**CCE-DES-FM-17**

**TRATADOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad**

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

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

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

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

Así las cosas, el problema jurídico central de su consulta se puede abordar a partir de la determinación de lo que contiene expresamente el Apéndice 1 del Anexo XII del acuerdo comercial entre la República de Colombia y la Unión Europea, siguiendo lo dicho por el Informe del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio en el asunto «Corea – Medidas que afectan a la contratación pública»: «A nuestro juicio, los Miembros determinan, en sus negociaciones, el alcance de sus compromisos tal y como se expresan en los Apéndices […] Por consiguiente, tenemos, en primer lugar, que examinar qué entidades están de hecho enumeradas en la Lista de Corea».

**TRATADOS COMERCIALES – CONTRATACIÓN PÚBLICA CUBIERTA – Unión Europea – Aeronáutica Civil**

En otras palabras, la contratación de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil está, por regla general, cubierta por las obligaciones de los artículos 175-1 y 175-2 del acuerdo comercial con la Unión Europea. Sin embargo, esto es así con excepción de la contratación relacionada con (i) la infraestructura para el sistema aeroportuario (ii) la infraestructura para el sistema nacional del espacio aéreo, en relación con las cuales no emana obligación alguna del acuerdo.

Bogotá D.C., **26/11/2020 Hora 19:48:37s**

# N° Radicado: 2202013000011751

Señor

# Jorge Antonio González Ayus

Montería, Córdoba

# Concepto C ‒ 694 de 2020

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | TRATADOS COMERCIALES – Fuentes – Aplicabilidad / TRATADOS COMERCIALES – Contratación pública cubierta – Noción / CONTRATACIÓN PÚBLICA CUBIERTA – Unión  Europea – Aeronáutica Civil / TRATADOS COMERCIALES – Contratación pública cubierta – Derecho interno – Régimen de Contratación |
| **Radicación:** | Respuesta a las consultas 4202012000009379, 4202012000009380, 4202012000009381 |

Estimado señor González:

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 16 de octubre de 2020.

# Problema planteado

Usted formula las siguientes preguntas: i) «¿Se puede asegurar jurídicamente que sí, el Consejo de Estado establece en concepto 2300 de 28 de septiembre de 2016, que no es procedente acudir a las modalidades especiales de selección de contratista para celebrar contratos destinados a garantizar la seguridad aérea o aeroportuaria, adoptada mediante la Resolución 4978 de 2001 por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con fundamento en el artículo 54 de la ley 105 de 1993 que remite al artículo 38 de la ley 80 de 1993 por cuanto esta última norma fue derogada por el artículo 73 de la ley 1341 de 2009, y que el artículo 54 de ley 105 de 1993 extendió la aplicación del artículo 38 de la ley 80 de 1993 a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de manera que al haber quedado derogado este último artículo, se deduce que la remisión normativa, comentada en los puntos 1 y 2, carece de contenido y por consiguiente, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil ha dejado de tener su régimen especial de contratación en los eventos previsto en la ley anterior y como entidad especializada adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, como la califica el artículo 1° del decreto 260 de 2004 es decir, como entidad estatal que debe someterse al estatuto general de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993 y sus normas concordantes y complementarias? Es decir, que, ¿Lo que se menciona en los puntos 1 y 2, ya no es vigente y no se aplica a las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo?».

1. «¿La información contenida en el manual M-MACPC-14, goza de vigencia que puede ser tenido en cuenta para ser utilizado como guía para determinar los Acuerdos Comerciales aplicables en un Proceso de Contratación?».
2. «¿La excepción No. 44 comentada, que hace referencia a que los Procesos de Contratación de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL– relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo, no están cubiertas por el Acuerdo Comercial de la Unión Europea, corresponde a todos los procesos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil –AEROCIVIL, que se relacionen con licitaciones públicas para ejecución de infraestructura en las pistas de los terminales aéreos y a los concursos de mérito abierto para los estudios y diseños asociados a esas pistas?».
3. «¿Existe algún tipo de interpretación para el tipo de proceso de selección que se cita en la excepción del Acuerdo Comercial Propio y el manual M-MACPC-14, diferente a las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo?».
4. «¿Qué se entiende por contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo, es decir, que ejemplos de concurso de mérito abierto se considera incluido en esa condición?».
5. «[…] ¿Las excepciones comentas en el Manual M-MACPC-14, específicamente la 44 de anexo 4, queda sin valides y se podría interpretar que no debe afectar los procesos de las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo?».

