**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones** **‒** **Ámbito temporal**

[…] la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. En primer lugar, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. En segundo lugar, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición ‒ Contratación directa ‒ Alcance – Excepciones**

[…] la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos y sistematizó las causales de contratación directa..

[…] las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas de manera taxativa en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado, examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES** **‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dado que el legislador no distingue, la prohibición también aplica a las entidades descentralizadas indirectas, esto es, las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, como por ejemplo las ESALES derivadas de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998. La restricción tampoco se encuentra condicionada por la ejecución de recursos en el marco de los respectivos contratos o el origen de estos, de manera que aplica independientemente de que el contrato implique o no la ejecución de recursos o si los recursos destinados son de naturaleza pública o privada.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES- Prohibición del artículo 33 – Empresas industriales y comerciales del Estado – aplicación**

las empresas industriales y comerciales del estado y las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas no pueden adquirir los suministros de bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad por contratación directa sino por mecanismos competitivos que impliquen convocatoria pública y la posibilidad de pluralidad de oferentes, pero, «es obvio que si una de estas entidades va a prestar un servicio a un particular, lo puede hacer, pues estos se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de igualdad. Si se supusiera que está prohibida su contratación directa, significaría la parálisis de tal actividad de interés público, lo que de ninguna manera es lo querido por la ley 996 de 2005».

**SOCIEDAD SERVICIOS POSTALES NACIONALES – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación**

Servicios Postales Nacionales S.A.S, antigua filial de Adpostal –extinta empresa industrial y comercial del Estado–, es una «sociedad pública» o sociedad entre entidades públicas, cuenta con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, está vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y fue creada bajo la forma de sociedad anónima con composición mayoritaria estatal. Así mismo, desarrolla su objeto social en un entorno de competencia con empresas del sector privado que se dedican a actividades de servicios postales en el mercado, según se desprende de lo preceptuado por el artículo 1 de la Ley 1369 de 2009. […] Servicios Postales Nacionales S.A. es además una entidad pública descentralizada indirecta, que forma parte de la Rama Ejecutiva. Su organización, funcionamiento y en general el régimen jurídico de sus actos y contratos es el previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado con las excepciones que consagre específicamente la Ley, de acuerdo con los artículos 85, 86 y 93 de la Ley 489 de 1998. En consecuencia, […] se rige en su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias que regulan sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 263 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal –artículo 13 de la Ley 1150 de 2007–.

.

****

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá D.C., 8 de junio de 2022

Señora

**María Camila Ríos Oliveros**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 373 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones ‒ Ámbito temporal / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ─ Prohibición ‒ Contratación directa ‒ Alcance – Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición del artículo 33 ‒ Destinatarios / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES- Prohibición del artículo 33 – Empresas industriales y comerciales del Estado – aplicación / SOCIEDAD SERVICIOS POSTALES NACIONALES – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220426004096 |

Estimada señora Ríos:

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 la consulta radicada el 27 de abril de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted plantea los siguientes interrogantes:

«1- ¿Servicios Postales Nacionales S.A.S. 472 como Operador Postal Oficial concesionario del servicio de correo, le aplica un régimen jurídico especial para la contratación de arrendamientos durante la vigencia de la ley de garantías, por tratarse de una sociedad comercial que tiene obligaciones contractuales asociadas a los puntos de venta a nivel nacional y la necesidad garantizar el acceso y prestación del servicio público postal y sus obligaciones de cara a la población en materia de cobertura y acceso a los servicios? ¿ puede 4-72 celebrar contratos de arrendamiento de puntos de venta mediante contratación directa en vigencia de la Ley de garantías para cumplir las obligaciones del contrato de concesión o esta es una excepción de cumplimiento contractual»

» 2- En caso de qe la respuesta a la anterior pregunta sea negativa, sírvase indicar ¿Qué modalidad de contratación puede utilizar Servicios Postales Nacionales S.A.S. 472 para cumplir con las obligaciones legales que garanticen el derecho fundamental al acceso a la conmunicación en materia de contratos de arrendamiento de sus puntos de venta? ¿ Cuándo no existe pluralidad de oferentes para celebrar contratos de arrendamiento en un municipio determinado, como se debe proceder para garantizar esta obligación definida en un contrato de concesión?

