

SERVICIO POSTAL - Naturaleza jurídica y régimen legal / SERVICIO POSTAL - Monopolio estatal

El conjunto de los servicios postales ha sido calificado en nuestro país como un servicio público cuya titularidad pertenece al Estado. Así lo dispone actualmente el artículo 1º de la Ley 1369 de 2009. Lo previsto en esta ley recoge lo que al respecto consagra la tradición jurídica colombiana en esta materia, desde tiempos anteriores a la República. La Corte Constitucional, en las sentencias C-407 de 1994 y C-823 de 2011 hace un recuento histórico sobre el tratamiento jurídico que se ha dado a los servicios postales en Colombia. (...) Vale la pena mencionar que el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, el cual fue derogado expresamente por el artículo 50 de la Ley 1369, consagraba el régimen contractual de los servicios postales, en los siguientes términos: (i) establecía que los servicios postales incluían los servicios de correo y de mensajería especializada, y definía cada uno de esos grupos; (ii) señalaba que la prestación de los servicios de correo exigía la celebración de un contrato de concesión con el Estado, previa realización de un procedimiento de selección objetiva; (iii) disponía que el Estado autorizaba, mediante licencia, la prestación del servicio de mensajería especializada, y (iv) preceptuaba que el término de duración de las concesiones para el servicio de correo no podía exceder de cinco (5) años, pero podía prorrogarse por igual término, antes de su vencimiento. Esta disposición legal fue reglamentada por el Decreto 229 de 1995, cuyo artículo 1º definió expresamente los servicios postales como un “servicio público”, incluyendo tanto el servicio de correo como el de mensajería especializada. Por su parte, el artículo 12 ibídem estatuyó que el entonces Ministerio de Comunicaciones ejercía, en nombre de la Nación, la titularidad de los servicios postales, y era la entidad que debía otorgar las concesiones y licencias requeridas para su prestación. El artículo 43 del mismo decreto disponía que *“los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, deben transportar su correo nacional e internacional a través de la red oficial de correos de conformidad con el artículo 10 del Decreto 75 de 1984”*. Vale la pena aclarar que el Decreto 75 de 1984 calificaba expresamente los servicios de correo como un *“monopolio estatal”* que se prestaba por conducto de la Administración Postal Nacional, Adpostal. Actualmente, la Ley 1369 de 2009, aunque no califica expresamente los servicios postales como un “monopolio estatal”, sí establece en forma explícita que se trata de un servicio público cuya titularidad recae en el Estado, quien puede habilitar para su prestación a *“empresas públicas y privadas”*, ya sea mediante contratos de concesión (en el caso del correo) o mediante licencias (en el caso de los demás servicios postales), como atrás se indicó.

FUENTE FORMAL: LEY 1369 DE 2009 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 37 / DECRETO 229 DE 1995 - ARTICULO 1 / DECRETO 229 DE 1995 - ARTICULO 12 / DECRETO 229 DE 1995 - ARTICULO 43 / DECRETO 223 DE 2014

SERVICIOS POSTALES - Estrecha vinculación con la efectividad de algunos derechos fundamentales

La prestación de los servicios postales, especialmente el de correo, tiene una estrecha vinculación con la protección y efectividad de algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución Política, como la libertad de expresión (artículo 20), el derecho a la información (ídem), el derecho de petición (artículo 23), el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia privada (artículo 15), entre otros; y por otra parte, a la obligación que le asiste el Estado colombiano de cumplir los compromisos asumidos frente a otros países en virtud de tratados internacionales, como aquellos mediante los cuales se creó y opera la Unión Postal Internacional. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con los servicios postales. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-823 de 2013.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 20 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 23 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 15 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365

CESIONARIO DE CORREOS U OPERADOR POSTAL OFICIAL - Condiciones que deben cumplir / REQUISITOS LEGALES PARA SER OPERADOR POSTAL - No se exige que sea una entidad pública

Ninguna norma constitucional ni legal exige hoy en día que el Concesionario de Correo sea una entidad pública. Como se ha visto, la ley solamente requiere que dicho operador cumpla las siguientes condiciones: (i) Tener el carácter de operador postal, para lo cual debe cumplir los requisitos señalados en el artículo 4º de la Ley 1369, entre los cuales se encuentra el de ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia, cuyo objeto principal consista en la prestación de servicios postales. (ii) Celebrar con la Nación, por intermedio del MINTIC, un contrato de concesión para la prestación del servicio de correo. (iii) Cumplir los requisitos exigidos para prestar los otros servicios involucrados en el SPU (como, por ejemplo, el servicio de giros postales internacionales). (iv) Disponer de una red postal de cobertura nacional e internacional, en las condiciones y dentro de los plazos que señale el citado ministerio. (v) Cumplir con los demás requisitos técnicos, operativos y económicos que establezca el MINTIC, para garantizar la prestación permanente, eficiente y de buena calidad del Servicio Postal Universal. En consecuencia, dentro del marco constitucional y legal que rige actualmente en Colombia para los servicios postales, se impone claramente la conclusión de que cualquier persona jurídica, de derecho público o privado, de capital estatal, privado o mixto, nacional o extranjera, puede prestar el Servicio Postal Universal, incluyendo el servicio de correos nacional e internacional, siempre que cumpla con las condiciones y requisitos antes mencionados. También es necesario mencionar que de acuerdo con el mismo artículo 365 constitucional, los servicios públicos “*podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares*”. En el caso del servicio de correo, se observa que, aun cuando

éste ha sido prestado tradicionalmente por el Estado en forma directa (primero por conducto del entonces Ministerio de Comunicaciones, luego de Adpostal y finalmente de “4-72”), la Constitución Política y la Ley 1369 de 2009 permiten al Estado prestar este servicio de manera indirecta, es decir, por intermedio de particulares, como sucedería si el Estado otorgara una concesión para estos efectos a una persona jurídica de carácter privado. Dado lo anterior, el hecho de que el conjunto de los servicios postales estén calificados legalmente como un servicio público, y la circunstancia de que la titularidad de los mismos pertenezca al Estado, no riñe con la posibilidad de que tales servicios, incluyendo el SPU, sean prestados por personas jurídicas de derecho privado, bajo la permanente regulación, supervisión y control del Estado y, adicionalmente, en el caso del Servicio Postal Universal, con el cumplimiento de las condiciones técnicas, operativas y económicas (tarifas) fijadas por el MINTIC.

FUENTE FORMAL: LEY 1369 DE 2009

OPERADOR ESTRATEGICO - Alternativas de enajenación de la participación estatal en la sociedad Servicios Postales Nacionales 472 / SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472 - Naturaleza jurídica / SOCIEDADES PUBLICAS O SOCIEDADES ENTRE ENTIDADES PUBLICAS- Naturaleza jurídica y régimen legal

En la consulta se afirma que como resultado de los estudios, indagaciones y análisis efectuados con el fin de buscar un “operador estratégico” para “4-72”, se ha llegado a la conclusión de que habría dos alternativas principales para concretar dicho fin: (i) enajenar a particulares solo la participación que tiene el fideicomiso “PAR Adpostal”, representado por Fidagraria S.A., o (ii) transferir a personas privadas la participación que tienen todas las entidades y patrimonios autónomos de carácter público en dicha sociedad, que equivale al ciento por ciento (100%) del capital. Para analizar cada una de estas posibilidades, desde el punto de vista jurídico, es importante recordar la naturaleza jurídica de Servicios Postales Nacionales S.A. Dicha entidad es una “sociedad pública” o sociedad entre entidades públicas, cuyo capital pertenecía en su mayor parte a una empresa industrial y comercial del Estado (Adpostal), actualmente liquidada, y hoy en día pertenece a un patrimonio autónomo conformado con recursos públicos. A este tipo de entidades se refiere la Ley 489 de 1998 en varias normas. Los artículos 38 y 68 ibídem clasifican expresamente a las sociedades públicas dentro del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. El párrafo primero del artículo 38 citado agrega que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta con una participación estatal superior al 90% de su capital, están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. (...) Finalmente, el artículo 109 ejusdem preceptúa que el control administrativo sobre las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta se hará por conducto de los representantes legales de las entidades y organismos participantes o sus

delegados, en los órganos internos de dirección y deliberación de la filial. Todo lo anterior permite concluir que Servicios Postales Nacionales S.A. es una sociedad pública o de capital público, que era filial de una empresa industrial y comercial del Estado. Por lo tanto, se trata de una entidad pública descentralizada indirecta, que forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 68 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 94 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 109 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 49

VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO - Normas procesales o adjetivas / INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 22 DE LA LEY 1105 DE 2006 - Entendimiento que debe dársele al término "actuaciones" / ADPOSTAL - Enajenación de sus acciones en la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72 / ENAJENACION DE ACCIONES - Normas que regulan la enajenación que las entidades públicas hagan de su participación en otras empresas

Dado que la Ley 1105 de 2006 fue expedida después de haberse ordenado la supresión y la liquidación de Adpostal, es necesario determinar si las disposiciones de dicha ley y, en particular, su artículo 17, son aplicables a la liquidación de Adpostal. A este respecto, el artículo 22 de la Ley 1105 preceptúa: "*Las actuaciones iniciadas con base en las normas que por esta ley se modifican, se concluirán con arreglo a las disposiciones vigentes al momento de su iniciación; las demás, se someterán a lo que establece esta ley*". El término "actuaciones" que utiliza dicha norma podría ser entendido como el proceso liquidatorio en su integridad, o también como cada una de las etapas y actividades que se cumplen en desarrollo del mismo. En el primer caso habría que concluir que la liquidación de Adpostal no se rige por la Ley 1105 de 2006, porque el proceso de liquidación de tal entidad ya se había iniciado al momento de entrar en vigencia dicha ley. En el segundo caso, sería necesario concluir que las actividades y etapas del proceso liquidatorio que no habían empezado el 13 de diciembre de 2006 (fecha de publicación de la Ley 1105) se rigen por lo dispuesto en dicha normatividad. La Sala considera que de las dos interpretaciones mencionadas, es correcta la segunda, es decir, que la expresión "actuaciones" debe entenderse como las diferentes etapas y actividades que se realizan dentro del proceso de liquidación, y no como el proceso en su totalidad. En efecto, debe recordarse que las disposiciones sobre liquidación de entidades públicas y privadas son, en su mayor parte, normas de procedimiento, y que en relación con esta clase de reglas, la tradición jurídica colombiana, materializada en varios preceptos legales, en la jurisprudencia y en la doctrina, enseña que las normas adjetivas o procedimentales son de aplicación general inmediata, es decir, que rigen desde el momento en que entran en vigencia, aun respecto de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos en curso, sin perjuicio de que los plazos que se encuentren corriendo, los recursos en trámite y otras actuaciones particulares dentro de un proceso se sigan gobernando por las normas con base en las cuales

se iniciaron. Pues bien, si el término “actuaciones” a que se refiere el artículo 22 de la Ley 1105 de 2006 se interpretara como sinónimo del proceso de liquidación, sin tener una razón suficientemente fuerte que apoye dicha equivalencia, la consecuencia de esto sería que la citada ley no podría aplicarse a los procesos de liquidación que se encontraban en curso (en cualquier etapa) al momento de promulgarse esa normatividad, con lo cual se estaría incurriendo injustificadamente en la excepción a la regla general sobre la aplicación de las normas procesales en el tiempo. (...) Como la expresión “actuaciones” no es clara ni unívoca, sino que, por el contrario, permite varios significados, es necesario interpretarla en un sentido restringido, es decir, como referida a cada una de las etapas o actividades que se lleven a cabo en un proceso de liquidación, entendimiento con el cual se mantiene la regla general que rige en nuestro ordenamiento en cuanto a la aplicación de las normas procedimentales en el tiempo y se obedece lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso. Así, es claro que como la enajenación de las acciones que posee el “PAR Adpostal” en la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. no se ha realizado aún, dicha actividad está sujeta a las reglas contenidas en el Decreto Ley 254 de 2000, tal como fue modificado por la Ley 1105 de 2006.

FUENTE FORMAL: LEY 1105 DE 2006 - ARTICULO 22

ADPOSTAL - Procedimiento a seguir para la enajenación de sus acciones en la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. "4-72" / SERVICIOS POSTALES NACIONALES - La enajenación de la participación de Adpostal debe sujetarse a las reglas señaladas en la Ley 1105 de 2006 / SERVICIOS POSTALES NACIONALES - Eventual transformación en una sociedad de economía mixta del orden nacional como resultado de la enajenación de la participación de Adpostal en su capital

Dado que la enajenación de las acciones que posee el “PAR Adpostal” en la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. no se ha realizado aún, dicha actividad está sujeta a las reglas contenidas en el Decreto Ley 254 de 2000, tal como fue modificado por la Ley 1105 de 2006. En esa medida, Fiduagraria S.A., luego de efectuar la valoración de las acciones en la forma prevista en el artículo 31 del Decreto 254 de 2000 (modificado por el 17 de la Ley 1105), tendría que realizar una primera etapa consistente en su ofrecimiento a las personas indicadas en el artículo 3º de la Ley 226 de 1995. Después de agotada esta etapa inicial, si las acciones ofrecidas fueren enajenadas parcialmente o si ninguna de ellas fuere adquirida por terceros, la participación accionaria mencionada o el remanente de la misma, según el caso, tendría que ser enajenado por el procedimiento descrito en la norma citada del Decreto Ley 254 de 2000, utilizando, en todo caso, mecanismos que permitan una amplia concurrencia. Ahora bien, si como resultado de este negocio, la totalidad de las acciones que pertenecen actualmente al fideicomiso “PAR Adpostal”, o parte de ellas, fuere enajenada a particulares, Servicios Postales Nacionales S.A. se

transformaría en una sociedad de economía mixta, del orden nacional, pues su capital pasaría a ser propiedad de una o varias personas de derecho privado (naturales o jurídicas) y de varias entidades y patrimonios autónomos públicos. (...) Ahora bien, el régimen jurídico al cual estaría sometida la sociedad de economía mixta en la que se convierta Servicios Postales Nacionales S.A., depende del porcentaje de participación estatal que se transfiera efectivamente a los particulares. Si dicho porcentaje fuere igual o inferior al 10%, la sociedad de economía mixta se regiría por las mismas normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo disponen el artículo 38 y el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489. Por el contrario, si el porcentaje de participación que efectivamente llegaren a adquirir personas naturales o jurídicas de derecho privado en el capital de "4-72" fuere superior al 10%, la sociedad de economía mixta que surja de dicha operación estaría sujeta a las reglas especiales consagradas para esa clase de entidades en la Ley 489 de 1998 y en otras leyes, así como a las normas generales que gobiernan las sociedades mercantiles, contenidas principalmente en el Código de Comercio. Vale la pena precisar, adicionalmente, que si la participación que adquirieren los particulares fuese inferior al 50% del capital social, lo cual implicaría que el Estado continuare poseyendo una participación superior al 50%, la eventual sociedad de economía mixta que surja de la enajenación seguiría siendo una "entidad estatal", conforme a lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 1º, literal a) de la Ley 80 de 1993, y estaría sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con las salvedades que establece el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 1105 DE 2006

OPERADOR POSTAL - Puede serlo una sociedad pública, o de economía mixta u otra clase de entidad pública o privada / SERVICIO POSTAL UNIVERSAL - Incluso bajo esquemas de asociación público privada podría financiarse con recursos estatales / RECURSOS ESTATALES - Es posible financiar con estos recursos el déficit que genere la prestación del Servicio Postal Universal

En el caso del servicio de correo, la Ley 1369 de 2009 solamente exige que el respectivo concesionario tenga el carácter de operador postal, además de los requisitos de cobertura geográfica de la red y de cumplimiento de las demás condiciones técnicas, operativas y económicas que establezca el MINTIC. Y para ser operador postal, la ley exige tener la condición de persona jurídica cuyo objeto principal sea la prestación de servicios postales, sin que imponga el requisito de ser una sociedad pública, o de economía mixta u otra clase en particular de entidad pública o privada. Tampoco se opone a la conclusión anterior lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 1369, en el sentido de que *"el Servicio Postal Universal prestado por el Operador Oficial o Concesionario de Correo se financiará con los recursos que le transfiera el Fondo de Tecnologías de la Información y las*

Comunicaciones provenientes de las contraprestaciones estipuladas en el artículo 14 de la presente ley, así como las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación de cada vigencia”, ni lo prescrito en la misma norma en cuanto a que “el Operador Postal Oficial... no podrá destinar recursos financieros distintos a los señalados en el presente artículo para financiar el Servicio Postal Universal”. Lo primero que debe mencionarse es que concluir, con base en la norma citada, que un particular no pueda ser designado como Operador Postal Oficial, resultaría contradictorio con lo dispuesto en el artículo 6º de la misma ley (1369), cuando establece que “el contrato de concesión para el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo se regirá por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, ya que es intrínseco a dicha modalidad contractual la posibilidad de que actúe como concesionario un particular, más aun bajo el régimen legal que actualmente gobierna tales contratos, es decir, la Ley 1508 de 2012. En efecto, el artículo 1º de esta regulación define las “Asociaciones Público Privadas”, concepto que incluye los contratos de concesión (artículo 2º ibídem), como “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan (sic) en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados...”. (Se resalta). Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Ley 1508 de 2012 permite expresamente que los proyectos estructurados bajo esquemas de asociación público – privada se financien exclusivamente con recursos de los inversionistas privados, o bien con sumas de dinero aportadas tanto por estos como por las entidades públicas contratantes. Por lo tanto, la Sala concluye que no resulta inconstitucional ni contrario al ordenamiento legal concluir que el Servicio Postal Universal se financie con recursos estatales (del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –FONTIC- y del Presupuesto General de la Nación), aunque la persona jurídica que en el futuro preste dicho servicio fuere de derecho privado y de capital privado.