# Consideraciones

Para desarrollar el problema planteado, es necesario explicar: i) la vigencia y cobertura de los tratados o acuerdos comerciales en la contratación pública y ii) tratamiento de las excepciones en los acuerdos comerciales.

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, y C–613 del 26 de octubre de 2020. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiterarán a continuación y se complementarán en lo pertinente.

# Contratación pública y tratados internacionales

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

«revolución global»[[2]](#footnote-2).

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

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

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

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

# Contratación pública cubierta y tratamiento de las excepciones en los acuerdos comerciales: el caso de la aeronáutica civil en el acuerdo comercial con la Unión Europea

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

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

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

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

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

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

Por ello, para determinar si la contratación de la Aeronáutica Civil se encuentra cubierta o no por el Acuerdo Comercial con la Unión Europea, es necesario observar el contenido del mismo. Las partes acordaron en el artículo 173 del Título VI del acuerdo comercial sobre «Contratación Pública», que «1. Este Título se aplica a cualquier medida adoptada por una Parte relativa a la contratación pública cubierta». A su vez, en el numeral 2 de ese mismo artículo se pactó que «Para los efectos del presente Título, por «contratación pública cubierta» se entiende la contratación realizada para propósitos gubernamentales de mercancías, servicios, o cualquier combinación de éstos de conformidad con lo especificado, respecto de cada Parte, en el Apéndice 1 del Anexo XII (Contratación Pública)».

Así las cosas, el problema jurídico central de su consulta se puede abordar a partir de la determinación de lo que contiene expresamente el Apéndice 1 del Anexo XII del acuerdo comercial entre la República de Colombia y la Unión Europea. Para el caso que se analiza, en el Anexo XII, Apéndice 1 «cobertura sobre contratación estatal», Sección A

«Colombia», Subsección 1 «Entidades del Nivel Central del gobierno», se puede observar que los compromisos del Estado Colombiano en materia de la Aeronáutica Civil son los siguientes:

Notas a esta subsección

1. Están cubiertos todos los ministerios y los departamentos administrativos. A menos que se disponga lo contrario, el Título VI del presente Acuerdo se aplica a las superintendencias, unidades administrativas especiales, y los establecimientos públicos de las entidades listadas en esta subsección.

[…]

6. Ministerio del Transporte. En las contrataciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (AEROCIVIL), solo se aplicará el artículo 175, párrafos 1 y 2, del Título VI del presente Acuerdo, con excepción de las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo, las cuales no están cubiertas por el Título VI del presente Acuerdo.

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

No obstante, la nota 6 a esta subsección aclara que en las contrataciones de la Aeronáutica Civil solamente se aplican los párrafos 1 y 2 del artículo 175 del Título VI del acuerdo, relacionadas con el estándar de protección de trato nacional. Así las cosas, por regla general, la contratación pública de la Aeronáutica Civil está cubierta, pero solamente en relación con las obligaciones que emanan del citado artículo 175, párrafos 1 y 2. Ahora bien, esta regla general tiene una regla de excepción, pues «las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo», no están cubiertas por el Título VI del Acuerdo.

En otras palabras, la contratación de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil está, por regla general, cubierta por las obligaciones de los artículos 175-1 y 175-2 del acuerdo comercial con la Unión Europea. Sin embargo, esto es así con excepción de la contratación relacionada con (i) la infraestructura para el sistema aeroportuario, (ii) la infraestructura para el sistema nacional del espacio aéreo, en relación con las cuales no surge obligación alguna del acuerdo.

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

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

Artículo 31. Regla general de interpretación.

