



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 16 Septiembre 2021

Señores
Servicios Postales Nacionales S.A.
Bogotá D.C.
comercial.licitaciones@4-72.com.co

Concepto C – 374 de 2021

Temas:

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Finalidad / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Restricciones – Contratación – Tipos de elección / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibiciones – Ámbito material – Ámbito temporal / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Contratación directa – Alcance / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Excepciones / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición del artículo 33 de la Ley de garantías – Destinatarios/ CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Entidades con régimen especial de contratación – Procedencia / EMERGENCIA SANITARIA – COVID-19 – Emergencia económica social y ecológica / CONTRATACIÓN PÚBLICA – Emergencia sanitaria – COVID 19 – Normativa / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Régimen contractual / SOCIEDAD SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación / SOCIEDAD SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. – Operador Postal Oficial – Servicios postales exclusivos / SOCIEDAD SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. – Autorización legal – Servicios de correo – Contratación directa – Convenios interadministrativos.

Radicación: Respuesta a consulta P20210615005224

Estimados señores:

Página 1 de 41



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 realizada el 16 de junio de 2021.

1. Problemas planteados

Ustedes plantean las siguientes preguntas: «1. ¿Si el contenido normativo establecido en la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías también nos rige como entidad pública? 2. ¿Si el régimen aplicable a la ley de Garantías que rige para empresas industriales y comerciales ha sufrido alguna variación o modificación en sus disposiciones a consecuencia de la pandemia generada por el Covid-19? 3. ¿Si las restricciones establecidas en la Ley de Garantías también aplican a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, corporaciones autónomas regionales y empresas industriales y comerciales del Estado? 4. ¿Qué contratos se pueden celebrar en vigencia de la ley de garantías teniendo de presente la situación generada por la pandemia del Covid-19? 5. ¿Debido a que somos una entidad pública, la mayor parte de nuestros contratos con otras entidades públicas son interadministrativos, podemos seguir suscribiéndolos durante la ley de garantías? 6. ¿La Ley de Garantías, aplica para elecciones de congreso o de presidencia? 7. ¿Si como entidad pública vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, creada bajo la forma de sociedad anónima, podemos celebrar contratos bajo la figura de la contratación directa durante la ley de garantía? 8. ¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa? 9. ¿Las restricciones a la contratación directa aplican a prórrogas o modificaciones de contratos? 10. En caso de que no podamos realizar contratación directa y/o de carácter interadministrativos, ¿Qué solución tendríamos a nivel contractual, toda vez que como se dejó explícito anteriormente, SERVICIOS POSTALES NACIONALES, depende patrimonialmente única y exclusivamente de los negocios que suscriba día a día? 11. ¿A partir de qué fecha empieza a regir la ley de garantías?».».

2. Consideraciones

Con el propósito de resolver la consulta se analizará: i) la definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales; ii) la determinación de las restricciones según el tipo de elecciones; iii) las restricciones para elecciones Presidenciales; iv) los destinatarios de la prohibición del artículo 33 de la Ley 996 de 2005; v) las restricciones en los comicios de cargos de elección popular; vi) las disposiciones expedidas para mitigar los efectos de la pandemia en el marco de la «emergencia económica social y ecológica» y de la «emergencia sanitaria» ocasionadas por el Covid-19; vi) régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado; vii) naturaleza jurídica de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. y de su régimen de contratación; viii) servicios postales



exclusivos prestados por la sociedad Servicios Postales Nacionales como Operador Postal Oficial y su contratación por las entidades del Estado.

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 con radicados: 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, 20210408002803 y C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021.

En relación con las disposiciones expedidas y herramientas para mitigar los efectos de la pandemia en el ámbito de la contratación estatal, la entidad expidió los conceptos: C-005, C-006, C-018 y C-138 del 11 de mayo de 2020; C-053, C-175, C-255, C-282, C-293 y C-320 del 12 de mayo de 2020, C-345 del 13 de mayo de 2020, C-305, C-308 y C-318, del 28 de mayo de 2020, C-452 del 28 de julio de 2020, C-495 del 30 de julio de 2020, C-493 del 31 de julio de 2020, C-526 del 11 de agosto de 2020, C-027 del 1 de marzo de 2021, C-063 del 10 de marzo de 2021 y C-259 de 2 junio de 2021, entre otros. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se complementarán y actualizarán a continuación con la respuesta a la consulta objeto de análisis.

2.1 Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales

El ordenamiento jurídico colombiano contempla provisiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública, *verbigracia*, 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 electoral¹.

¹ El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí 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».



En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005 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 –Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005–, para lo cual se introducen en el ordenamiento jurídico 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 y señalado los propósitos de la Ley de Garantías Electorales, así:

[...] 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.

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.

De otra parte, 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 Constitucional² y del Consejo de Estado³, 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 legislador⁴.

De lo anterior se desprende que las limitaciones a la libertad contractual establecidas en la Ley 996 de 2005 deben interpretarse de forma restrictiva, y como se precisará se dirigen a dos 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 territorial, siendo necesario analizar las restricciones aplicables según cada tipo de elecciones,

2.2 Determinación de las restricciones según el tipo de elecciones

La Ley 996 de 2005, 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.