» 3- En materia de arrendamiento de otro tipo de inmuebles (no puntos de venta) pero para el cumplimiento y ejecución de un contrato comcercial, es decir, cuando se requiere un arrendamiento con motivo de un contrato comercial suscrito con un cliente que así lo exija, ¿existe alguna excepción durante la ley de garantías o la empresa debe limitar su actividad comercial durante este periodo con los riesgos asociados de pérdida de ingresos frente a operadores postals privados?»

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. 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. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato estatal en específico.

 Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales, ii) restricciones para elecciones presidenciales, iii) destinatarios de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 y iv) régimen de contratación de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A.S y aplicación de la Ley de Garantías Electorales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-337 del 13 de julio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-391 del 11 de agosto de 2021, C-396 del 13 de agosto de 2021, C-401 del 10 de agosto de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre de 2021, C-481 del 98 de septiembre de 2021, C-495 del 15 de septiembre de 2021, C-497 del 15 de septiembre de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-528 del 27 de septiembre de 2021, C-543 del 9 de noviembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-557 del 7 de octubre de 2021, C-563 del 8 de octubre de 2021, C-606 del 3 de noviembre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, C-634 del 11 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, C-674 del 6 de diciembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-699 del 6 de enero de 2022, C-700 del 6 de enero de 2021, C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-715 del 21 de enero de 2022, C-718 del 24 de enero de 2022, C-726 del 24 de enero de 2022, C-023 del 22 febrero de 2022 y C-329 del 24 de mayo de 2022. Por su parte, en el Concepto C-374 del 16 de septiembre de 2021, la Agencia se refirió, puntualmente, a la aplicación de las restricciones de la Ley de Garantías con respecto a la contratación realizada por Servicios Postales Nacionales. A continuación, las tesis expuestas en estos conceptos se reiterarán y complementarán en lo pertinente.

**2.1. Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[2]](#footnote-2).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[[3]](#footnote-3). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

[…] la definición de reglas claras que permitan acceder a los canales de expresión democrática de manera efectiva e igualitaria. El objetivo de una ley de garantías es definir esas reglas.

[…]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan[[4]](#footnote-4).

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5) y del Consejo de Estado[[6]](#footnote-6), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador[[7]](#footnote-7).

 De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[8]](#footnote-8).

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»[[9]](#footnote-9). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38[[10]](#footnote-10).

De conformidad con lo anterior, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, señaló que, para que la garantía sea plena, era necesario que la prohibición se aplicara para el Presidente o el Vicepresidente desde que estos –estando en ejercicio de su cargo– manifiesten el interés de ser candidato presidencial, lo cual debe ocurrir seis meses antes de la elección en primera vuelta, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua, conforme al artículo 197 de la Constitución Política.

**2.2. Restricciones en elecciones presidenciales**

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión «queda prohibida la contratación directa». A propósito de esta restricción de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que:

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[[11]](#footnote-11).

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado ´contratación directa´ es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[[12]](#footnote-12). Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas. [...][[13]](#footnote-13) .

De acuerdo con el citado concepto, la prohibición del artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se refiere a «cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes», por lo que excluye las demás modalidades de contratación previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la mínima cuantía u otros previstos en normas especiales. Esta posición es congruente con la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo la selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos[[14]](#footnote-14) y sistematizó las causales de contratación directa[[15]](#footnote-15), además lo es con la posterior creación de la modalidad de mínima cuantía establecida actualmente en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con las modificaciones realizadas por leyes posteriores.

De esta forma, con fundamento en la evolución de la normativa sobre la contratación pública, se ha depurado la noción de «contratación directa», precisando el Consejo de Estado –en el concepto citado– que, «aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[[16]](#footnote-16), han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

En efecto, vale la pena mencionar que, en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye «contratación directa», es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera pública, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes[[17]](#footnote-17).

Como se advierte de lo anterior, el Consejo de Estado realiza una interpretación amplia de la contratación directa, para efectos de aplicar las restricciones establecidas en la Ley de Garantías, al señalar que no solo aplica frente a las entidades sometidas al Estatuto general de Contratación de la Administración Pública, sino también frente a las entidades que tengan un régimen especial de contratación. No obstante, también se observa que luego de la expedición de Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado comenzó a delimitar con mayor precisión el término de «contratación directa».

 Así las cosas, ha de entenderse que, para los efectos de la Ley de Garantías Electorales y, en particular, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, «contratación directa» es cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes[[18]](#footnote-18).