FUENTE FORMAL: LEY 1369 DE 2009 / LEY 1508 DE 2012

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: ALVARO NAMEN VARGAS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015).

Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00249-00 (2234)

Actor: MINISTERIO DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES

Referencia: Naturaleza jurídica y regulación de los servicios postales. Servicio Postal Universal. Enajenación de la participación accionaria del Estado en Servicios Postales Nacionales S.A. Efectos sobre el contrato de concesión No. 000010 de 2004 para la prestación del servicio de correo.

El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones solicita a la Sala su concepto sobre los efectos jurídicos que tendría en el contrato de concesión para la prestación del servicio de correo N° 000010 del 9 de julio de 2004, suscrito entre la Nación – Ministerio de Comunicaciones – y la extinta Administración Postal Nacional, la eventual enajenación, total o parcial, de la participación accionaria que el Estado tiene, por intermedio de diversas entidades y patrimonios autónomos, en el capital de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A., conocida también como “4-72”, a favor de una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza privada.

I. ANTECEDENTES

En primer lugar (bajo el título de “*antecedentes legales y contractuales*”), el funcionario consultante hace un recuento de las normas en virtud de las cuales se creó la Administración Postal Nacional (Adpostal) y se establecieron sus funciones, disposiciones con base en las cuales se celebró el contrato de concesión para la prestación del servicio de correo.

Asimismo se refiere a las normas mediante las cuales se autorizó la creación de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. (“4-72”), como filial de Adpostal, y se le subrogó el referido contrato de concesión, que fue prorrogado en dos ocasiones, la segunda con fundamento en la Ley 1369 de 2009¹, contrato que actualmente se encuentra vigente.

En una segunda parte de los antecedentes (intitulada “*situación de hecho y alternativas de enajenación*”), el Ministro manifiesta que desde hace algún tiempo el Gobierno Nacional ha estado evaluando alternativas para fortalecer financiera, operativa y técnicamente a “4-72”, mediante la participación de un inversionista privado, de lo cual han surgido principalmente dos (2) opciones: (i) enajenar solamente las acciones que en dicha sociedad tiene actualmente el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Adpostal (PAR Adpostal), por conducto de la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - Fiduagraria S.A. -, o (ii) enajenar la participación que poseen todas las entidades públicas y patrimonios autónomos del Estado en el capital de “4-72”, la cual equivale al 100%, con lo que dicha sociedad pasaría a ser una compañía enteramente privada.

¹ “Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones”.

Ahora bien, en relación con los antecedentes legales y contractuales citados en la consulta, la Sala estima relevante mencionar los siguientes:

Con el Decreto 3267 de 1963² se creó la Administración Postal Nacional, Adpostal, como un establecimiento público adscrito al entonces Ministerio de Comunicaciones, y se le encargó la prestación de los servicios postales en Colombia.

Posteriormente, en virtud del Decreto 2124 de 1992³, Adpostal se transformó en una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones. Este mismo decreto autorizó a dicha empresa para constituir y participar en sociedades afines y complementarias a su objeto.

Luego, el artículo 15 del Decreto 229 de 1995⁴ precisó que Adpostal prestaría el servicio de correos nacional e internacional mediante concesiones que le otorgaría el Ministerio de Comunicaciones, por el procedimiento de contratación directa.

Con base en lo anterior, la Nación – Ministerio de Comunicaciones - y Adpostal suscribieron el contrato interadministrativo de concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004.

Mediante el Decreto 4310 de 2005⁵, el Gobierno autorizó a Adpostal para constituir una filial, en los términos del artículo 49 de la Ley 489 de 1998⁶. En virtud de dicha autorización, se creó Servicios Postales Nacionales S.A., también denominada “4-72”, como sociedad pública filial de Adpostal, vinculada al entonces Ministerio de Comunicaciones.

El documento CONPES 3440 del 18 de agosto de 2006, denominado *“Lineamientos de Política para Reestructurar el sector postal colombiano”*,

² “Por el cual se dictan disposiciones sobre reorganización y funcionamiento del Ministerio de Comunicaciones”.

³ “Por el cual se reestructura la Administración Postal Nacional - Adpostal –”.

⁴ “Por el cual se reglamenta el Servicio Postal”.

⁵ “Por el cual se otorga una autorización”.

⁶ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. El artículo 49 de esta ley dispone, en lo pertinente:

“Artículo 49. Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos...”

“Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

“Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

“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...”.

recomendó adelantar los trámites necesarios para, entre otras cosas: (i) suprimir Adpostal; (ii) asignar sus funciones como operador postal a Servicios Postales Nacionales S.A., con el fin de garantizar la continuidad del Servicio Postal Universal y competir activamente en el mercado postal colombiano, y (iii) *“evaluar la viabilidad y conveniencia de vincular a un operador estratégico a la prestación de los servicios postales a cargo de la Nación...”*.

Siguiendo los lineamientos establecidos en el documento de política mencionado, el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de Adpostal, mediante el Decreto 2853 de 2006. Entre otros puntos, dicho decreto dispuso que la entidad que señalara el Gobierno Nacional se subrogaría en los derechos, contratos, convenios y obligaciones contraídas por Adpostal con el Ministerio de Comunicaciones, así como en los títulos habilitantes y derechos otorgados a Adpostal para la prestación de los servicios de correo y de mensajería especializada y para la emisión de especies postales, así como en cualquier otro derecho del cual fuera titular Adpostal.

Mediante el Decreto 2854 de 2006⁷, el Gobierno estableció que como resultado de la supresión de Adpostal, las actividades relacionadas con la prestación del servicio postal quedaban a cargo de Servicios Postales Nacionales S.A. Por esta razón, dicha sociedad pasó a ser el “Operador Postal Oficial” o “Concesionario de Correo” a que se refiere actualmente la Ley 1369 de 2009, calificación que incluye los siguientes servicios: (i) el Servicio Postal Universal, (ii) el servicio de correo, (iii) los servicios postales de pago, (iv) el servicio de giros internacionales y (v) la denominada “área de reserva”.

Por solicitud de “4-72”, como subrogataria o cesionaria de Adpostal en el contrato de concesión N° 000010 de 2004, dicho negocio se prorrogó el 8 de julio de 2014 por un término de diez (10) años, y constituye en la actualidad el “activo” más importante de esa sociedad pública. Adicionalmente, en dicha prórroga se adecuaron las condiciones del servicio a lo dispuesto en la Ley 1369 y sus normas reglamentarias, y se incluyó una cláusula que consagra la variabilidad de las condiciones y la renegociación de las prestaciones económicas del contrato, en el evento de que se produzca un cambio en la naturaleza jurídica de “4-72” u otras circunstancias que lleguen a implicar que el Estado pierda su condición de accionista mayoritario en dicha compañía.

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

⁷ *“Por el cual se designa el garante de la prestación del servicio público postal a cargo de la Administración Postal Nacional, Adpostal (hoy en liquidación)”*.

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.

Finalmente, el 4 de noviembre de 2011, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE -, Servicios Postales Nacionales S.A., el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MINTIC) suscribieron el contrato interadministrativo de gestión de proyectos N° 211031⁸, con el fin de realizar los estudios y ejecutar las actividades necesarias para encontrar un socio estratégico para “4-72” y concretar, de esta forma, la recomendación efectuada en el documento CONPES 3440 de 2006. En desarrollo de este convenio, FONADE ha suscrito varios contratos, entre ellos uno con la Unión Temporal Banca de Inversión Servicios Postales Nacionales, cuyo objeto es el de *“adelantar el proceso de búsqueda de solución empresarial para Servicios Postales Nacionales S.A. SPN (4-72) y el aseguramiento de la prestación eficiente de los Servicios Postales Universales a cargo de la Nación”*.

