**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.

**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 de guías y manuales – Obligatoriedad de sus actos**

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.

[…]

[…] 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.

**MANUAL DE ACUERDOS COMERCIALES – Alcance**

[…] 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., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Señor

**Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia**

Asesor Jurídico

Comisión Nacional del Servicio Civil

Bogotá D.C

 **Concepto C–238 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **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 de guías y manuales – Obligatoriedad de sus actos / MANUAL DE ACUERDOS COMERCIALES – Alcance |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20230523011509  |

Estimado señor Sánchez Murcia:

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 recibida el 19 de mayo de 2023.

**1. Problema planteado**

Usted plantea respecto del “MANUAL PARA EL MANEJO DE LOS ACUERDOS COMERCIALES EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN”, la siguiente consulta:

“[…] mediante el Anexo 1 del referido manual, Colombia Compra Eficiente puso a disposición de las Entidades Estatales del nivel nacional, la lista de las Entidades Estatales obligadas por cada Acuerdo Comercial y la lista de las Entidades Estatales especiales para las cuales el valor del Proceso de Contratación es diferente, a partir del cual el Acuerdo es aplicable.

Teniendo en cuenta las características de la CNSC, se hace necesario elevar la presente consulta, frente a la obligatoriedad de la aplicación de los Acuerdos Comerciales en los procesos de contratación que desarrolla la COMISIÓN, toda vez que al hacer un análisis del Anexo No. 0 del Manual para el manejo de los acuerdos comerciales en procesos de contratación, se evidencia que la COMISIÓN no se encuentra taxativamente mencionada dentro de las Entidades Estatales que deben suscribir los acuerdos allí descritos, dado que es un órgano autónomo, independiente y no hace parte de ninguna de las ramas del poder público.

[…], la consulta también está relacionada con la disposición del referido Anexo No. 1 en lo correspondiente a los países que conforman el “Triangulo Norte” toda vez que para países como el Salvador y Guatemala los acuerdos comerciales son de obligatorios para *“todas las Entidades Estatales* excepto las *Entidades Estatales con régimen de contratación especial (distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.*

Es por ello que agradecemos a la Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente, resolver la presente consulta, toda vez que resulta indispensable para la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, establecer con exactitud los Acuerdos Comerciales que son aplicables en sus procesos de contratación.” [sic] [Énfasis propio]

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal relacionados en los artículos citados. 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 casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

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[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, se analizarán los siguientes temas: i) la contratación pública y los tratados internacionales, ii) vinculatoriedad de las Guías, Manuales y Circulares de Colombia Compra Eficiente, y iii) obligatoriedad de los instrumentos y herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente

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-191 del 12 de abril de 2022, C-117 de 24 de marzo de 2022 y C-383 del 15 de junio de 2022. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta lo consultado.

**2.1. La contratación pública y los 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 *sofl 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 resuelta la existencia de un orden institucional que| la doctrina se refirió, hace más de dos décadas, a este cuerpo de normas e ideas sobre la contratación estatal como “una forma global”[[2]](#footnote-2) o, incluso, una “revolución global”[[3]](#footnote-3).

 Esta revolución global en materia de contratación estatal es un fenómeno jurídico, en alguna medida imbricado con el fenómeno más amplio de la globalización, en el cual se cuentas actores diversos, como la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, que cuenta con una ley modelo en materia de contratación pública[[4]](#footnote-4), los organismos multilaterales de crédito que han actuado como catalizadores de reforma de los sistemas locales[[5]](#footnote-5). De igual forma, la liberación 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, tienen 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 –Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias–, 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 a nuestro ordenamiento jurídico por una ley de la República[[6]](#footnote-6).

 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 comprometidas 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 Acuerdo 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 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.

 Por otro lado, se destaca que 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 en una excepción, las obligaciones y compromisos del correspondiente Acuerdo Comercial no lo regirán. 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, 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 con 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 el 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, según corresponda.

De igual forma, 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», y por tanto, con base en lo dispuesto en el artículo en mención, la obligatoriedad de aplicar los tratados está sometido al cumplimiento de los requisitos legales de incorporación en el derecho nacional y no a su consagración en el Manual de Acuerdos Comerciales expedido por la Agencia

 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 cada Acuerdo Comercial a las entidades del nivel nacional cubiertas por dichos acuerdos. El Anexo 2, contiene las excepciones a la aplicación de los Acuerdo 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, constituyéndose este 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, 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 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 de Colombia Compra Eficiente. Reiteración de línea**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una Unida Administrativa Especial, descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación. El objetivo fijado para esta entidad, según el Legislador, es servir como ente rector de la política de compra y contratación del Estado, esto, 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, facultándola para “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública”[[7]](#footnote-7).

 En este contexto, concretamente el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, dispuso 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”. De igual forma, 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, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales y Circulares que 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, esta Agencia a partir del año 2013, los ha expedido como instrumentos 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 herramienta[[8]](#footnote-8).