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

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

Lo explicado hasta este punto en relación con lo pactado en el Acuerdo Comercial con la Unión Europea explica el contenido del Manual, pues, en la página 6 del mismo se indica:

Adicionalmente, algunas Entidades Estatales deben conceder trato nacional a los bienes y servicios extranjeros, según lo señalado en cada Acuerdo Comercial, sin que tengan que cumplir las demás obligaciones del Acuerdo Comercial. […] Igual tratamiento tienen los Procesos de Contratación de la Aeronáutica Civil cubiertos por los Acuerdos Comerciales con la Unión Europea y con Costa Rica.

En este aparte del manual se explicó la regla general de la contratación cubierta de la Aeronáutica Civil en el Acuerdo Comercial con la Unión Europea: las derivadas del artículo 175 párrafos 1 y 2 relacionada con el trato nacional. De otra parte, en el Anexo 4: Lista de excepciones a la aplicación de los Acuerdos Comerciales, se puede leer:

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

En este otro aparte del manual se explica la regla de excepción de la contratación de la Aeronáutica Civil en el Acuerdo Comercial con la Unión Europea: están completamente excluidas las contrataciones de la UAEAC relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo, en los términos explicados en este concepto.

# Obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano no modifica el régimen nacional de contratación de las entidades estatales

El ordenamiento jurídico colombiano contempla como categoría única la noción de

«contratos estatales», pero acepta la posibilidad de que dichos contratos tengan regímenes jurídicos diferenciados. En virtud de ello se afirma que hay contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y disposiciones complementarias– y contratos estatales sometidos a reglas especiales. Una decisión hito[[7]](#footnote-7) en este sentido es un Auto de 20 de agosto de 1998[[8]](#footnote-8) del Consejo de Estado en el cual esa corporación señaló[[9]](#footnote-9):

A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.

El Consejo de Estado identificó la existencia de un único tipo de contrato, el contrato estatal, pero dos grandes categorías que responden a su régimen jurídico: contrato estatal propiamente dicho con un régimen jurídico de derecho público- administrativo y contrato estatal especial, con un régimen jurídico especial, por regla general de derecho privado.

Los ejemplos que podrían ofrecerse para una y otra categoría son múltiples. Sin embargo, para los propósitos de este concepto jurídico interesa traer a colación el artículo

54 de la Ley 105 de 1994 que otorgó un régimen de contratación especial a la Aeronáutica Civil. El citado artículo prescribe:

ARTÍCULO 54. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. La Unidad

Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993.

Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.

Los gastos de funcionamiento e inversión de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se ejecutarán indistintamente con los recursos propios y los aportes del presupuesto nacional.

Así las cosas, de conformidad con la Ley 105 de 1993, la AEROCIVIL tendría el mismo régimen de contratación establecido para las entidades que presente el servicio de telecomunicaciones de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993. Este régimen especial resultaba aplicable para «obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria». Esta remisión normativa al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública hace necesario citar el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, que dispone:

ARTÍCULO 38. DEL RÉGIMEN ESPECIAL PARA LAS ENTIDADES ESTATALES QUE PRESTAN EL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES.

Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley.

Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración.

Los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

En principio, de la lectura integrada de estas normas puede concluirse que, bajo la vigencia de estas, la Aeronáutica Civil tenía un régimen de contratación que puede categorizarse como especial, al menos para ciertos objetos contractuales, en la medida en que estos no estaban «sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley. No obstante, en la medida que el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica que:

Ahora bien, el artículo 54 de la Ley 105 de 1993 extendió la aplicación del artículo 38 de la Ley 80 de 1993 a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de manera que al haber quedado derogado este último artículo, se deduce que la remisión normativa carece de contenido y por consiguiente, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil ha dejado de tener su régimen especial de contratación en los eventos previstos en la ley anterior, y como entidad especializada, adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, como la califica el artículo 1º del Decreto 260 de 2004, es decir, como entidad estatal que es, debe someterse al Estatuto General de contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993 y sus normas concordantes y complementarias.

Podría argüírse que otra interpretación atendería a sostener la aplicación del régimen de contratación establecido por el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, es decir, el régimen de derecho privado.