De conformidad con lo anterior, es claro que la Ley de Garantías Electorales, para el cumplimiento de los objetivos que dieron lugar a su expedición, consagró una serie de restricciones y prohibiciones en la contratación estatal dirigidas a los servidores públicos durante los periodos preelectorales, para evitar que, a través de esta actividad, se rompa

² 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.

³ 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.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.



el equilibrio y la igualdad que debe existir entre los candidatos. No obstante, debe aclararse que estas disposiciones se dirigen a dos 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 una parte, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 estatuye una prohibición que impide «[...] 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»⁵.

Por otra parte, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de elección, 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»⁶. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la

⁵ «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».

⁶ «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».

distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate, así:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo 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 párrafo 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 párrafo del artículo 38.*⁷ (Énfasis fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, la Ley 996 de 2005 establece dos tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente: i) 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 –y hasta la segunda vuelta–, salvo las aludidas excepciones; ii) la del artículo 38, párrafo, que debe aplicarse respecto de cualquier tipo de elección, 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 electoral.

Dichas restricciones no se excluyen, sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en el periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas solo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo 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

⁷ 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).



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. A partir de ese momento, la prohibición opera para ellos, lo cual debe entenderse sobre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República DAPRE.

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 –artículo 197 de la Carta Política–.

Así las cosas, en cuanto a las fechas en que comienzan a regir las restricciones y prohibiciones contempladas en la Ley 996 de 2005, para el proceso preelectoral del año 2022, se debe distinguir el tipo de restricción y la elección en que ella se aplica, así:

- a) Elecciones presidente y vicepresidente de la República: durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, en caso de que sea necesaria, está prohibido a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, independientemente de su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, acudir a cualquier modalidad de contratación directa. Dado que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Resolución 4371 2021, «por medio de la cual se fija el calendario electoral para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República (primera vuelta)», y señaló que estas se realizarán el 29 de mayo de 2022, la restricción de que trata el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales comienza a regir el 29 de enero de 2022 y se prolonga hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido.
- b) Elecciones Congreso de la República (para elegir miembros del Senado y la Cámara de Representantes): dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección popular distinta de la presidencial, les está prohibido a los Gobernadores, Alcaldes Municipales y Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, celebrar convenios interadministrativos que impliquen ejecución de recursos públicos, que son aquellos en los que se comprometen desembolsos presupuestales. Teniendo cuenta que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Resolución 2098 de 2021, «por medio de la cual se fija el calendario electoral para las elecciones del Congreso de la República», y señaló que se realizarán el 13 de marzo de 2022, la restricción de



que trata el artículo 38, parágrafo, de la Ley de Garantías Electorales, comienza a regir el 13 de noviembre de 2021.

Como se estableció en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, en ambos escenarios 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 responsabilidad⁸.

Vale la pena advertir que estas limitaciones temporales a la contratación directa durante la campaña presidencial y a la celebración de los convenios y contratos interadministrativos frente a los comicios a cargos de elección popular, requiere que los órganos y entidades que tengan capacidad contractual planifiquen su gestión contractual con suficiente antelación a los periodos de elección presidencial o de elecciones de cualquier otro cargo, según el caso, de forma que no se vea afectada la función administrativa en razón de la restricción impuesta por la Ley de Garantías Electorales.

2.3. Restricciones sobre la contratación directa 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 sobre la contratación directa, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁹, ha conceptualizado en el siguiente sentido:

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 pública¹⁰.

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

⁸ Circular disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf

⁹ 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.

¹⁰ «[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-».

Página 9 de 41



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 concurso¹¹. 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. [...]

De conformidad con el citado concepto la expresión contratación directa sobre la que versa la prohibición contenida en el 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, entre otros, a los demás sistemas de contratación previstos en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, 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 modalidad de selección abreviada, rediseñó el concurso de méritos¹², sistematizó las causales de contratación directa¹³, 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», para estos efectos, 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 privado¹⁴, han establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes».

¹¹ «[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil».

¹² Artículo 2.

¹³ *Ídem*.

¹⁴ «[...] A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado.»



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 oferentes¹⁵.

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 mínima cuantía, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata la disposición las entidades públicas pueden seguir contratando bajo estos sistemas.

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 periodos 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.

De esta manera, 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.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 08 de mayo de 2018. Exp. 2.382. C.P. Álvaro Namén Vargas.



Finalmente, es pertinente tener en cuenta, como lo anotó la Corte Constitucional, en sentencia C-1153 de noviembre 11 de 2005¹⁶, 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». De ahí que la Corte hizo hincapié 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.

2.4. Destinatarios de la prohibición del artículo 33 de la Ley de garantías

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 estatales autorizadas por la ley para suscribir contratos. Como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el vocablo «todos» que utilizó 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. Es decir, teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda, a través de la contratación directa, romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos en las elecciones presidenciales.

La Agencia acoge la doctrina anterior y, por lo tanto, concluye que la restricción prevista en la Ley 996 de 2005 es aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas y a las corporaciones autónomas regionales, que son sujetos de la presente consulta.

Este criterio sigue la doctrina del Consejo de Estado, que señaló, en concepto con radicado 1727 de fecha 20 de febrero de 2006, que: «El artículo 33 de la ley 996 de 2005, efectivamente se aplica a los prestadores de servicios públicos domiciliarios (empresas de servicios públicos oficiales y empresas industriales y comerciales del Estado) y a los

¹⁶ 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.

municipios prestadores directos, incluyendo las excepciones contenidas en el segundo inciso de esta norma»¹⁷.