 Dentro del funcionamiento interno de esta Agencia, 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, Colombia Compra Eficiente 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 guías para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto.

**2.3. Obligatoriedad de los instrumentos y herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente. Reiteración de línea**

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, sólo eran obligatorios cuando se acogían a través de una circular, de manera que si las Entidades Estatales se apartaban de esas buenas prácticas, tenía 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 ese sentido, las directrices, manuales, guías o lineamientos que se adopten por circular o cualquier otro acto administrativo vinculante eran de carácter obligatorio para los partícipes del Sistema de Compra Pública[[9]](#footnote-9). 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 haya 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.

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 la 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 está ante un acto de la administración controlable por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, esto es, si está en presencia de un acto administrativo.

Ahora bien, el Consejo de Estado señaló sobre la naturaleza jurídica de los Manuales y Guías expedidos por Colombia Compra Eficiente, 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 además, 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 Alto Tribunal Administrativo, en concordancia con el criterio sustantivo o material de identificación de los actos administrativos antes expuesto, reiteró que estos pueden estar revestidos de distintas formas, como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdo, manuales o circulares. En consecuencia, no es el nombre otorgado lo que genera la 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 administrativas.

De esta forma, los manuales, guías o circulares frente a los que existe 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 el manejo de los Acuerdos Comerciales en los Procesos de Contratación. 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.

En ese sentido, la obligatoriedad de los instrumentos expedidos por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues las guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta, para fomentar las buenas prácticas administrativas, dependiendo de si existe una norma de rango legal o reglamentaria, diferente a la del Decreto Ley 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 producir normas, es decir, no será 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 20219, “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 Acuerdo 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 del deber 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 Acuerdo 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 a un proceso contractual, corresponderá a las Entidades Estatales.

**3. Respuesta**

“[…] mediante el Anexo 1 del referido manual, Colombia Compra Eficiente puso a disposición de las Entidades Estatales del nivel nacional, la lista de las Entidades Estatales obligadas por cada Acuerdo Comercial y la lista de las Entidades Estatales especiales para las cuales el valor del Proceso de Contratación es diferente, a partir del cual el Acuerdo es aplicable.

Teniendo en cuenta las características de la CNSC, se hace necesario elevar la presente consulta, frente a la obligatoriedad de la aplicación de los Acuerdos Comerciales en los procesos de contratación que desarrolla la COMISIÓN, toda vez que al hacer un análisis del Anexo No. 0 del Manual para el manejo de los acuerdos comerciales en procesos de contratación, se evidencia que la COMISIÓN no se encuentra taxativamente mencionada dentro de las Entidades Estatales que deben suscribir los acuerdos allí descritos, dado que es un órgano autónomo, independiente y no hace parte de ninguna de las ramas del poder público.

[…], la consulta también está relacionada con la disposición del referido Anexo No. 1 en lo correspondiente a los países que conforman el “Triangulo Norte” toda vez que para países como el Salvador y Guatemala los acuerdos comerciales son de obligatorios para *“todas las Entidades Estatales* excepto las *Entidades Estatales con régimen de contratación especial (distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.*

Es por ello que agradecemos a la Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente, resolver la presente consulta, toda vez que resulta indispensable para la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, establecer con exactitud los Acuerdos Comerciales que son aplicables en sus procesos de contratación.” [sic] [Énfasis propio]

Como se indicó en el considerando de este concepto, 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 Acuerdo 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.

Adicionalmente, resulta a bien recalcar que el “Manual para el 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 de dicho manual no exime a la entidad de deber de conocer y aplicar cada Acuerdo Comercial.

 Finalmente, para los efectos es importante indicar que en caso de que existan 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 el competente para resolver dichos asuntos, en virtud de las facultades que le otorgó el Legislador a través del artículo 10 del Decreto Ley 210 de 2003, compilado con el Decreto 1074 de 2015.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

****

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nasly Yeana Mosquera RivasAnalista T2–06 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Carolina Armenta CelisContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-1)
2. DON WALLACE. *The changing world of national procurement systems: global reformation.* Public procurement law review 4.2, 1995: 57-62. [↑](#footnote-ref-2)
3. SUE ARROWSMITH; LINARELLI, John; WALLACE, Don. Regulation public procurement-national and international perspectives. Kluwer Law International BV, 2000. [↑](#footnote-ref-3)
4. SUE ARROWSMITH. Public procurement: An appraisal of the UNCITRAL model law as a global standard. *International & Comparative Law Quarterly*, 2004, vol. 53, no 1, p. 17-46. [↑](#footnote-ref-4)
5. SOPE WILLIAMS-ELEGBE. The World Bank's influence on procurement reform in Africa. *African Journal of International and Comparative Law*, 2013, vol. 21, no 1, p. 95-119; SOPE WILLIAMS-ELEGBE. Public Procurement and Multilateral Development Banks: Law, Practice and Problems. Bloomsbury Publishing, 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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 Republica debe: “Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá́ 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-6)
7. Numeral 10 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. 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-9)