Ahora bien, como resultado de estos estudios e indagaciones, han surgido dos alternativas principales:

- (i) Enajenar a particulares solamente la participación accionaria que pertenece al “PAR Adpostal”, representado por Fiduagraria S.A. (95.8% del capital). Dado que esta venta forma parte del proceso de liquidación de Adpostal, se tendría que hacer con sujeción a las normas contenidas en el Decreto Ley 254 de 2000⁹, modificado por la Ley 1105 de 2006¹⁰, en la cual se ordena aplicar, en una primera etapa, lo dispuesto en la Ley 226 de 1995¹¹ en cuanto al ofrecimiento preferencial de las acciones a ciertos sectores de la sociedad.
- (ii) Enajenar a particulares la participación integral del Estado en “4-72”, es decir, la participación de todas las entidades y patrimonios autónomos de carácter público en dicha sociedad, que equivale al 100% del capital, con lo cual pasaría a ser una entidad completamente privada. En este caso, se aplicarían plenamente las normas que regulan la privatización o democratización de la

⁸ En la numeración de FONADE.

⁹ *“Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional”*.

¹⁰ *“Por medio de la cual se modifica el Decreto-ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones”*.

¹¹ *“Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”*.

propiedad accionaria del Estado, contenidas principalmente en el artículo 60 de la Constitución Política¹² y en la Ley 226 de 1995.

Con fundamento en los anteriores hechos y consideraciones, el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones formula a la Sala las siguientes preguntas:

“1. ¿En cada uno de los escenarios indicados en la sección II del presente documento continuaría con plenos efectos jurídicos el Contrato de Concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004 y prorrogado el 8 de julio 2014, el cual fue celebrado como un Convenio Interadministrativo y en virtud del cual 4-72 detenta la calidad de Operador Postal Oficial y de concesionario?”

“2. La continuidad del Contrato de Concesión N° 000010 en los escenarios descritos estaría determinada por el porcentaje de participación accionaria pública y privada resultante en 4-72 de las alternativas descritas en la Sección II de este documento?”

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a dichos interrogantes la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) Naturaleza jurídica y régimen legal de los servicios postales – el Servicio Postal Universal (en adelante SPU); (ii) el contrato de concesión para la prestación del servicio de correo – subrogación de Adpostal a Servicios Postales Nacionales S.A.; (iii) análisis de las alternativas de enajenación de la participación estatal en “4-72”, y (iv) efectos de dicha enajenación frente al contrato de concesión.

A. Naturaleza jurídica y régimen legal de los servicios postales en Colombia

El conjunto de los servicios postales ha sido calificado en nuestro país como un servicio público cuya titularidad pertenece al Estado.

Así lo dispone actualmente el artículo 1º de la Ley 1369 de 2009:

“Artículo 1º. Ámbito de aplicación, objeto y alcance. La presente ley señala el régimen general de prestación de los servicios postales y lo pertinente, a las entidades encargadas de la regulación de estos servicios, que son un servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución Política. Su prestación estará sometida a la regulación, vigilancia y control del Estado, con sujeción a los

¹² “Artículo 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

“Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia”.

principios de calidad, eficiencia y universalidad, entendida esta última, como el acceso progresivo a la población en todo el territorio nacional.

“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”. (Subrayas ajenas al texto original).

Lo previsto en esta ley recoge lo que al respecto consagra la tradición jurídica colombiana en esta materia, desde tiempos anteriores a la República. La Corte Constitucional, en las sentencias C-407 de 1994¹³ y C-823 de 2011¹⁴ hace un recuento histórico sobre el tratamiento jurídico que se ha dado a los servicios postales en Colombia. De la segunda providencia citada, destacamos los siguientes pasajes:

“Durante la época de la Colonia, el servicio de correo postal era prestado por particulares, gracias a privilegios reales. Ya en la época republicana, mediante la Ley Orgánica de los Correos Nacionales del 27 de abril de 1859, se realizó un esfuerzo por organizar una prestación continua del servicio de correo a lo largo del país, pero no fue establecido como un monopolio a favor del Estado (Confederación Granadina), de manera que se autorizaba la prestación por parte de particulares, incluso en las mismas líneas establecidas por el Gobierno Nacional. La Ley Orgánica de los Correos Nacionales del 27 de abril de 1859, en su artículo 11 autorizó el envío de correspondencia y encomiendas de valores...”

“El Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia, expedido en 1873, en su Título 7º reglamentó el servicio de correos, establecido con el propósito “de transportar la correspondencia y los impresos que cursen por las líneas de correos que mantenga el Gobierno nacional,” y poner en comunicación al Gobierno con los Estados de la Unión, con las aduanas, puertos...”

“El posterior Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912), incluyó dentro de lo que denominaba como servicios nacionales, el servicio de “Correos y Telégrafos,” el cual estaba a cargo del Estado a través de una Dirección General¹⁵, y autorizó su desarrollo por parte de entidades territoriales y particulares. La prestación del servicio de telégrafos, o de cualquier otra forma de comunicación inalámbrica se entendía como reservada al Estado, el cual mediante habilitación podía realizarla conjuntamente con particulares. La forma de cancelación del servicio por parte de los particulares también fue prevista en el Código, a través de “especies postales” emitidas privativamente por el Gobierno para dicho propósito, entre las cuales se mencionaban sellos de correo, tarjetas, cubiertas de valor, cubiertas de servicio postal y patentes, que se emitirían con los valores y clases determinadas en las convenciones postales, leyes y reglamentos. En 1913, mediante la Ley 124, se nacionaliza el servicio de correos en el país y se ordena al Gobierno organizar y

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-407 del 15 de septiembre de 1994. Expediente D-541.

¹⁴ Ídem. Sentencia C-823 del 2 de noviembre de 2011. Expediente D-8489.

¹⁵ “[10] Artículo 519”.

financiar el servicio en todo el territorio, con la transitoria participación de los departamentos en la prestación del mismo y en la emisión de especies postales.

“En consonancia con el mandato encargado al Gobierno, se dictó en 1914 la Ley 76, “orgánica de los ramos de Correos y Telégrafos.” La ley reiteró la exclusividad estatal en la prestación del servicio de correos y telegrafía, asunto que fue reiterado por la Ley 68 del 15 de diciembre de 1916. La Ley 82 de 1916 reformó la ley orgánica de correos y telégrafos de 1914 para dictar normas destinadas a mejorar la prestación del servicio, y autorizó nuevamente la prestación por parte y a cuenta de las entidades territoriales del servicio de correos. (...)

“En 1945 se expidió el Decreto 1418 “reglamentario de los Servicios Nacionales de Correos, Telégrafos y Teléfonos,” en él se reiteró el monopolio estatal sobre el servicio de correos, sin perjuicio del servicio especial que pudiera ser prestado por las entidades territoriales a su cargo y por su cuenta. El correo aéreo quedó expresamente reservado al Gobierno. Sin perjuicio del monopolio, la ley autorizó al Ministerio de Correos y Telégrafos¹⁶ para permitir a particulares el establecimiento de servicios de correspondencia previo contrato y sólo para correspondencia ordinaria dentro del país. Este decreto también previó la emisión de especies postales, definidas como el medio de pago del servicio postal, que se reserva con exclusividad al Estado¹⁷. (...)

(...)

“Con el Decreto 1580 de 1974 se definió el servicio postal como aquél que “comprende el servicio de correos y los servicios financieros de carácter postal, prestado tanto en el interior como en el exterior.”¹⁸ Esta normatividad reiteró la prestación del servicio postal a título de monopolio estatal, sin perjuicio del concurso de los particulares,¹⁹ con el propósito de “garantizar la libertad y el secreto de la correspondencia” y asegurar la comunicación del Gobierno nacional...

(...)

“En 1994 se dictó el Decreto 1697, en el cual se autorizó a los concesionarios de servicios de correos a prestar los servicios tradicionales de correo recomendado o asegurado y, en general, los definidos como postales especiales hasta tal fecha, así como los servicios financieros de correos, es decir aquellos envíos con valor declarado y los giros postales y telegráficos²⁰. (...)”

Por su parte, en la sentencia C-407 de 1994, antes citada, la Corte sintetizó de la siguiente forma el tratamiento jurídico dado a dichos servicios hasta la Ley 80 de 1993²¹:

¹⁶ “[11] Creado mediante Ley 31 de 1923”.