Y en concepto con radicado 1.738 de 6 de abril de 2006, en el que 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»¹⁸, porque no hay lugar a duda de que encajan dentro de la noción de todos los entes del Estado que trae la citada ley. 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, se puede presentar tanto en la contratación regida por las normas de la Ley 80 de 1993, como por el derecho privado. Sin embargo, debe precisar el siguiente aspecto que distinguió Sala de Consulta y Servicio Civil:

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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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».



los contratos existentes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que incluso podría desconocer los derechos fundamentales¹⁹.

Aplicando este razonamiento, como lo hizo la mencionada Corporación, a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, se tiene que 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»²⁰.

Ahora bien, respecto a la aplicación de las restricciones contenidas en la Ley de Garantías Electorales a las Corporaciones Autónomas Regionales, se observa que la Ley 99 de 1993, en su artículo 23, las define como entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que, por sus características, constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

Las Corporaciones Autónomas Regionales tienen una naturaleza jurídica pública especial. No pertenecen al sector central de la administración (artículo 150 numeral 7 Constitución Política); tampoco son entidades del sector descentralizado por servicios, porque no están adscritas ni vinculadas a ningún ente del sector central y no son entidades territoriales debido a que no están incluidas en el artículo 286 de la Constitución que las menciona de forma taxativa, aunque son organismos administrativos intermedios entre la Nación y las entidades territoriales. La Corte Constitucional, en sentencia C-593 de 7 de diciembre de 1995²¹, indica que son entidades públicas del orden nacional, sujetas a régimen especial, según el artículo 40 de la Ley 489 de 1998.

¹⁹ 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:

²⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, ídem.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 7 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.



De conformidad con el anterior análisis, es viable concluir que las Corporaciones Autónomas Regionales también entran en el ámbito de aplicación de las prohibiciones señaladas en la Ley de Garantías Electorales –Ley 996 de 2005–, pues, al tratarse de un ente estatal del orden nacional, están incluidas en la prohibición de la contratación pública prevista en el artículo 33 *ibídem*, la cual aplica con cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial. Cabe precisar que, en relación con las corporaciones autónomas regionales no se aplica la prohibición del artículo 38, parágrafo de la citada ley, por cuanto no es un ente de carácter territorial y, por tanto, sujeto a esa restricción, sin perjuicio de que en la época en que ella opera no puedan celebrar convenios interadministrativos con entidades del nivel territorial, gobernaciones, alcaldías, cuando los mismos conlleven la ejecución de recursos públicos, pues estas últimas sí se encuentran cobijadas por dicha limitación, como se expondrá más adelante.

2.5. Restricciones para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios de cargos de elección popular

Esta Agencia se ha pronunciado en distintas ocasiones frente al alcance de la prohibición de celebrar contratos o convenios interadministrativos en el período preelectoral para comicios de cargos de elección popular. De forma reciente lo hizo en el Concepto C-352 del 27 de julio de 2021 y en el concepto C-396 del 13 de agosto de 2021, cuyas consideraciones se reiteran y complementan a continuación:

2.5.1. Los contratos y los convenios interadministrativos

La tipología de convenio interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993. Aunque esta ley no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales²². De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación

²² Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales».



contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Decreto 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto. Esto en la medida que una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 puede celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. En efecto, la Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes²³. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección, no la naturaleza de contrato interadministrativo.

En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-671 de 2015 que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública». Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurren personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente a los contratos y convenios interadministrativos sus características, señalando que:

[...] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal

²³ Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. [...] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo».



dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales²⁴.

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. De esta manera, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, para la celebración de los contratos interadministrativos.

La contratación directa es una modalidad de aplicación restrictiva en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las leyes que lo modifiquen o adicionen, teniendo en cuenta que es una excepción al principio de libre concurrencia que aplica a los procedimientos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta.

Por su parte, el artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007, señala que, de manera excepcional, las entidades estatales pueden contratar directamente, entre otras, los «Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos». No obstante, esta disposición exceptuó celebrar de manera directa contratos o convenios interadministrativos cuando se trate de un contrato de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de economía mixta con participación

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estas entidades pueden ejecutar aquellos contratos siempre que resulten adjudicatarias en un proceso abierto y con la participación de una pluralidad de oferentes, pues en dichos casos la entidad estatal que así lo requiera deberá adelantar una licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada o mínima cuantía, dependiendo del caso²⁵.

Si bien la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales pueden celebrar contratos o convenios interadministrativos de manera directa, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, la misma establece excepciones a esta regla, la cual está condicionada a que ciertas tipologías contractuales sean ejecutadas por las entidades estatales previstas en la norma mencionada. Nótese que, pese a tratarse de entidades del Estado, la Ley no restringió su denominación de contrato interadministrativo, sino que exceptuó el procedimiento de selección del contratista. Asimismo, hay otras excepciones a la celebración de contratos interadministrativos, como la contemplada en el último párrafo del literal c, numeral 4, artículo 2 ibidem: «Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales».

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, por la calidad de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio

²⁵ Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal c): «[...] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo »[...].».



interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los interadministrativos y no al convenio, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos [...]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil [...]»²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia han establecido algunas diferencias o caracterización de los contratos interadministrativos frente a los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, el Consejo de Estado, en sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil²⁷ de esta Corporación se ha referido a los “convenios interadministrativos” a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de “puros” y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un “intercambio patrimonial”. Sin

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

²⁷ [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar».



perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala²⁸ había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un “*verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)*”, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los “*convenios interadministrativos*” previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales²⁹³⁰.