Sin embargo, la Sala no comparte esta eventual interpretación porque la norma del artículo 54 de la Ley 105 de 1993 remite a los proveedores estatales de servicios y actividades de telecomunicaciones contemplados en el artículo 38 de la Ley 80 de 1993, y por lo tanto, la remisión que hizo dicho artículo 54 no alude al régimen de los proveedores de servicios de telecomunicaciones en general sino al de aquellos a los que se refiere de manera precisa el citado artículo 38, ahora derogado.

La razón justificativa de dicho artículo 38 era permitir a los proveedores de servicios de telecomunicaciones con participación pública mayoritaria que pudieran tener mayor flexibilidad en el régimen de contratación para garantizar su existencia en esos servicios sometidos al mercado de la competencia. Esta apreciación no parece ser aplicable en el caso de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Con ello, para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el régimen especial de contratación de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se encuentra derogado y, en consecuencia, «como entidad estatal que es, debe someterse al Estatuto General de contratación de la Administración Pública». Ahora bien, es importante poner de presente que la modificación de las normas internas en materia de contratación estatal no tiene el efecto de alterar las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano. El derecho nacional, a pesar ser relevante en muchos aspectos de derecho internacional, no tiene el efecto de modificar las obligaciones internacionales que se derivan de un Tratado Internacional[[10]](#footnote-10). En esta materia es importante recordar que los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establecen lo siguiente:

Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo.

Una de las partes de un tratado internacional, como es Colombia en el caso consultado, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Como consecuencia, del hecho de que los contratos de cierta entidad dejen de ser considerados estatales propiamente dichos para pasar a ser considerados contratos estatales especiales, no se deriva que los compromisos sean más flexibles a nivel internacional, o que la entidad no debe cumplir con los estándares de protección acordados con el del trato nacional. De igual manera, del hecho de que el régimen jurídico de contratación de una entidad estatal varíe, y sus contratos dejen de ser considerados contratos estatales especiales para pasar a ser contratos estatales propiamente dichos, no se concluye que las obligaciones adquiridas por el Estado a nivel internacional aumenten con ello.

Como se indicó, la contratación pública cubierta para cada acuerdo comercial solamente puede ser determinada con base en cada instrumento normativo de derecho internacional de manera independiente, sin que para ese análisis resulte relevante el régimen de contratación asignado a la correspondiente Entidad Estatal en el nivel nacional.

En resumen, una modificación en el derecho interno no tiene la potencialidad de modificar el régimen de los tratados de derecho internacional celebrados por el Estado colombiano. Como consecuencia, la modificación del régimen de contratación –de especial a propiamente dicho o viceversa– no implica, en principio, una alteración de la contratación pública cubierta en los acuerdos comerciales celebrados con otros estados u organizaciones internacionales.

# Respuesta

* 1. «¿Se puede asegurar jurídicamente que sí, el Consejo de Estado establece en concepto 2300 de 28 de septiembre de 2016, que no es procedente acudir a las modalidades especiales de selección de contratista para celebrar contratos destinados a garantizar la seguridad aérea o aeroportuaria, adoptada mediante la Resolución 4978 de 2001 por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con fundamento en el artículo 54 de la ley 105 de 1993 que remite al artículo 38 de la ley 80 de 1993 por cuanto esta última norma fue derogada por el artículo 73 de la ley 1341 de 2009, y que el artículo 54 de ley 105 de 1993 extendió la aplicación del artículo 38 de la ley 80 de 1993 a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de manera que al haber quedado derogado este último artículo, se deduce que la remisión normativa, comentada en los puntos 1 y 2, carece de contenido y por consiguiente, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil ha dejado de tener su régimen especial de contratación en los eventos previsto en la ley anterior y como entidad especializada adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, como la califica el artículo 1° del decreto 260 de 2004 es decir, como entidad estatal que debe someterse al estatuto general de contratación de la administración pública, la ley 80 de 1993 y sus normas concordantes y complementarias? Es decir, que, ¿Lo que se menciona en los puntos 1 y 2, ya no es vigente y no se aplica a las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo?».