De lo anterior se desprende que la restricción aplica, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la misma ley, para celebrar cualquier contrato de forma directa, esto es, sin que exista un proceso abierto y competitivo. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la contratación de mínima cuantía, razón por la cual en el período preelectoral de que trata la disposición las entidades públicas pueden seguir contratando bajo estos sistemas.

Como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Agencia, las prórrogas, modificaciones o adiciones de los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de las prohibiciones anotadas, así como la cesión de los mismos, pueden tener lugar en el período de aplicación de la Ley de Garantías, sin que ello haga nugatoria la restricción de la contratación directa y siempre que cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.

De otro lado, las excepciones a la restricción prevista en la Ley de Garantías, con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, se encuentran consagradas expresamente en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 en lo referente a: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

En esta labor es importante tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en Sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005, que «si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos, cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación»[[19]](#footnote-19). De ahí que la Corte haya hecho particular énfasis en que las excepciones a la restricción protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas, que tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre los candidatos como garantía electoral.

**2.3. Destinatarios de la restricción del artículo 33 de la Ley 996 de 2005**

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 los señala expresamente, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1727 del 20 de febrero de 2006, consideró que el artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica incluso a las entidades estatales con régimen especial de contratación y que están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como por ejemplo «los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma»[[20]](#footnote-20).

De igual forma, en Concepto con radicado 1738 del 6 de abril de 2006, esa misma Corporación manifestó que «Las restricciones de la Ley de Garantías en materia de contratación directa y celebración de convenios interadministrativos, se aplican a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, salvo cuando la celebración de un convenio interadministrativo sea ordenada, para ambas partes, por el Legislador»[[21]](#footnote-21). Además, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado realizó la siguiente distinción, retomando el pronunciamiento de la misma sala del 20 de febrero de 2006, citado anteriormente:

En el concepto No. 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, ésta Sala distinguió dos clases de contratos en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios: unos, en los que la posición de la empresa es la de consumidora de las prestaciones objeto del contrato, que utiliza para la prestación de los servicios a su cargo, y los otros, en los que la empresa entrega esos servicios a los usuarios, conforme a unas reglas uniformes para todos ellos y sin que haya privilegios o tratos desiguales. En los primeros contratos, es claro que la empresa debe adquirir esos bienes previa licitación pública, según se expuso anteriormente, pero en el segundo caso, las empresas no pueden dejar de entregar los servicios públicos a su cargo a nuevas personas, ni dejar de renovar los contratos existentes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que incluso podría desconocer los derechos fundamentales.

Aplicando este razonamiento a los establecimientos de crédito, a las sociedades de servicios financieros y a las entidades aseguradoras, encontramos que no pueden adquirir los suministros de bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad por contratación directa sino por el mecanismo de la licitación pública, pero es obvio que si una de éstas entidades va a prestar un servicio financiero o de seguros a un particular, lo puede hacer, pues éstos se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de igualdad. Si se supusiera que está prohibida su contratación directa, significaría la parálisis de tal actividad de interés público, lo que de ninguna manera es lo querido por la ley 996 de 2005[[22]](#footnote-22).

De acuerdo con estos pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la prohibición de la contratación directa también aplica frente a las entidades exceptuadas de la aplicación del EGCAP y que se rigen en materia contractual por el derecho privado. Sin embargo, señaló que algunas de estas entidades, como sucede con las empresas de servicios públicos domiciliarios, los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros y las entidades aseguradoras no pueden adquirir los suministros de bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad por contratación directa, sino por mecanismos competitivos que impliquen convocatoria pública y la posibilidad de la existencia de pluralidad de oferentes, pero indicó que en estos casos «las empresas no pueden dejar de entregar los servicios públicos a su cargo a nuevas personas, ni dejar de renovar los contratos existentes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que incluso podría desconocer los derechos fundamentales»[[23]](#footnote-23).

Sin perjuicio de estos pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, como la ha señalado esa misma Corporación, la restricción prevista en la Ley 996 de 2005 cobija a cualquier entidad pública independiente del régimen jurídico, que pueda mediante la contratación directa romper el equilibrio entre los candidatos en desarrollo de las elecciones presidenciales. Tampoco existe un supuesto de exoneración a la prohibición por tener un régimen especial de los actos o contratos, pues, la posibilidad de que los entes del Estado utilicen la contratación con fines políticos, esto es, con la intención de influir a los electores y alterar la voluntad popular en las contiendas electorales, puede presentarse tanto en la contratación regulada por la Ley 80 de 1993 como en la regida por normas especiales.