Así las cosas, vale la pena reiterar que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica³¹. Incluso vale la pena tener en cuenta como la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley

²⁸ [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido “*obligacional*” de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto».

²⁹ [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP [*literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07*] se refiere a “*contratos interadministrativos*” en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93».

³⁰ En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas)

³¹ Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios».



1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos³².

En desarrollo de lo anterior, vale la pena destacar que la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pese a reconocer que se han realizado algunas distinciones jurisprudenciales en torno a los contratos y convenios interadministrativos, relacionados con el alcance de las obligaciones que los caracterizan, señala que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de convenio o de contrato. En tal sentido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este numeral los asimila para efectos de aplicar las disposiciones que tangencialmente se refieren a uno u otro vocablo, por ejemplo, lo que resulta bastante relevante para este concepto, para la aplicación de la Ley de Garantías. En este sentido, la Circular, refiriéndose al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa:

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitado para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, como quiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de

³² A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos).



contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el párrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que para efectos de la Ley de Garantías tienen la misma connotación y propósito.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se partió de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido se logre inferir que se le quiere otorgar un contenido en particular, pues como se expresó, el legislador utiliza estos conceptos de forma indistinta.

2.3.2 Restricción para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos de la Ley de Garantías Electorales

Como se venía señalando, el artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales estableció unas prohibiciones para ciertos servidores públicos y, el párrafo de esa norma, contempló una prohibición para los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades del orden municipal, departamental o distrital, consistente en que no pueden celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, en los siguientes términos:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

[...]

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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Por ello, para determinar la aplicación del anterior párrafo, es necesario identificar la naturaleza jurídica de las entidades públicas que celebrarán el convenio o contrato interadministrativo, toda vez que, de acuerdo con lo definido en la Ley 996 de 2005, la prohibición de celebrar esa clase de convenios o contratos está dirigida a las entidades



territoriales y a las entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital. Igualmente, si alguna de las partes está sometida a la restricción del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, no podría celebrarse el referido convenio interadministrativo por existir una prohibición legal que afecta el acuerdo de voluntades de una de las partes.

Lo anterior resulta coherente con lo establecido en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, donde se señaló con claridad el alcance de la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales. En efecto, allí se expresó:

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden Municipal, Departamental o Distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo determinante para definir los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En armonía con lo anterior, como se indicó en la Circular citada, y de acuerdo con las demás consideraciones expuestas, la restricción establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aplica para los negocios jurídicos anteriores, esto es, para los contratos o convenios interadministrativos.

2.6 Disposiciones expedidas para mitigar los efectos de la pandemia en el marco de la «emergencia económica social y ecológica» y de la «emergencia sanitaria» ocasionadas por el COVID-19

El mundo –y particularmente Colombia– atraviesa aún una situación difícil en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización



Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020³³. Desde que se evidenció la posibilidad de que el virus llegara al país, el Gobierno Nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia, razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional³⁴. A partir de esa fecha, el Ministerio de Salud, y otras autoridades, han expedido muchos actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, orientados a prevenir el contagio o, por lo menos, a disminuir la velocidad y el incremento del brote.

El 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República decretó el Estado de emergencia económica, social y ecológica mediante el Decreto Legislativo 417 de 2020, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución³⁵. Este primer estado de excepción estuvo vigente por treinta (30) días calendario. Posteriormente se ordenó un segundo estado de emergencia económica, social y ecológica, mediante el Decreto Legislativo 637 del 6 de mayo de 2020, el cual rigió por otros treinta (30) días calendario. En consecuencia, el estado de excepción mencionado tuvo vigencia hasta el 4 de junio de 2020.

De otra parte, conviene diferenciar el *estado de emergencia económica, social y ecológica* que rigió por dos períodos, finalizado en el año 2020, con el *estado de emergencia sanitaria* que aún continúa vigente. En efecto, la emergencia sanitaria como medida administrativa para mitigar y atender esta situación, fue declarada mediante la Resolución 385 del 2020, expedida por el Ministerio de Salud, y rigió entre el 12 de marzo y el 30 de mayo de 2020 –obsérvese que la emergencia sanitaria se declaró antes de que se decretara el estado de excepción–, y se ha venido prorrogando ininterrumpidamente mediante diferentes actos administrativos. En efecto, el 26 de mayo de 2021 se expidió la Resolución 738 «Por la cual se prorroga la emergencia sanitaria por el coronavirus COVID-19, declarada mediante Resolución 385 de 2020, prorrogada por las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020 y 222 y 738 de 2021», mediante la cual se extendió la emergencia

³³ En sitio web: <https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19>.

³⁴ En sitio web: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx>.

³⁵ Artículo 215: «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. [...]».

sanitaria hasta el 30 de noviembre de 2021. De lo anterior se desprende que aún nos encontramos ante un estado de emergencia sanitaria.

En cuanto a la normativa expedida con ocasión de la andemia para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual, se destaca, entre otras, la contenida en los Decretos 440 del 20 de marzo de 2020³⁶ y 537 del 12 de abril de la misma anualidad³⁷. Sobre este último, conviene precisar que estará vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19³⁸.