¹⁷ “[12] Artículo 18”.

¹⁸ “[19] Artículo Primero”.

¹⁹ “[20] Artículo cincuenta y cinco”.

²⁰ “[30] Artículo 5”.

²¹ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

“(…) el análisis de la evolución legislativa relativa a los servicios postales demuestra que desde principios de siglo²² y hasta nuestros días, estos servicios han constituido un monopolio estatal. (...) Esa titularidad pública exclusiva de los servicios postales, a veces denominados servicios de correo, se ha mantenido hasta nuestros días. Los cambios que han introducido las normas posteriores están relacionadas con la posibilidad de que los particulares puedan prestar tal servicio, mediante un régimen de concesión o licencia, como es obvio, bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, pero en ningún momento se ha puesto en cuestión la reserva estatal de los servicios postales. (...)” (Subrayas añadidas).

Con respecto a la Ley 80, vale la pena mencionar que el artículo 37, el cual fue derogado expresamente por el artículo 50 de la Ley 1369, consagraba el régimen contractual de los servicios postales, en los siguientes términos: (i) establecía que los servicios postales incluían los servicios de correo y de mensajería especializada, y definía cada uno de esos grupos; (ii) señalaba que la prestación de los servicios de correo exigía la celebración de un contrato de concesión con el Estado, previa realización de un procedimiento de selección objetiva; (iii) disponía que el Estado autorizaba, mediante licencia, la prestación del servicio de mensajería especializada, y (iv) preceptuaba que el término de duración de las concesiones para el servicio de correo no podía exceder de cinco (5) años, pero podía prorrogarse por igual término, antes de su vencimiento.

Esta disposición legal fue reglamentada por el Decreto 229 de 1995²³, cuyo artículo 1º definió expresamente los servicios postales como un “servicio público”, incluyendo tanto el servicio de correo como el de mensajería especializada. Por su parte, el artículo 12 ibídem estatuyó que el entonces Ministerio de Comunicaciones ejercía, en nombre de la Nación, la titularidad de los servicios postales, y era la entidad que debía otorgar las concesiones y licencias requeridas para su prestación. El artículo 43 del mismo decreto disponía que “*los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, deben transportar su correo nacional e internacional a través de la red oficial de correos de conformidad con el artículo 10 del Decreto 75 de 1984*”.

Vale la pena aclarar que el Decreto 75 de 1984 calificaba expresamente los servicios de correo como un “*monopolio estatal*” que se prestaba por conducto de la Administración Postal Nacional, Adpostal.

Actualmente, la Ley 1369 de 2009, aunque no califica expresamente los servicios postales como un “monopolio estatal”, sí establece en forma explícita que se trata de un servicio público cuya titularidad recae en el Estado, quien puede habilitar para su prestación a “*empresas públicas y privadas*”, ya sea mediante contratos

²² Se refiere al siglo XX.

²³ Derogado expresamente por el artículo 50 de la Ley 1369 de 2009.

de concesión (en el caso del correo) o mediante licencias (en el caso de los demás servicios postales), como atrás se indicó.

Sobre este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-823 de 2011, ya referida, manifestó:

“Sólo hasta el año de 2009 vuelve a expedirse una legislación integral sobre los servicios postales, precisamente la incluida en la Ley 1369 aquí parcialmente demandada. En esta Ley 1369 de 2009 se reitera la categorización de los servicios postales como un servicio público, sujeto a los principios de calidad, eficiencia y universalidad definidos en el artículo 365 de la Constitución Política, así como el monopolio estatal sobre los mismos, y la prestación con el concurso de los particulares, previa habilitación²⁴”.

Dicho régimen obedece, por una parte, a la estrecha vinculación que la prestación de los servicios postales, especialmente el de correo, tiene con la protección y efectividad de algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución Política, como la libertad de expresión (artículo 20), el derecho a la información (ídem), el derecho de petición (artículo 23), el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia privada (artículo 15), entre otros; y por otra parte, a la obligación que le asiste el Estado colombiano de cumplir los compromisos asumidos frente a otros países en virtud de tratados internacionales, como aquellos mediante los cuales se creó y opera la Unión Postal Internacional.

En relación con el primer aspecto, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente en la providencia citada:

“El servicio postal se encuentra íntimamente ligado a la efectividad de varios derechos humanos y ello le confiere una naturaleza muy especial. Como garantía de ejercicio de dos derechos humanos centrales para el ejercicio de una vida digna y el desarrollo libre de las ideas y pensamientos, como lo son el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, los servicios postales han venido a concretar la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, la cual se busca proteger aún en tiempos de crisis o de eventos fortuitos”.

Y en cuanto al segundo aspecto, la misma Corporación explicó en la sentencia citada:

“4.3. *En el ámbito internacional, Colombia hace parte de la Unión Postal Internacional²⁵ desde 1881.²⁶ Esta organización, establecida desde 1874, es*

²⁴ “[32] Artículo 1”.

²⁵ “[39] La Unión Postal Internacional cuenta con cuatro órganos. El Congreso es el principal de ellos cuya función es de carácter legislativo... También cuenta con un Consejo de Administración, el cual sesiona anualmente con representantes de 41 países miembros, y se encarga de garantizar la continuidad de las labores de la Unión Postal Internacional entre congresos, e incluso de adoptar medidas relativas a los servicios postales que se hagan necesarias en el interregno de los congresos...”

*considerada la segunda organización multilateral más antigua del mundo, que desde 1948 se integra a la Organización de Naciones Unidas como un organismo especializado.*²⁷

“Esta organización tiene como objetivo afianzar y mejorar los servicios postales, participar en la asistencia técnica postal que soliciten los países miembros y fomentar la cooperación internacional en materia postal. La Unión fija tarifas, límites máximos y mínimos de peso y tamaño, reglas para el uso y control de los sistemas postales de pago...

“Colombia es además Parte de las Actas de las Constituciones, el Convenio, los Acuerdos y los respectivos Reglamentos del XVI Congreso de la Unión Postal Universal firmado en Tokio en 1969, incorporadas al orden interno mediante la Ley 61 de 1973, mientras que la Ley 19 de 1978 incorporó en el orden interno las Actas del XVII Congreso de la Unión, firmadas en Lausana en 1974. Respecto de las Actas aprobadas en el Congreso de Ginebra en 2008, el país acaba de aprobar el Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago, mediante Ley 1442 de 2011 y falta formalizar su adhesión”.

Merece la pena resaltar que el propósito fundamental de estos convenios internacionales es el de garantizar el libre tránsito de cartas y otros objetos postales (tarjetas, encomiendas, muestras comerciales etc.) entre los países que forman parte de dichos tratados, de tal manera que el territorio de los mismos constituya, para estos efectos, un solo territorio²⁸.

Ahora bien, en cuanto al ámbito material de lo que constituyen hoy en día “servicios postales”, así como las personas que se encuentran facultadas para

El Consejo de Operaciones Postales, también integrado por representantes de 40 países miembros... es un órgano de carácter técnico y operativo, que se encarga de la proposición de medidas para el sector postal, de asesorar a las administraciones postales nacionales, de vigilar las necesidades operacionales, económicas y comerciales de los servicios postales y de formular recomendaciones a los países miembros en torno a la estandarización de los distintos servicios. Finalmente se encuentra la Oficina Internacional, que como órgano administrativo cumple funciones secretariales para todos los demás órganos... De conformidad con la Constitución de la Unión Postal Universal –que es el tratado por el cual se establecen las reglas para la organización y la adopción de sus decisiones, la Unión Postal Internacional adopta sus determinaciones mediante Actas. La principal de ellas es la Constitución. Luego se encuentra la Convención de servicios postales, acuerdo que rige la esencia de los servicios postales y determina las condiciones que posibilitan su universalidad. Los Reglamentos desarrollan en mayor detalle los acuerdos contenidos en las diferentes modalidades de Actas. Los Acuerdos... son aquellos tratados de carácter multilateral, que sólo obligan a los países miembros que los suscriban o que se adhieran, y tienen por objeto establecer servicios adicionales al postal universal”.

²⁶ “[40] “Acuerdo relativo a los servicios postales de pago”, firmado en Ginebra, el 12 de agosto de 2008, aprobado por Ley 1442 de 2011. Declarado exequible mediante la Sentencia C-792 de 2011” (sic).

²⁷ “[41] *Ibídem*”.