**2.4.** **Régimen de contratación de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A.S y aplicación de la Ley de Garantías Electorales**

Servicios Postales Nacionales S.A.S, antigua filial de Adpostal –extinta empresa industrial y comercial del Estado–[[24]](#footnote-24), es una «sociedad pública» o sociedad entre entidades públicas, cuenta con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, está vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y fue creada bajo la forma de sociedad anónima con composición mayoritaria estatal[[25]](#footnote-25). Así mismo, desarrolla su objeto social en un entorno de competencia con empresas del sector privado que se dedican a actividades de servicios postales en el mercado, según se desprende de lo preceptuado por el artículo 1 de la Ley 1369 de 2009[[26]](#footnote-26).

Ahora bien, el parágrafo primero del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta con una participación estatal superior al 90% de su capital, están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Este artículo 38, en concordancia con el artículo 68 de la citada ley, clasifica expresamente a las sociedades públicas dentro del sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. De otro lado, el artículo 49 de la misma ley se refiere a las condiciones y requisitos para la creación de estas entidades y organismos administrativos, y en su parágrafo dispone:

Artículo 49. Creación de organismos y entidades administrativas. […]

[…]

Parágrafo. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente Ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

Por su parte, sobre la constitución de entidades públicas por las empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 94 de la Ley 489 dispone, en lo pertinente:

Artículo 94. Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes:

1. Filiales de las Empresas Industriales y Comerciales.

Para los efectos de la presente Ley se entiende por empresa filial de una empresa industrial y comercial del Estado aquélla en que participe una empresa industrial y comercial del Estado con un porcentaje superior al 51% del capital total.

2. Características jurídicas.

Cuando en el capital de las empresas filiales participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada, la empresa filial se organizará como sociedad comercial de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio.

3. Creación de filiales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurran a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes.

4. Régimen jurídico.

El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria.

5. Régimen especial de las filiales creadas con participación de particulares.

Las empresas filiales en las cuales participen particulares se sujetarán a las disposiciones previstas en esta Ley para las sociedades de economía mixta.

6. Control administrativo sobre las empresas filiales.

En el acto de constitución de una empresa filial, cualquiera sea la forma que revista, deberán establecerse los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual se actúen[[27]](#footnote-27).

Por lo tanto, Servicios Postales Nacionales S.A. es además una entidad pública descentralizada indirecta, que forma parte de la Rama Ejecutiva. Su organización, funcionamiento y en general el régimen jurídico de sus actos y contratos es el previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado con las excepciones que consagre específicamente la Ley, de acuerdo con los artículos 85, 86 y 93 de la Ley 489 de 1998.

Esta inferencia en materia de contratos es reforzada por el artículo 8 de la Ley 1369 de 2009, el cual señala que «Todos los Operadores Postales tendrán el régimen contractual del Derecho Privado»; y por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 que exceptúa del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a las sociedades entre entidades públicas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado nacional o internacional o en mercados regulados, según se analizó en el acápite anterior.

En consecuencia, Servicios Postales Nacionales S.A. se rige en su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias que regulan sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 263 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal –artículo 13 de la Ley 1150 de 2007–.

De lo anterior la Agencia concluye que, dado que las restricciones a la contratación directa establecidas en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales, se aplican a todo tipo de entidad pública sin distingo alguno en cuanto al régimen de contratación aplicable, también cobijan la contratación que realice Servicios Postales Nacionales, como sociedad pública sometida en su actividad contractual al derecho privado.

En todo caso, cabe precisar que las restricciones contenidas en el artículo 33 mencionado se dirigen a proscribir la contratación en la que se prescinda de convocatoria pública y, por ende, la posibilidad de participación de pluralidad de oferentes, pero no prohíbe la celebración de cualquier tipo de contrato que se encuentre antecedido por un procedimiento abierto al público, durante el periodo preelectoral establecido en la norma.

En consecuencia, durante el período de la restricción establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, los contratos que celebre Servicios Postales Nacionales deberán estar precedidos de procedimientos con convocatoria pública que garanticen la posibilidad de participación de pluralidad de oferentes, lo cual excluye la «contratación directa» que es objeto de prohibición, con las excepciones previstas en el inciso segundo del artículo indiciado y en la situación que en el Concepto 374 de 2021 analizó esta Agencia, así:

Así las cosas, de conformidad con el numeral 4.1 del artículo de la Ley 1369 de 2009, a la sociedad Servicios Postales Nacionales en su calidad Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo le corresponde prestar de manera exclusiva: i) el Servicio Postal Universal, ii) la franquicia, iii) el servicio de giros internacionales y iv) el área de reserva.