De igual forma, se expidió el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, reiterado en el Decreto 544 del 13 de abril de 2020, por los cuales se adoptan medidas en materia de contratación estatal para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal. Y, mediante Decreto 482 del 26 de marzo de 2020, se dictaron medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura y, en materia de contratación estatal, ordenó la continuidad de las obras en razón a la necesidad operacional o técnica, autorizó prórrogas de los contratos de concesión derivados de asociaciones públicas-privadas, y consagró la suspensión unilateral de los contratos estatales de infraestructura de transporte; de otra parte, mediante el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, se incluyeron algunas disposiciones adicionales relevantes para la contratación estatal.

Finalmente, por medio del Decreto 109 del 29 de enero de 2021, modificado parcialmente por el Decreto 404 del 16 de abril de 2021, se adoptó el Plan Nacional de Vacunación contra el COVID – 19, señalando en los artículos 20, numeral 20.1 y 21, numeral 21.1, entre las responsabilidades tanto para las entidades territoriales

³⁶ El Decreto 440 del 20 de marzo de 2020, adoptó medidas de urgencia en materia de contratación estatal, tales como: (i) realización de audiencias en los procedimientos de selección y de ejercicio de la facultad sancionatoria a través de medios electrónicos; (ii) suspensión de procesos de selección del contratista y revocatoria de actos de apertura; (iii) adopción de instrumentos de agregación de demanda (acuerdos marco de precios) (iv) contratación directa en adquisición de grandes superficies de bienes relacionados con la emergencia, (v) calificación de la emergencia como un supuesto que permite la declaratoria de urgencia manifiesta para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia de coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud; (vi) adición y modificación de contratos estatales que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia, (vii) procedimiento para el pago de contratistas del Estado; (viii) convenios interadministrativos internos y contratos con entidades públicas extranjeras con el propósito de lograr bienes y servicios para atender la pandemia.

³⁷ En el Decreto 537 de 2020 se contemplan, en esencia, las medidas adoptadas por el Decreto 440 de 20 de marzo de 2020.

³⁸ Así lo dispone el artículo 11 del Decreto 537 de 2020.



departamentales y distritales, como para las municipales, respectivamente, garantizar la contratación del talento humano para la gestión y operación del Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19, que incluye manejo de insumos, red de frío, sistema de información y acompañamiento técnico; adicionalmente, en el artículo 20, numeral 20.15, para las primeras, agregó la responsabilidad de contar con un contrato de mantenimiento anual preventivo y correctivo del centro de acopio.

Como puede apreciarse, las normas expedidas al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica que rigió por dos períodos el año pasado no contemplan excepciones a la aplicación de la ley de garantías electorales; sin embargo, como la propia ley de garantías establece como excepción a la restricción a la contratación directa los contratos requeridos para cubrir una «emergencia sanitaria», mientras persista la generada por el nuevo coronavirus Covid-19, es posible celebrar directamente los contratos necesarios, que permitan las disposiciones normativas a las que se ha hecho referencia, para prevenir, contener y mitigar sus efectos.

2.7 Régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado

Las empresas industriales y comerciales del Estado –en adelante EICE–, bajo la denominación de entidades estatales, quedaron sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993, artículo 2, numeral 1, literal a³⁹. Posteriormente, la Ley 489 de 1998⁴⁰, mediante el cual se regula la organización y

³⁹ El estatuto estableció como regla general para la selección del contratista la licitación pública o el concurso público, con algunas excepciones en las cuales la selección se haría mediante el procedimiento de contratación directa, entre ellas, la prevista en el literal m) del numeral 1 del artículo 24: «m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley», o sea, los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, que se regirían por la regla general, salvo los casos de menor cuantía –previstos en el ordinal a), numeral 1 del artículo 24, original, de la Ley 80 de 1993–. Además, en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se señaló que «en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo (...) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales».

⁴⁰ El artículo 85 de la ley 489 de 1998 definió a las empresas industriales y comerciales del Estado como «organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa y financiera; c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución [...]».

funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 93 estableció el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, como sigue:

Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

No obstante las dificultades hermenéuticas que suscitaba la disposición anterior, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 –modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011– dispuso un régimen exceptivo de aplicación del derecho privado para la actividad contractual de las EICE que ejercen su actividad en competencia con el sector público o privado, o en mercados regulados, quedando las otras EICE dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁴¹. Así, la norma vigente respecto a su régimen contractual establece:

Artículo 14. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de

⁴¹ Sin perjuicio de la regla indicada, es importante señalar que el literal g, numeral 2, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prevé como causal de selección abreviada: «Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [obra, concesión, prestación de servicios, consultoría, fiducia pública]». g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Por su parte, el Decreto 1082 del 2015, artículo 2.2.1.2.1.2.24, prescribió: “Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda».



Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes⁴².

El sometimiento parcial de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado, se ha justificado por «la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores [...]. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes[...]»⁴³.

Es importante destacar, entonces, que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, esclareció las dudas que producía el confuso artículo 93 de la Ley 489 de 1998 a propósito del régimen de derecho de estas entidades. Por lo tanto, las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, excepto aquellas EICE que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad. Lo anterior, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe a la EICE de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal

⁴² El artículo 14 original de la Ley 1150 de 2007 excluía además aquellas cuya actividad se realizaba en “mercados monopolísticos”, pero, con buen tino, se eliminó en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, pues en ese caso no se está en presencia de los fundamentos que soportan la excepción de no aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cual es la “competencia y el libre juego del mercado”.

