromisos y obligaciones contenidos en los acuerdos comerciales y se constituye como el anexo al cual pueden remitirse las entidades para conocer a qué hacen referencia los números relacionados en los Anexos 1, 2 y 3.

En consecuencia, dado que el ordenamiento jurídico colombiano, respecto a las compras públicas, en 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», cada entidad estatal dependiendo del tratado y su contenido, deberá determinar específicamente el tipo de obligaciones que rigen los procesos de contratación, para lo cual debe determinar si es una de las entidades cubiertas por el acuerdo, si el proceso se encuentra dentro de los umbrales para su aplicación, así como si existen excepciones que conlleven que algún acuerdo comercial no sea aplicable.

2.2. Vinculatoriedad de las Guías, Manuales y Circulares

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 determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, al ser consciente de la necesidad de contar en la estructura del Estado con un órgano técnico especializado que asumiera la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, 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 ser calificados 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, 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, aunque no existe un significado unívoco que defina cada herramienta⁹.

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.

⁹ 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>



2.2.1. Obligatoriedad 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 Pública¹⁰. 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, esto es, 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 aplicación era facultativa, y por tanto su rango normativo no pasaba de ser una recomendación de 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 que caracteriza a los actos administrativos.

¹⁰ 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



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 la potencialidad de producir efectos jurídicos. Este enfoque sustantivo o material en relación con la obligatoriedad de las Circulares, Guías, Manuales o Documentos Tipo se corresponde al entendimiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido para 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.

2.2.2. 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 –incluso reglamentos– 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, los manuales y guías para la



determinación de la capacidad residual. 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 los instrumentos expedidos 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.

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». De esta manera, las entidades estatales y los procesos contractuales cubiertos por los tratados suscritos entre Colombia y otros Estados son aquellos que aparecen en sus listas. Por ello, la determinación de si tales acuerdos comerciales aplican o no en un determinado procedimiento de selección corresponde realizarlo a cada entidad estatal, consultando el ámbito de cobertura de cada Acuerdo Comercial.

En todo caso, en relación con los umbrales aplicables al Acuerdo Comercial con Israel, la OALI «recomienda que las entidades cubiertas por el Acuerdo Comercial vigente con Israel establezcan el valor en pesos colombianos de los umbrales contenidos en las



Secciones A, B y C usando la TRM del día anterior a la fecha de publicación del aviso de convocatoria del respectivo proceso de compra». Entonces: Valor en pesos del umbral = Valor umbral en DEG x TRM del día anterior a la fecha de publicación del aviso de convocatoria x Valor del DEG (USD por DEG)»¹¹. En ese sentido, según lo manifestado por la OALI del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para conocer el valor en pesos de los umbrales es igual producto que surge de la multiplicación del valor del umbral en DEG, la TRM y el valor del DEG..

3. Respuesta

«Una duda con respecto al manual de manejo de acuerdos comerciales proceso de contratación, teniendo en cuenta que se realizó modificación en la expresión de valores que ahora son expresados en Derechos Especiales de Giro (DEG), al momento de consultar los valores de referencias para la aplicación de acuerdos a Entidades Estatales a nivel municipal, no queda claro el valor que corresponde al acuerdo comercial ISRAEL, puesto que en los anexos adjuntos de los umbrales no está explícito este valor. La pregunta es la siguiente: que valor corresponde en pesos colombianos cuando dice :El Acuerdo Comercial con Israel es aplicable a los Procesos de Contratación para: (i) adquirir bienes y servicios a partir de 250.000 DEG y (ii) para servicios de construcción desde 5.000.000 SDR».

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.

Respecto de los valores –umbrales– a partir de los cuales el Acuerdo Comercial es aplicable al proceso de contratación, es de anotar que los valores generalmente son negociados en dólares de los Estados Unidos de América o en Derechos Especiales de Giro (DEG) –Special Drawing Rights, SDR por sus siglas en inglés–. Frente a este último, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es el encargado de señalar, con la periodicidad definida en cada Acuerdo Comercial, el valor de conversión de estas monedas a pesos colombianos para determinar el umbral aplicable y la Agencia pone

¹¹ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/13_05_2022_umbrales_2022-2023_actualizada_mex.pdf

dichos valores a disposición de los partícipes del Sistema de Compra Pública en el siguiente enlace:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/13_05_2022_umbralles_2022-2023_actualizada_mex.pdf

En relación con los umbrales aplicables al Acuerdo Comercial con Israel, la OALI «recomienda que las entidades cubiertas por el Acuerdo Comercial vigente con Israel establezcan el valor en pesos colombianos de los umbrales contenidos en las Secciones A, B y C usando la TRM del día anterior a la fecha de publicación del aviso de convocatoria del respectivo proceso de compra». Entonces: Valor en pesos del umbral = Valor umbral en DEG x TRM del día anterior a la fecha de publicación del aviso de convocatoria x Valor del DEG (USD por DEG)». En ese sentido, según lo manifestado por la OALI del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para conocer el valor en pesos de los umbrales es igual producto que surge de la multiplicación del valor del umbral en DEG, la TRM y el valor del DEG.

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, constituye 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,

Original Firmado
Juan David Marín López

Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

Elaboró: Nathalia Urrego Jiménez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