El artículo 17 de la misma normativa consagra las obligaciones especiales a cargo del Operador Postal Oficial, entre las cuales se destacan las siguientes: i) no puede negarse a recibir del usuario remitente un envío de correspondencia u objeto postal que le sea entregado, siempre que se cumpla con las condiciones previstas en los reglamentos correspondientes y el usuario pague la tarifa establecida, y ii) no puede interrumpir ni suspender la prestación del Servicio Postal Universal, salvo por eventos de caso fortuito o fuerza mayor, o por «razones de orden público».

Cabe precisar que, según el artículo 15 de la Ley 1369 de 2009, la sociedad Servicios Postales Nacionales en su condición de Operador Postal Oficial, es la «única autorizada por la ley para prestar los servicios de correo a las entidades integrantes de la Rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial del poder público» y, en general, los servicios exclusivos de Operador Postal Oficial a todo el Estado.

Como puede apreciarse, el artículo 15 y demás normas de la Ley 1369 de 2009 solo autorizan a las entidades estatales a contratar con Servicios Postales Nacionales los servicios de correo y los servicios postales que, como Operador Postal Oficial, presta con exclusividad, los cuales, sin duda, resultan necesarios para el buen y cabal desarrollo de las funciones a cargo de dichas entidades, por cuanto la interrupción de este servicio podría traumatizar la administración pública, en detrimento de intereses públicos y los derechos ciudadanos cuya garantía está en cabeza de las autoridades.

Teniendo en cuenta el contexto anterior, vale la pena indicar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que, cuando excepcionalmente el contrato o convenio interadministrativo es ordenado por una ley, su celebración no resultaría violatorio de la restricción a la contratación directa contenida en la Ley 996 de 2005. Así lo manifestó en un caso similar al objeto de esta consulta en el que se le indagó a esa sala si en época de la restricción impuesta por la Ley de Garantías Electorales era viable que el Congreso de la República pudiera contratar directamente a la Imprenta Nacional, empresa industrial y comercial del Estado, la publicación de las gacetas de los proyectos de ley, con la finalidad de que se cumpliera con los trámites constitucionales y legales, teniendo en cuenta la existencia de un mandato legal.

[…]

Teniendo en cuenta el particular contexto legal descrito, Servicios Postales Nacionales y las entidades estatales, en los términos establecidos en la Ley 1369 de 2009, podrían celebrar o prorrogar, incluso en la época en que rige la Ley de Garantías Electorales, contratos interadministrativos cuyo objeto sea la prestación de los servicios postales oficiales que necesiten estas para el ejercicio de sus funciones y que se le confían a aquella en forma *exclusiva*, sin que la celebración excepcional de contratos con este alcance de lugar a desconocer las restricciones establecidas en materia contractual en la Ley de Garantías.

El contrato interadministrativo a celebrar para tal efecto regulará las relaciones jurídicas entre dos órganos del Estado que desarrollan sus obligaciones legales, por un lado, las entidades para cumplir las funciones que les son asignadas y, por el otro, Servicios Postales Nacionales para prestar un servicio público que le ha sido concesionado y que no podría ser contratado mediante un procedimiento competitivo, con convocatoria pública y pluralidad de oferentes, como sería una licitación pública o selección abreviada.

En consecuencia, a juicio de esta Agencia, la celebración de este contrato interadministrativo en épocas preelectorales no desconocería la restricción a la contratación directa o la prohibición de celebrar convenios interadministrativos contenidas por Ley 996 de 2005, pues resulta obligatorio para las dos partes en virtud de un mandato legal, en los términos establecidos en la Ley 1369 de 2009.

Lo anterior, sin perjuicio de distinguir los contratos para adquirir bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad, los cuales no puede celebrar en el periodo preelectoral mediante contratación directa, sino por mecanismos competitivos que impliquen convocatoria pública y la posibilidad de pluralidad de oferentes; de los contratos en los que Servicios Postales Nacionales S.A. presta sus servicios a los usuarios particulares en condiciones de acceso e igualdad, los cuales no puede dejar de celebrar directamente.