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2004 Exp. 12.342, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13.414.



consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal⁴⁴.

2.8. Naturaleza jurídica de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. y de su régimen de contratación

Servicios Postales Nacionales S.A., antigua filial de Adpostal –extinta empresa industrial y comercial del Estado–⁴⁵, 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 estatal⁴⁶. 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 2009⁴⁷.

Ahora bien, el párrafo primero del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta con una participación

⁴⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 13: «Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».

⁴⁵ Antes de su liquidación ordenada por el Gobierno Nacional.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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).



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 párrafo 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 aquella 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 concurren 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 actúen⁴⁸.

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–.

⁴⁸ 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».



2.9. Servicios postales *exclusivos* prestados por la sociedad Servicios Postales Nacionales como Operador Postal Oficial y su contratación por las entidades del Estado

La Ley 1369 de 2009 califica expresamente los servicios postales como un servicio público cuya titularidad recae en el Estado, quien puede habilitar para su prestación a «empresas públicas y privadas» –artículo 1–, ya sea mediante contratos de concesión –en el caso del correo– o mediante licencias –en el caso de los demás servicios postales–. De manera que los particulares puedan prestar tal servicio en competencia, mediante un régimen de habilitación, bajo la regulación, vigilancia, inspección y control del Estado.

Los Servicios Postales consisten en el desarrollo de las actividades de recepción, clasificación, transporte y entrega de objetos postales a través de redes postales, dentro del país o para envío hacia otros países o recepción desde el exterior⁴⁹. Además, en dicha ley se consagran cuatro grandes categorías de «servicios postales», que pueden prestar las personas que se encuentran facultadas y habilitadas para ello: i) los servicios de correo⁵⁰, ii) los servicios postales de pago⁵¹, iii) los servicios de mensajería expresa⁵² y iv) otros servicios postales⁵³.

De acuerdo con su objeto, la sociedad Servicios Postales Nacionales presta, entre otros, el servicio de correo nacional e internacional, el servicio de mensajería expresa y los servicios postales de pago⁵⁴. A este respecto, es importante mencionar que, luego de extinguida Adpostal, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del Servicio Postal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2854 de 2006, por medio del cual le encargó a la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. todas las actividades relacionadas con la prestación de los servicios postales, convirtiéndose así en el Operador

⁴⁹ Artículo 3º, numeral 2º de la Ley 1369 de 2009.

⁵⁰ Que incluyen, a su vez, los siguientes, según el artículo 3º, numeral 2º de la Ley 1369: (i) envíos de correspondencia, (ii) envíos prioritarios y no prioritarios de correo de hasta dos (2) kilogramos, (iii) encomiendas, (iv) servicio de correo telegráfico y (v) otros servicios de correo.

⁵¹ Giros nacionales y giros internacionales.

⁵² Definidos como el «servicio postal urgente que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección, clasificación, transporte y entrega de objetos postales hasta de 5 kilogramos» (Artículo 3º, numeral 2.3 ibídem).

⁵³ Que determine la Unión Postal Universal (Artículo 3º, numeral 2.4 de la Ley 1369 de 2009).

⁵⁴ El objeto social de Servicios Postales Nacionales S.A., contempla alrededor de veintisiete actividades, según sus estatutos: <http://www.4-72.com.co/Naturalezajuridicayobjetosocial>.



Postal Oficial⁵⁵.

Posteriormente, el 31 de agosto de 2006, el entonces Ministerio de Comunicación, por medio de la Resolución No. 002194 de agosto 31 de 2006, subrogó a Servicios Postales Nacionales S.A. todos los títulos habilitantes y derechos con los que contaba Adpostal para la prestación del servicio postal. Y, en virtud de la Resolución No. 002171, le otorgó la licencia para prestar el servicio postal de mensajería especializada a nivel Nacional y en conexión con el exterior, por el término de cinco (5) años prorrogables por una sola vez.

A partir de estas disposiciones, el contrato de concesión N.º 000010 del 9 de julio de 2004, suscrito por el entonces Ministerio de Comunicaciones y Adpostal, cuyo objeto es: «Regular la forma en que Adpostal prestará por concesión el servicio de correo, el cual comprende las actividades de admisión, clasificación, curso y entrega de objetos postales, a nivel nacional e internacional, vía superficie y área», quedó cedido en la sociedad Servicios Postales Nacionales⁵⁶.

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

⁵⁵ El numeral 4.1 de la Ley 1369 de 2009 define y regula el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo en los siguientes términos: «4.1 Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo. Persona jurídica, habilitada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que, mediante contrato de concesión, prestará el servicio postal de correo y mediante habilitación, los servicios de Mensajería expresa y servicios postales de pago, a nivel nacional e internacional.»

⁵⁶ El contrato se prorrogó el 8 de julio de 2009, hasta la misma fecha del año 2014 (cláusula segunda), mediante documento suscrito entre la Nación - Ministerio de Comunicaciones - y Servicios Postales de Colombia S.A. y luego se prorrogó entre las mismas partes por segunda vez por diez (10) años, contados desde el 9 de julio de 2014.