Del hecho de que los contratos de cierta entidad dejen de ser considerados estatales propiamente dichos para pasar a ser considerados contratos estatales especiales, no se deriva que los compromisos sean más flexibles a nivel internacional, o que la entidad no deba cumplir con los estándares de protección acordados con el del trato nacional, por ejemplo. De igual manera, del hecho de que el régimen jurídico de contratación de una entidad estatal varíe, y sus contratos dejen de ser considerados contratos estatales especiales para pasar a ser contratos estatales propiamente dichos, no se concluye que las obligaciones adquiridas por el Estado a nivel internacional aumenten con ello.

Como se indicó, la contratación pública cubierta para cada acuerdo comercial solamente puede determinarse con base en cada instrumento normativo de derecho internacional de manera independiente, sin que para ese análisis resulte relevante el régimen de contratación asignado a la correspondiente entidad estatal por el derecho interno.

En resumen, una modificación en el derecho nacional no modifica los tratados internacionales celebrados por el Estado colombiano. Como consecuencia, la modificación del régimen de contratación no implica una alteración de la contratación pública cubierta en los acuerdos comerciales celebrados con otros Estados u organizaciones internacionales. Para el caso concreto, esto implica que la cobertura de la Aeronáutica Civil en el acuerdo comercial con la Unión Europea no ha variado por el hecho de que su régimen de contratación, según concepto del Consejo de Estado, haya dejado de ser especial para estar sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

* 1. «¿La información contenida en el manual M-MACPC-14, goza de vigencia que puede ser tenido en cuenta para ser utilizado como guía para determinar los Acuerdos Comerciales aplicables en un Proceso de Contratación?».

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

Así lo indicó esta Subdirección en el Concepto con radicado No. 2201913000008425 del 13 de noviembre de 2019, «Las entidades estatales pueden hacer uso del “Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación”, expedido por Colombia Compra Eficiente como herramienta orientadora para conocer la cobertura de los Acuerdos Comerciales y los plazos correspondientes.

Sin embargo, el uso del manual no exime a la entidad del deber de conocer y aplicar cada Acuerdo Comercial». Lo anterior permite decir que el Manual es una herramienta de orientación, pero no exime a las entidades estatales de verificar la cobertura y aplicar los acuerdos comerciales que resulten obligatorios en el correspondiente procedimiento de selección.

* 1. «¿La excepción No. 44 comentada, que hace referencia a que los Procesos de Contratación de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL– relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo, no están cubiertas por el Acuerdo Comercial de la Unión Europea, corresponde a todos los procesos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil –AEROCIVIL, que se relacionen con licitaciones públicas para ejecución de infraestructura en las pistas de los terminales aéreos y a los concursos de mérito abierto para los estudios y diseños asociados a esas pistas?».

Las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo no están cubiertas por el Acuerdo Comercial con la Unión Europea. Sobre esto se debe anotar que el Acuerdo Comercial excluye «las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo» sin hacer ninguna consideración ulterior o especial sobre el tipo de proceso de selección o el objeto contractual de dichas «contrataciones». De lo anterior se deriva que dentro de la excepción del Acuerdo se encuentran incluidas todas «las contrataciones» sin importar el particular objeto del contrato o la modalidad de selección del contratista –licitación o concurso de méritos– que debe adelantar la entidad de conformidad con la legislación interna. Lo anterior, claro está, siempre que se trate de contrataciones relacionadas con la i) la infraestructura para el sistema aeroportuario o ii) la infraestructura para el sistema nacional del espacio aéreo, en relación con las cuales no surge obligación alguna del acuerdo.

* 1. «¿Existe algún tipo de interpretación para el tipo de proceso de selección que se cita en la excepción del Acuerdo Comercial Propio y el manual M- MACPC-14, diferente a las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo?».
  2. «¿Qué se entiende por contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo, es decir, que ejemplos de concurso de mérito abierto se considera incluido en esa condición?».