²⁸ El artículo 1º, numeral 1º del tratado constitutivo de la Unión Postal Universal estipula: “Los Estados que adoptan esta Constitución comprenden, bajo el título de Unión Postal Universal, un solo territorio postal para el recíproco intercambio de cartas y otros objetos postales. La libertad de tránsito se garantiza dentro del territorio completo de la Unión”. (Traducción libre hecha de la versión oficial en inglés, publicada en la página de Internet de la Unión Postal Universal).

prestarlos, la Ley 1369 de 2009, inspirada para el efecto en las clasificaciones y definiciones establecidas por la Unión Postal Universal, consagra cuatro (4) grandes categorías: (i) los servicios de correo²⁹, (ii) los servicios postales de pago³⁰, (iii) los servicios de mensajería expresa³¹ y (iv) otros servicios postales³².

La misma normatividad define el concepto de Servicio Postal Universal (SPU) así:

“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.
“(…)”*

El artículo cuarto del Decreto 223 de 2014³³ precisa de la siguiente manera cuáles son los servicios que deben entenderse incluidos en el SPU:

“Artículo cuarto - Servicios postales que hacen parte del SPU. Harán parte del servicio postal universal, 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.

*“Parágrafo 1: Los servicios de correo certificado que se presten sobre objetos postales masivos a personas jurídicas públicas o privadas, y a impositores del área de reserva o la franquicia, no serán parte del SPU.
“(…)”.*

Por su parte, el numeral 4.1 de la Ley 1369 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.

²⁹ 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.

³⁰ Giros nacionales y giros internacionales.

³¹ 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).

³² Que determine la Unión Postal Universal (Artículo 3º, numeral 2.4 de la Ley 1369 de 2009).

³³ “Por el cuál establecen (sic) las condiciones de prestación de los servicios exclusivos del Operador Postal Oficial, se definen las condiciones de prestación del Servicio Postal Universal y se fijan otras disposiciones”.

“El Servicio Postal Universal a que se refiere el artículo 13 de la presente ley, la Franquicia, el servicio de giros internacionales y el área de reserva señalada en el artículo 15 de la presente ley, serán prestados por el Operador Postal Oficial de manera exclusiva en concordancia con lo dispuesto en la presente ley”. (Negrillas del original; subrayas añadidas).

El título IV de la misma ley regula con más detalle el Servicio Postal Universal. A este respecto, el artículo 13 dispone:

“Artículo 13. Características del Servicio Postal Universal. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones determinará anualmente teniendo en cuenta los recursos disponibles para su financiación, los criterios y niveles de calidad en términos de: frecuencia, tiempo de entrega, sistema de reclamaciones, así como las tarifas de los servicios pertenecientes al Servicio Postal Universal.

“El Servicio Postal Universal prestado por el Operador Oficial o Concesionario de Correo se financiará con los recursos que le transfiera el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones provenientes de las contraprestaciones estipuladas en el artículo 14 de la presente ley, así como las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación de cada vigencia.

“El Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo no podrá destinar recursos financieros distintos a los señalados en el presente artículo para financiar el Servicio Postal Universal.

“Tampoco podrán (sic) financiar, con estos recursos, la prestación de los Servicios Postales que no tengan las características de Servicio Postal Universal.

“El Operador Postal oficial o Concesionario de Correo, como responsable de prestar el Servicio Postal Universal, deberá llevar contabilidad separada por cada uno de los servicios que preste. (...)”.

El artículo 15 ibídem define lo que se denomina “área de reserva” en los siguientes términos:

“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.

“Los entes públicos de acuerdo con las necesidades de su gestión podrán contratar servicios de mensajería expresa, de conformidad con la Ley de contratación que les rija.

“(...)” (Se subraya).

Por otro lado, 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 reconocerse a dicho operador el costo de las mismas.

Con respecto a las condiciones jurídicas y operativas que debe tener el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo para prestar el SPU, el artículo 5º de la Ley 1369 estatuye:

“Artículo 5º. Requisitos para ser Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo. Para ser Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo se necesitará tener el carácter de Operador Postal y, adicionalmente, un contrato de concesión otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para prestar el servicio postal de correo de manera exclusiva.

“Para la prestación de los demás servicios postales, el Operador Postal Oficial debe cumplir con los requisitos señalados en esta ley para el otorgamiento de las respectivas habilitaciones”. (Resaltamos).

El artículo 6º de la misma ley señala, entre otras cosas, que el contrato de concesión que se suscriba con el Operador Postal Oficial para la prestación del servicio de correo se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Asimismo, vale la pena mencionar que el artículo 4º ejusdem dispone que para ser “operador postal”, en general, se requiere estar habilitado por parte del MINTIC y estar inscrito en el registro de operadores postales. La misma norma establece que para ser habilitado por ese ministerio como operador postal, el interesado debe reunir las siguientes condiciones:

- (i) Demostrar que es una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia y que su objeto social principal es la prestación de servicios postales.
- (ii) Demostrar que tiene un capital social mínimo de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- (iii) *“Definir las características del servicio a prestar en cuanto al ámbito geográfico en el cual desarrollará su actividad; tipo de servicio a prestar; y estructura operativa, que permita asegurar la idoneidad y capacidad para prestar el servicio”.*
- (iv) Pagar las sumas de dinero que genera la habilitación a favor del Estado.

La misma disposición señala que *“el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá fijar requisitos adicionales a los operadores postales en cuanto al patrimonio y a las características de la red”.*

De otra parte, el artículo 16 *ibídem* establece que el Operador Postal Oficial debe contar con una red postal de cobertura nacional e internacional, en las condiciones y dentro de los plazos que establezca el MINTIC.

Finalmente, el artículo 17 de la misma normatividad 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”.

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° 1552 del 10 de julio de 2014, expedida por el MINTIC³⁴.

Como se aprecia, ninguna norma constitucional ni legal exige hoy en día que el Concesionario de Correo sea una entidad pública. Como se ha visto, la ley solamente requiere que dicho operador cumpla las siguientes condiciones:

(i) Tener el carácter de operador postal, para lo cual debe cumplir los requisitos señalados en el artículo 4º de la Ley 1369, entre los cuales se encuentra el de ser una persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia, cuyo objeto principal consista en la prestación de servicios postales.

(ii) Celebrar con la Nación, por intermedio del MINTIC, un contrato de concesión para la prestación del servicio de correo.

(iii) Cumplir los requisitos exigidos para prestar los otros servicios involucrados en el SPU (como, por ejemplo, el servicio de giros postales internacionales).

(iv) Disponer de una red postal de cobertura nacional e internacional, en las condiciones y dentro de los plazos que señale el citado ministerio.

(v) Cumplir con los demás requisitos técnicos, operativos y económicos que establezca el MINTIC, para garantizar la prestación permanente, eficiente y de buena calidad del Servicio Postal Universal.

En consecuencia, dentro del marco constitucional y legal que rige actualmente en Colombia para los servicios postales, se impone claramente la conclusión de que

³⁴ “Por la cual se fijan los estándares técnicos y de calidad para la prestación del Servicio Postal Universal”.

cualquier persona jurídica, de derecho público o privado, de capital estatal, privado o mixto, nacional o extranjera, puede prestar el Servicio Postal Universal, incluyendo el servicio de correos nacional e internacional, siempre que cumpla con las condiciones y requisitos antes mencionados.

A este respecto, es importante recordar que según lo dispuesto por el artículo 365 de la Carta, el Estado puede reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, por razones de soberanía nacional o interés social, tal como ha ocurrido en Colombia con los servicios postales desde antes de la Constitución de 1991. Sobre este punto, la Corte Constitucional manifestó en la citada sentencia C-407 de 1994:

“(…) la propia Constitución autoriza que el Estado se reserve el monopolio de ciertas actividades estratégicas o servicios públicos, cuando determinadas razones de soberanía nacional o de interés social así lo justifiquen (CP art. 365). Conviene, sin embargo, diferenciar estas reservas estatales de los monopolios legales con finalidades rentísticas, previstos por el artículo 336 superior. En efecto, si bien en ambos casos la ley establece una titularidad pública exclusiva que reduce legítimamente el ámbito de la iniciativa privada (CP art. 333), lo cierto es que los procedimientos para su imposición y las finalidades que se persiguen con estas dos técnicas de derechos público son diferentes”³⁵.

“(…)

“En tal contexto, la Corte considera que es necesario analizar si esa reserva estatal sobre los servicios postales en general, y sobre la mensajería especializada en particular, ya existía antes de la expedición de la Constitución de 1991. (...)

“Ahora bien, el análisis de la evolución legislativa relativa a los servicios postales demuestra que desde principios de siglo y hasta nuestros días, estos servicios han constituido un monopolio estatal. (...)” (Se resalta).