Universal⁵⁷, ii) la franquicia⁵⁸, iii) el servicio de giros internacionales⁵⁹ y iv) el área de reserva⁶⁰.

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»⁶¹ y, en general, los servicios

⁵⁷ El artículo 3 de la Ley 1369 de 2009, indica: «Artículo 3º. Definiciones. Para todos los efectos, se adoptan las siguientes definiciones: [...] 1. Servicio Postal Universal. Es el conjunto de servicios postales de calidad, prestados en forma permanente y a precios asequibles, que el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional con independencia de su localización geográfica a través del Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo». A su turno, el artículo cuarto del Decreto 223 de 2014 precisa de la siguiente manera cuáles son los servicios que deben entenderse incluidos en el SPU: «el servicio de correspondencia prioritaria y no prioritaria, la entrega del servicio de correo telegráfico, las encomiendas, el correo certificado y los envíos con valor declarado».

⁵⁸ El artículo 2, numeral 5, de la Ley 1369 de 2009, define las franquicias como el «Derecho que adquieren algunas personas jurídicas, públicas o privadas, para eximirse del pago de la tarifa por el envío de los servicios postales de correspondencia y de correo telegráfico que presta el Operador Postal Oficial o Concesionario de correo, al momento de su imposición». El artículo 47 *ibídem* señala las franquicias que el Operador Postal Oficial debe reconocer, por haber sido consagradas en diversas normas legales, así como la manera en que debe cancelarse a dicho operador el costo de las mismas

⁵⁹ El artículo 2, numeral 2.2.2, de la Ley 1369 de 2009, define las actividades de giros internacionales, como el «Servicio prestado exclusivamente por el Operador Postal oficial o concesionario de Correo, mediante el cual se envía dinero a personas naturales o jurídicas por cuenta de otras, en el exterior. La modalidad de envío podrá ser, entre otras, física o electrónica.»

⁶⁰ Las condiciones específicas para la prestación del SPU y los demás a cargo del Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo, se encuentran previstas actualmente en el Decreto 223 de 2014 y en la Resolución N.º 1552 del 10 de julio de 2014, expedida por el MINTIC.

⁶¹ «Artículo 15. Área de reserva. El Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo será el único autorizado para prestar los servicios de correo a las entidades definidas como integrantes de la Rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial del Poder Público [...]».



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 legal⁶²:

Esta norma [artículo 5 de la Ley 109 de 1994], obliga a los «organismos» de la Rama Legislativa, esto es el Congreso de la República, a contratar con la Imprenta Nacional la publicación de la Gaceta del Congreso. Se hace notar, que este contrato regula las relaciones jurídicas entre dos órganos del Estado que desarrollan en ejercicio de sus obligaciones legales, el Congreso para cumplir el procedimiento legislativo, y la Imprenta para ejercer su función administrativa de imprimir los actos o documentos oficiales que requieran de este requisito.

Es claro que la ley ordena que la regulación de dicha relación interadministrativa se efectúe por el mecanismo de una convención, pero también es claro que éste contrato no se celebra en ejercicio de la autonomía de la voluntad ni con el fin de cumplir la misión industrial, comercial o de gestión propia de la Imprenta Nacional. En este caso, el contrato se celebra como un mero instrumento que le posibilita el desarrollo de las funciones públicas ordenadas por la ley a ambas entidades Estatales.

En este orden de ideas, celebrar o prorrogar el contrato entre la Cámara de Representantes y la Imprenta Nacional no puede ser violatorio de la restricción a la contratación directa contenida por ley 996 de 2005, pues las entidades públicas que lo suscriban están cumpliendo sus funciones y la orden dada por

⁶² 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.



el legislador. (Cursiva fuera del original).

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.

3. Respuestas

Teniendo en cuenta la relación temática que se presenta entre algunas preguntas, la Agencia procederá a resolverlas, así:

Preguntas 1, 3, 7 y 8:

1. ¿Si el contenido normativo establecido en la Ley 996 de 2005 – Ley de Garantías también nos rige como entidad pública?
3. ¿Si las restricciones establecidas en la Ley de Garantías también aplican a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, corporaciones autónomas regionales y empresas industriales y comerciales del Estado?
7. ¿Si como entidad pública vinculada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, creada bajo la forma de sociedad anónima, podemos celebrar contratos bajo la figura de la contratación directa durante la ley de garantía?
8. ¿A qué entidades aplica la restricción para celebrar contratos en la modalidad de contratación directa?



Los destinatarios de la prohibición prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 son «todos los entes del Estado», expresión que contempla a los diferentes organismos o entidades públicas autorizadas por la ley para suscribir contratos. El vocablo «todos», que utilizó 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. Teniendo en cuenta la finalidad de la ley de garantías electorales, la prohibición de realizar contratación directa cobija a cualquier ente público que eventualmente, a través de esa modalidad de selección, pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

Por lo tanto, la restricción para celebrar contratos bajo la modalidad de contratación directa establecida en la Ley de Garantías aplica a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, las corporaciones autónomas regionales, las empresas industriales y comerciales y las sociedades creadas entre entidades públicas, en los términos expuestos en este concepto.

Así las cosas, a Servicios Postales Nacionales S.A., en consideración a su naturaleza de sociedad pública, se le aplican las restricciones en materia de contratación directa de la Ley 996 de 2005, excepto para la celebración de los contratos interadministrativos que resulten obligatorios en virtud de un mandato legal.