En la actualidad no existe una interpretación oficial sobre el tipo de proceso de selección o un significado preciso o «diferente» de «contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio

aéreo». Sobre esto se recuerda que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aprobada por la Ley 32 de 1985, señala en su artículo 31 lo siguiente:

31. Regla general de interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

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

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

En relación con la presentación de ejemplos concretos se recuerda que, de conformidad con los artículos 3 numeral 5, y 11 numeral 8 del Decreto 4170 de 2011, corresponde a la agencia y a esta subdirección la competencia de «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general», lo que, por definición, no se extiende a su aplicación a casos concretos, a la resolución de controversias, o a brindar asesorías puntuales, como las relativas a la estructuración de los contratos o negocios jurídicos que celebrarán las entidades estatales.

* 1. «[…] ¿Las excepciones comentas en el Manual M-MACPC-14, específicamente la 44 de anexo 4, queda sin valides y se podría interpretar que no debe afectar los procesos de las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo?».

La contratación de la Aeronáutica Civil, en tanto Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Transporte, estaría en principio cubierta por el acuerdo comercial con la Unión Europea, pues se trata de una unidad administrativa especial adscrita a una entidad cubierta, esto es, el Ministerio de Transporte.

No obstante, la nota 6 a esta subsección aclara que en las contrataciones de la Aeronáutica Civil solamente se aplican los párrafos 1 y 2 del artículo 175 del Título VI del acuerdo, relacionadas con el estándar de protección de trato nacional. Así las cosas, por regla general, la contratación pública de la Aeronáutica Civil está cubierta, pero solamente en relación con las obligaciones que surgen del citado artículo 175, párrafos 1 y 2. Ahora bien, esta regla general contiene excepciones, pues «las contrataciones relacionadas con la infraestructura para el sistema aeroportuario o para el sistema nacional del espacio aéreo», no están cubiertas por el Título VI del Acuerdo.

En otras palabras, la contratación de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil está, por regla general, cubierta por las obligaciones de los artículos 175-1 y 175-2 del acuerdo comercial con la Unión Europea. Sin embargo, esto es así con excepción de la contratación relacionada con i) la infraestructura para el sistema aeroportuario y ii) la infraestructura para el sistema nacional del espacio aéreo, en relación con las cuales no emana obligación alguna del acuerdo. Por tanto, el contenido del anexo 4 en su numeral 44 conserva validez, pues el contenido del Manual –página 6– y sus anexos –anexo 4– deben leerse de manera conjunta.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Sebastián Barreto Cifuentes  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE |

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

   Public procurement law review 4.2, 1995: 57-62. [↑](#footnote-ref-1)
2. 2 SUE ARROWSMITH; LINARELLI, John; WALLACE, Don. Regulation public procurement- national and international perspectives. Kluwer Law International BV, 2000. [↑](#footnote-ref-2)
3. 3 SUE ARROWSMITH. Public procurement: An appraisal of the UNCITRAL model law as a global standard. *International & Comparative Law Quarterly*, 2004, vol. 53, no 1, p. 17-46. [↑](#footnote-ref-3)
4. SOPE WILLIAMS-ELEGBE. The World Bank's influence on procurement reform in Africa. *African Journal of International and Comparative Law*, 2013, vol. 21, no 1, p. 95-119; SOPE WILLIAMS-ELEGBE. Public Procurement and Multilateral Development Banks: Law, Practice and Problems. Bloomsbury Publishing, 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Concepto de 13 de abril de 2020, radicado: No. 1-2020-005897. [↑](#footnote-ref-5)
6. Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Concepto de 13 de abril de 2020, radicado: No. 1-2020-005897. [↑](#footnote-ref-6)
7. Diego Eduardo López Medina. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Legis, 2006. [↑](#footnote-ref-7)
8. Juan Carlos Expósito Vélez, Definición de los «Contratos Estatales». Contratos Estatales propiamente dichos y Contratos Estatales Especiales. Regulación del Contrato suscrito con entidades estatales. Jurisidcción Competente. En: Andrés Fernando Ospina Garzón. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Colombiana. Universidad Externado de Colombia, 2013 [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 20 de Agosto de 1998, expediente: 14.202. [↑](#footnote-ref-9)
10. Shaw, Malcolm N. "International law". Sixth Edition. (2017). Cambridge. P. 129. [↑](#footnote-ref-10)