Pero también es necesario mencionar que de acuerdo con el mismo canon constitucional, los servicios públicos *“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”* (se destaca). En el caso del servicio de correo, se observa que, aun cuando éste ha sido prestado tradicionalmente por el Estado en forma directa (primero por conducto del entonces Ministerio de Comunicaciones, luego de Adpostal y finalmente de “4-72”), la Constitución Política y la Ley 1369 de 2009 permiten al Estado prestar este servicio de manera indirecta, es decir, por intermedio de particulares, como sucedería si el Estado otorgara una concesión para estos efectos a una persona jurídica de carácter privado.

Dado lo anterior, el hecho de que el conjunto de los servicios postales estén calificados legalmente como un servicio público, y la circunstancia de que la

³⁵ “[3] Corte Constitucional. Sentencia C-318/94 del 14 de julio de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz’.

titularidad de los mismos pertenezca al Estado, no riñe con la posibilidad de que tales servicios, incluyendo el SPU, sean prestados por personas jurídicas de derecho privado, bajo la permanente regulación, supervisión y control del Estado y, adicionalmente, en el caso del Servicio Postal Universal, con el cumplimiento de las condiciones técnicas, operativas y económicas (tarifas) fijadas por el MINTIC.

B. El contrato de concesión para la prestación del servicio de correo y sus prórrogas

Con base en las disposiciones que a la sazón se encontraban vigentes, especialmente el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 y los Decretos 3267 de 1963, 2124 de 1992 y 229 de 1995, el entonces Ministerio de Comunicaciones y Adpostal celebraron el contrato de concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004, cuyo objeto fue: *“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”*.

Recuérdese que según el párrafo 1º del artículo 37 de la Ley 80, *“la prestación de los servicios de correos se concederá mediante contrato, a través del procedimiento de selección objetiva de que trata la presente ley”*.

Ha de rememorarse igualmente que conforme a lo previsto en aquella época por el artículo 24, numeral 1º, literal c) de la misma ley, numeral que más adelante fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007³⁶, uno de los casos en los que las entidades estatales podían contratar en forma directa, prescindiendo de la licitación o el “concurso público”, como lo denominaba originalmente la Ley 80 de 1993, era cuando se tratara de contratos interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

En ese mismo sentido, el artículo 15 del Decreto Reglamentario 229 de 1995 estatuyó, en la parte pertinente:

*“Artículo 15. Contratación directa. La Administración Postal Nacional prestará el, (sic) servicio de correos nacional e internacional, a través de concesiones que le otorgará el Ministerio de Comunicaciones, mediante contratación directa.
“...”*

Vale la pena aclarar que tanto el artículo 37 de la Ley 80 como el decreto reglamentario que se acaba de citar, permitían también que el o los contratos de concesión para la prestación de los servicios de correo se celebraran con

³⁶ *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*.

particulares, caso en el cual debía realizarse licitación pública. Sin embargo, por consideraciones de conveniencia, el Gobierno Nacional optó por celebrar el contrato con Adpostal, que en ese momento (año 2004) era una empresa industrial y comercial del Estado, mediante el sistema de contratación directa.

Ahora bien, el contrato de concesión N° 000010 de 2004 se suscribió con un plazo inicial de cinco (5) años, que era el término máximo que tanto el artículo 37 de la Ley 80 como el Decreto 229 de 1995 (artículo 18) permitían para la vigencia inicial de dicho acuerdo, aunque las dos normas aclaraban que tal plazo podía ser prorrogado por un lapso igual.

Con base en estas disposiciones, 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.

Es oportuno recordar que el Decreto 2853 de 2006, por medio del cual se ordenó la supresión y liquidación de Adpostal, había dispuesto que los convenios, contratos y procesos de contratación que hubiera celebrado o estuviera realizando Adpostal, así como todos los títulos habilitantes y derechos que se encontraran radicados en cabeza suya para la prestación de los servicios postales, se subrogarían a la entidad que el Gobierno Nacional determinara. Esta entidad fue señalada mediante el Decreto 2854 de 2006, cuyo artículo 1° dispuso que *“las actividades relacionadas con la prestación de los servicios postales quedarán a cargo de la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A.”*.

Por lo tanto, debe entenderse que a partir de la fecha de publicación del Decreto 2854 de 2006 en el Diario Oficial (25 de agosto), el contrato de concesión N° 000010 quedó cedido o subrogado en la sociedad “4-72”, quien, por lo tanto, estaba legitimada para suscribir la prórroga del mismo el 8 de julio de 2009.

Posteriormente, el 8 de julio de 2014, es decir, luego de expedida y publicada la Ley 1369 de 2009, se prorrogó por segunda vez el contrato de concesión N° 000010, esta vez por diez (10) años, contados desde el 9 de julio de 2014.

Con el objeto de analizar dicha prórroga, que junto con la eventual enajenación de las acciones de “4-72”, constituye el objeto central de la consulta, es necesario transcribir lo que establecen los artículos 6 y 46 de la Ley 1369 de 2009:

“Artículo 6. Contrato de concesión. El contrato de concesión para el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo se registrará por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

“El término de la concesión para la prestación de los Servicios de Correo no podrá exceder de diez (10) años, pero podrá prorrogarse antes de su vencimiento por términos iguales al originalmente pactado, sin que esto implique que la renovación

sea automática ni gratuita. No obstante, el contrato de concesión vigente a la fecha de promulgación de la presente ley, continuará hasta su vencimiento y será prorrogable en los términos aquí señalados”.

“(…)”

“Artículo 46. Transitorio. Las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición y con efectos sólo para esas habilitaciones. Cumplido el término fijado por las concesiones o licencias, se les aplicará el nuevo régimen previsto en la ley.

“En caso que las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a los términos de la misma, contarán con un plazo de seis (6) meses para adecuarse al cumplimiento de los requisitos en ella contenidos”. (Subrayamos).

La Sala considera necesario hacer un análisis detallado de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1369. Esta disposición consta de tres (3) partes, así:

(i) La primera establece que el contrato de concesión, el cual, como ya se ha explicado, se requiere para la prestación del servicio de correo en condiciones de exclusividad y solo se celebra con la entidad que sea designada como Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo, se rige por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Esta afirmación, aparentemente simple, merece, sin embargo, dos comentarios:

- En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, que regulaba de manera especial las concesiones para el servicio de correo, no se encuentra vigente, por haber sido derogado precisamente por la Ley 1369 de 2009 (artículo 50). En consecuencia, desde ese momento, las concesiones del servicio de correo quedaron sujetas a las normas generales contenidas en la Ley 80 y, en particular, a lo dispuesto en su artículo 32, numeral 4º, que definía el contrato de concesión.
- Más adelante, el artículo 2º, inciso primero de la Ley 1508 de 2012³⁷ dispuso que *“las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”* a los cuales se refiere dicha Ley.

Quiere decir lo anterior que la referencia al Estatuto General de la Administración Pública que hace el artículo 6º de la Ley 1369, para definir el

³⁷ *“Por el cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.*

régimen jurídico aplicable al contrato de concesión para la prestación del servicio de correo, debe entenderse efectuada, no solo a las normas generales sobre los contratos estatales, contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, entre otras, sino también al régimen especial para las denominadas “Asociaciones Público Privadas” establecido en la Ley 1508 y en sus normas reglamentarias, claro está, en todo lo que no contradigan las normas especiales establecidas para los servicios postales en la Ley 1369 de 2009.

(ii) La segunda parte del artículo, contenida en el inciso segundo, se refiere al plazo de la concesión para el servicio de correo. A este respecto, la norma dispone que dicho término no podrá exceder de diez (10) años, pero podrá prorrogarse por términos iguales al originalmente pactado.

Lo anterior significa que el plazo inicial de los nuevos contratos de concesión, es decir, de aquellos que se suscriban a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1369, no puede exceder de diez (10) años, aunque tales contratos podrían tener una duración inferior. Dichos negocios pueden prorrogarse, sin exceder el término originalmente pactado, siempre que la prórroga no sea automática ni gratuita y se encuentre plenamente justificada por razones técnicas, económicas y de conveniencia para el interés general, a la luz de los principios que gobiernan la contratación estatal. Es decir, que si el contrato se celebra, por ejemplo, con un plazo inicial de ocho (8) años, podría prorrogarse, sin que el plazo de la prórroga exceda de ocho (8) años.