En todo caso, la Agencia advierte que en desarrollo del deber de planeación y de los principios de la función administrativa, las entidades públicas, estén o no sometidas a un régimen especial o excepcional de contratación, están obligadas a realizar las previsiones y análisis suficientes y necesarios para determinar la celebración de los contratos, teniendo en cuenta las limitaciones temporales y específicas que se presentan en torno a ciertas modalidades de contratación. Entre tales limitaciones se encuentran, sin duda, las prohibiciones derivadas de la Ley de Garantías Electorales, de manera que, con ocasión a su aplicación, deben ajustar la planificación contractual para no ver afectadas las condiciones de calidad, eficiencia, celeridad, continuidad, oportunidad, etc. del servicio público prestado.

**3. Respuesta**

A continuación, se procede emitir respuesta a los interrogantes planteados en la consulta en forma conjunta por su conexidad temática, no sin antes reiterar que resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario a esta Agencia, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal. Bajo el parámetro anterior, se responde:

«1- ¿Servicios Postales Nacionales S.A.S. 472 como Operador Postal Oficial concesionario del servicio de correo, le aplica un régimen jurídico especial para la contratación de arrendamientos durante la vigencia de la ley de garantías, por tratarse de una sociedad comercial que tiene obligaciones contractuales asociadas a los puntos de venta a nivel nacional y la necesidad garantizar el acceso y prestación del servicio público postal y sus obligaciones de cara a la población en materia de cobertura y acceso a los servicios? ¿Puede 4-72 celebrar contratos de arrendamiento de puntos de venta mediante contratación directa en vigencia de la Ley de garantías para cumplir las obligaciones del contrato de concesión o esta es una excepción de cumplimiento contractual»

» 2- En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea negativa, sírvase indicar ¿Qué modalidad de contratación puede utilizar Servicios Postales Nacionales S.A.S. 472 para cumplir con las obligaciones legales que garanticen el derecho fundamental al acceso a la comunicación en materia de contratos de arrendamiento de sus puntos de venta? ¿Cuándo no existe pluralidad de oferentes para celebrar contratos de arrendamiento en un municipio determinado, como se debe proceder para garantizar esta obligación definida en un contrato de concesión?

» 3- En materia de arrendamiento de otro tipo de inmuebles (no puntos de venta) pero para el cumplimiento y ejecución de un contrato comercial, es decir, cuando se requiere un arrendamiento con motivo de un contrato comercial suscrito con un cliente que así lo exija, ¿existe alguna excepción durante la ley de garantías o la empresa debe limitar su actividad comercial durante este periodo con los riesgos asociados de pérdida de ingresos frente a operadores postales privados?».

El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 señala expresamente a los destinatarios de la prohibición, en el sentido de que son «todos los entes del Estado», expresión que contempla los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos. En efecto, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» utilizado por el legislador comprende la totalidad de los entes del Estado, sin distinción del régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, e incluso si las entidades estatales tienen régimen especial de contratación y están exceptuadas del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De la misma forma, dicha prohibición se aplica con respecto a todo tipo contractual, entre ellos, los contratos de arrendamiento que celebren los entes del Estado, bien como arrendadores o arrendatarios de los bienes arrendados.

No obstante, en el inciso final del citado artículo 33 de la Ley 996 de 2005 se consagran de manera expresa las excepciones con fundamento en las cuales podrán las entidades públicas adelantar procedimientos de selección directa en períodos previos a la contienda electoral por la Presidencia, relacionadas con: i) la defensa y seguridad del Estado; ii) los contratos de crédito público; iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Es responsabilidad del respectivo ente del Estado examinar en cada caso la naturaleza de las actividades que adelanta y determinar si las mismas se enmarcan en alguna de las mencionadas excepciones, de manera que se le permita realizar la contratación que necesite en forma directa.

De lo anterior la Agencia concluye que, como las restricciones a la contratación directa establecidas en el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales se aplican a todo tipo de entidad pública con independencia del régimen de contratación que les sea aplicable, estas también cobijan la contratación que realice Servicios Postales Nacionales, como sociedad pública sometida en su actividad contractual al derecho privado.

En consecuencia, durante el período de la restricción establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, los contratos que celebre Servicios Postales Nacionales, entre ellos los contratos de arrendamiento, deberán estar precedidos de procedimientos con convocatoria pública que garanticen la posibilidad de participación de pluralidad de oferentes, lo cual excluye la «contratación directa» que es objeto de prohibición, con las excepciones previstas en la misma ley y en la situación que en el Concepto 374 de 2021 analizó esta Agencia.