En consecuencia, durante el período de la restricción establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, los contratos que celebre deberán estar precedidos de convocatoria pública y contar con la posibilidad de participación de pluralidad de oferentes, lo cual excluye la «contratación directa» que es objeto de prohibición, con la excepción previamente mencionada.

No obstante, también es importante distinguir los contratos para adquirir los suministros de 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.

Preguntas 5 y 10:

5. ¿Debido a que somos una entidad pública, la mayor parte de nuestros contratos con otras entidades públicas son interadministrativos, podemos seguir suscribiéndolos durante la ley de garantías?

10. En caso de que no podamos realizar contratación directa y/o de carácter interadministrativos, ¿Qué solución tendríamos a nivel contractual, toda vez que



como se dejó explícito anteriormente, SERVICIOS POSTALES NACIONALES, depende patrimonialmente única y exclusivamente de los negocios que suscriba día a día?

El artículo 15 y demás normas de la Ley 1369 de 2009 autorizan a las entidades estatales a contratar únicamente con Servicios Postales Nacionales los servicios de correo y los servicios postales que, como Operador Postal Oficial, presta con exclusividad. Por lo tanto, Servicios Postales Nacionales y las entidades estatales pueden celebrar o prorrogar, en cualquier tiempo, 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.

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 en la Ley 996 de 2005, pues les resulta obligatorio celebrarlos para las dos partes en virtud de un mandato legal.

Respecto de las otras actividades diferentes a los servicios de correo que presta como Operador Postal Oficial no podrá celebrar convenios interadministrativos mediante contratación directa.

Preguntas 2 y 4:

2. ¿Si el régimen aplicable a la ley de Garantías que rige para empresas industriales y comerciales ha sufrido alguna variación o modificación en sus disposiciones a consecuencia de la pandemia generada por el Covid-19?

4. ¿Qué contratos se pueden celebrar en vigencia de la ley de garantías teniendo de presente la situación generada por la pandemia del Covid-19?

Las normas expedidas al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica, que rigió por dos períodos, no contemplan variaciones o modificaciones a la aplicación de la Ley de Garantías Electorales. Sin embargo, como la propia Ley de Garantías Electorales, en el artículo 33, establece como excepción a la restricción a la contratación directa los contratos requeridos para cubrir una «emergencia sanitaria», mientras persista la generada por el nuevo coronavirus Covid-19, es posible celebrar directamente los contratos necesarios para prevenir, contener y mitigar sus efectos.

Igualmente, de acuerdo con la citada disposición se exceptúa también de la prohibición señalada en la ley, la celebración de contratos que versen sobre defensa y seguridad del Estado, crédito público, atención de emergencias educativas y desastres, 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.

6. ¿La Ley de Garantías, aplica para elecciones de congreso o de presidencia?

La Ley 996 de 2005 establece dos tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente: i) 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 excepciones que establece la norma; y ii) la del artículo 38, parágrafo, que debe aplicarse respecto de cualquier tipo de elecciones, dentro de las cuales se incluye las elecciones a Congreso de la República, y que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada electoral.

Dichas restricciones no se excluyen, sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en el periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general –como los que ostentan los miembros del Congreso de la República–, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas solo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

9. ¿Las restricciones a la contratación directa aplican a prórrogas o modificaciones de contratos?

De conformidad con lo establecido en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, 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.

11. ¿A partir de qué fecha empieza a regir la ley de garantías?

En cuanto a las fechas en que comienzan a regir las restricciones y prohibiciones contempladas en la Ley 996 de 2005, para el proceso preelectoral del año 2022, se debe distinguir el tipo de restricción y la elección en que ella se aplica así:



- a) **Elecciones presidente y vicepresidente de la República:** durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta en caso de que sea necesaria, está prohibido a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, independientemente de su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, acudir a cualquier modalidad de contratación directa. Dado que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Resolución 4371 2021, «por medio de la cual se fija el calendario electoral para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República (primera vuelta)», y señaló que estas se realizarán el 29 de mayo de 2022, la restricción de que trata el artículo 33 de la Ley de Garantías Electorales comienza a regir el 29 de enero de 2022.
- b) **Elecciones del Congreso de la República (para elegir miembros del Senado y la Cámara de Representantes):** dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección popular, distinta de la presidencial, les está prohibido a los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, celebrar convenios interadministrativos que impliquen ejecución de recursos públicos. Teniendo cuenta que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Resolución 2098 de 2021, «por medio de la cual se fija el calendario electoral para las elecciones del Congreso de la República», y señaló que se realizarán el 13 de marzo de 2022, la restricción de que trata el artículo 38, parágrafo, de la Ley de Garantías Electorales, comienza a regir el 13 de noviembre de 2021.

Vale la pena advertir que estas limitaciones temporales a la contratación directa durante la campaña presidencial y a la celebración de los convenios y contratos interadministrativos frente a los comicios a cargos de elección popular establecidas en la Ley 996 de 2005, requiere que los órganos y entidades que tengan capacidad contractual planifiquen su gestión contractual con suficiente antelación a los periodos de elección presidencial o de elecciones de cualquier otro cargo, según el caso, de forma que no se vea afectada la función administrativa en razón de la restricción impuesta por la Ley de Garantías Electorales.

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

Atentamente,



Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Franco Victoria -SAS-. Representante legal Diego Franco
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual

Anexo: 0