Lo anterior, sin perjuicio de distinguir los contratos para adquirir los bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad, los cuales no puede celebrar en el periodo preelectoral por contratación directa sino por mecanismos competitivos que impliquen convocatoria pública y la posibilidad de pluralidad de oferentes; de los contratos en los que Servicios Postales Nacionales S.A. presta sus servicios a los usuarios particulares en condiciones de acceso e igualdad, los cuales no puede dejar de celebrar directamente.

En todo caso, la Agencia advierte que en desarrollo del deber de planeación y de los principios de la función administrativa, las entidades públicas, estén o no sometidas a un régimen especial o excepcional de contratación, están obligadas a realizar las previsiones y análisis suficientes y necesarios para determinar la celebración de los contratos, teniendo en cuenta las limitaciones temporales y específicas que se presentan en torno a ciertas modalidades de contratación. Entre tales limitaciones se encuentran, sin duda, las prohibiciones derivadas de la Ley de Garantías Electorales, de manera que, con ocasión a su aplicación, deben ajustar la planificación contractual para no ver afectadas las condiciones de calidad, eficiencia, celeridad, continuidad, oportunidad, etc. del servicio público prestado.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén VargasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector 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. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

»A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria». [↑](#footnote-ref-2)
3. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
8. «Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

» Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias». [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

» […]

» Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista». [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269). [↑](#footnote-ref-10)
11. «[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-». [↑](#footnote-ref-11)
12. «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil». [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 2 de septiembre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00412-00 (2168). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 2. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-15)
16. «[…] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado». [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2018. Radicación Número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-18)
19. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153-05 de 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, efectuó el Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara que dio lugar a la Ley de Garantías Electorales. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00026-00 (1727). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Conceptuó que para las entidades que contratan por el derecho privado, estaba prohibida la contratación diferente de la licitación pública regulada por el código de comercio, criterio que luego se extendió para aquellos procesos que, en algunos sistemas de contratación utilizados por entidades públicas con regímenes especiales y establecidos en sus manuales de contratación, utilicen convocatoria de manera pública y se permita la participación de una pluralidad de oferentes. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00 (1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo: «Si bien en el tema del concepto del que se extractaron los párrafos transcritos, se hacía referencia a las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la explicación dada cobija también a las empresas industriales y comerciales del estado y a las de crédito, pues todas ellas hacen parte de la definición de administración pública de la ley 489 de 1998, y además encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la ley 996 de 2005 en el artículo 33, de manera que no es lógico pretender exonerarse de ésta prohibición alegando un régimen especial de los actos o contratos». [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2006. Radicación Número: 11001-03-06-000-2006-00038-00(1738). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, ídem. [↑](#footnote-ref-23)
24. Antes de su liquidación ordenada por el Gobierno Nacional. [↑](#footnote-ref-24)
25. El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 4310 de 2005, autorizó a Adpostal para constituir una filial, en los términos del artículo 49 de la Ley 489 de 1998. En virtud de dicha autorización, se creó Servicios Postales Nacionales S.A., también denominada «4-72», vinculada al entonces Ministerio de Comunicaciones. La Empresa Servicios Postales Nacionales S.A., fue constituida e inscrita el 27 de diciembre de 2005, mediante Escritura Pública No. 2428 de la Notaria 50 de Bogotá. El 29 de diciembre de 2008, Adpostal en Liquidación y la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, Fiduagraria S.A., suscribieron un contrato de fiducia mercantil para conformar el patrimonio autónomo de remanentes de Adpostal, denominado «PAR Adpostal», al cual le fueron transferidos, entre otros activos, 93 acciones que Adpostal poseía en Servicios Postales Nacionales S.A., equivalentes al 95,88% del capital de dicha sociedad. El porcentaje restante del capital pertenece a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, a la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público–, a Radio Televisión de Colombia –RTVC– y al fideicomiso denominado PARAPAT. [↑](#footnote-ref-25)
26. El inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1369 de 2009, indica que «Los Servicios Postales están bajo la titularidad del Estado, el cual, para su prestación, podrá habilitar a empresas públicas y privadas en los términos de esta ley». (Se subraya). [↑](#footnote-ref-26)
27. El inciso primero y el numeral cuarto de esta norma fueron declarados exequibles de forma condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-691 de 2007, Expediente D-6687, bajo el entendido de que las sociedades públicas se rigen por las normas del derecho privado, «sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial por otras disposiciones constitucionales y legales». [↑](#footnote-ref-27)