(iii) La tercera parte del artículo, contenida en el mismo inciso segundo, se refiere en particular al contrato de concesión del servicio de correos que estaba vigente al momento de promulgarse la Ley 1369 de 2009. A este respecto la norma establece que dicho negocio jurídico seguirá vigente hasta su vencimiento y será prorrogable en los términos señalados en esa disposición.

Esta regla se basa, por una parte, en el principio de irretroactividad de la ley y en la garantía de los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución Política), al establecer que el contrato de concesión vigente al empezar a regir la Ley 1369, continuaría vigente hasta su terminación.

Por otra parte, la norma que se comenta contiene una excepción a la regla general contenida en el primer inciso del artículo 46 transitorio *ibídem* sobre la aplicación de la Ley 1369 a las personas que tenían la calidad de concesionarios y licenciarios de los servicios postales al momento de publicarse dicha ley, ya que los contratos y las licencias de estos podían continuar vigentes hasta su terminación, de acuerdo con las normas bajo las cuales fueron otorgados, pero sin que se hubiese contemplado expresamente la posibilidad de prorrogarlos. En contraste, para el concesionario de correo, el artículo 6º *eiusdem* permitió en forma explícita que su contrato se prorrogue en los términos previstos en dicha norma.

Con base en el análisis anterior, la Sala encuentra que si bien el contrato de concesión N° 000010 de 2014 podía efectivamente prorrogarse por segunda ocasión, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1369, el plazo de dicha prórroga no podía ser de diez (10) años, como se estipuló, sino solamente de cinco (5), por las razones que se explican a continuación.

Al revisar los antecedentes de la citada prórroga, enviados por el ministerio consultante, se observa que las partes interpretaron en su momento que cuando el artículo 6° de la Ley 1369 de 2009, en la parte final del segundo inciso, dispone que el contrato de concesión vigente en ese momento podía prorrogarse “*en los términos aquí señalados*”, se refería no solamente al plazo de las prórrogas indicado en dicha norma, sino incluso al término inicial del contrato (10 años) y, en general, a todas las disposiciones de la ley. En ese sentido, se entendió la palabra “*término*” como equivalente al texto mismo de la ley y no como sinónimo de “*plazo*”.

A este respecto, la Sala encuentra que aun cuando esa interpretación sería factible, pues la expresión “*términos*” tiene en español, entre otras acepciones, el significado de las “*condiciones en que se plantea un asunto o cuestión, o que se establecen en un contrato*”³⁸, tal hermenéutica tampoco conduciría a concluir que el contrato de concesión referido podía prorrogarse por diez (10) años.

En efecto, debe tenerse en cuenta que la aplicación del artículo 6° de la Ley 1369 y, en general, de las disposiciones de dicha ley al mencionado acto jurídico debe hacerse en el estado en que éste se encontraba al momento de empezar a regir esa normatividad.

En este punto, no puede desconocerse que el plazo inicial del contrato de concesión, que correspondía al término máximo permitido en la legislación anterior, había vencido antes de expedirse la Ley 1369 de 2009³⁹ y que en ese momento se encontraba vigente la primera prórroga. Por lo tanto, cuando el artículo 6° de la citada ley se refiere a que el contrato de concesión vigente podía prorrogarse “*en los términos aquí señalados*” no puede referirse al plazo de diez (10) años que la misma norma establece, pues éste es el término que pueden tener los nuevos contratos de concesión de correos en su período inicial, y en el caso del contrato N° 000010, el plazo inicial (5 años) ya había transcurrido y se encontraba prorrogado.

En esa medida, es claro que ni la Ley 1369 puede aplicarse retroactivamente, sino apenas *retrospectivamente* (es decir, para regular los efectos del contrato hacia el

³⁸ Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Aceptación N° 25 de la voz “*término*”.

³⁹ El plazo inicial del contrato venció el 9 de julio de 2009 y la Ley 1369 se publicó el 30 de diciembre de ese mismo año.

futuro), ni la situación de hecho en la que se encontraba el contrato de concesión N° 000010 de 2004 puede reversarse para suponer, por ejemplo, que su plazo inicial sea de diez (10) años, en lugar de cinco (5), como realmente sucedió, porque esto resulta física o materialmente imposible.

Tampoco podría asumirse que el plazo inicial del contrato fuera de diez (10) años, por el hecho de que esta cifra sea el resultado de sumar el plazo inicialmente pactado (5 años) con el de la primera prórroga (5 años), que se suscribió antes de la Ley 1369 de 2009. En primer lugar, porque el solo planteamiento de esta posible interpretación deja ver, de entrada, que el plazo de la primera prórroga es diferente del término “*originalmente pactado*” del contrato, como lo denomina el artículo 6° de la Ley 1369, y que, por lo tanto, aquel no puede entenderse incluido en este; y en segundo lugar, porque al momento de entrar en vigencia dicha Ley, es decir, el 30 de diciembre de 2009, el contrato de concesión que nos ocupa no llevaba diez (10) años vigente, sino apenas cinco (5) años y algo menos de seis (6) meses.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el período de diez (10) años que señala la norma citada es el plazo máximo inicial que puede pactarse en esta clase de contratos de concesión, y no el término que indefectiblemente debe pactarse en dichos negocios, los cuales, por lo tanto, pueden celebrarse válidamente con un plazo inferior. En esa medida, aunque se aplicara retroactivamente lo dispuesto en la norma citada al contrato de concesión N° 000010, no podría desconocerse que dicho contrato se celebró, de hecho, con un plazo inicial de cinco (5) años y no de diez (10), por lo cual el término de cada una de las prórrogas no podría ser de diez (10) años, sino de cinco (5).

Es importante tener en cuenta, finalmente, que la interpretación según la cual el citado contrato podía prorrogarse por diez (10) años iría en contra de una de las intenciones que tuvo el legislador al expedir la Ley 1369, en el sentido de ampliar la competencia en el mercado de los servicios postales. A este respecto, en la exposición de motivos del correspondiente proyecto de ley puede leerse⁴⁰:

“Objetivo general del proyecto de ley

“El país puso fin al monopolio estatal en la prestación de los servicios postales en la Ley 80 de 1993. La empresa Servicios Postales Nacionales S.A., es una empresa industrial y comercial del Estado y está dotada de todos los instrumentos para que compita con los Operadores privados.

“(…)”

“El proyecto de ley que aquí se presenta pretende ser ese marco legal, que permita a todos los habitantes del territorio nacional contar con servicios postales

⁴⁰ Gaceta del Congreso N° 457 del lunes 28 de julio de 2008, página 7.

apropiados, que se adapten con la rapidez necesaria a los avances de la tecnología en todos los rincones del país, que combine la liberalización del mercado con la presencia del Estado como Regulador y también como proveedor de los recursos que se requieran para que progresivamente se alcancen los niveles deseables del Servicio Postal Universal”.

En consecuencia, la alusión a los “*términos aquí señalados*” que hace el artículo 6 de la Ley 1369 de 2009, aun si se interpreta de la manera más amplia posible, tiene que entenderse referida a los plazos máximos con sujeción a los cuales pueden prorrogarse los contratos de concesión para la prestación del servicio de correo bajo dicha ley, es decir, como lo dispone el citado artículo 6º, “*por términos iguales al originalmente pactado*”. En el caso que nos ocupa, como el término o plazo original que se estipuló en el contrato de concesión, según lo autorizado en su momento por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 229 de 1995, fue de cinco (5) años, la prórroga de dicho contrato, a la luz de lo dispuesto en la Ley 1369, solo podía hacerse por el mismo tiempo, es decir, por otros cinco (5) años y no por diez (10).

Por las razones anteriores, la Sala considera que si bien es indudable que el contrato de concesión N° 000010 de 2004, celebrado entre la Nación – Ministerio de Comunicaciones - y Adpostal, y subrogado posteriormente a Servicios Postales Nacionales S.A. podía prorrogarse de nuevo al amparo de la Ley 1369, dicha prórroga no podía hacerse por diez (10) años, sino por el mismo plazo original del contrato, es decir, cinco (5) años.

C. Enajenación de las acciones del Estado en Servicios Postales Nacionales S.A.

En la consulta se afirma que como resultado de los estudios, indagaciones y análisis efectuados con el fin de buscar un “operador estratégico” para “4-72”, se ha llegado a la conclusión de que habría dos (2) alternativas principales para concretar dicho fin: (i) enajenar a particulares solo la participación que tiene el fideicomiso “PAR Adpostal”, representado por Fiduagraria S.A., o (ii) transferir a personas privadas la participación que tienen todas las entidades y patrimonios autónomos de carácter público en dicha sociedad, que equivale al ciento por ciento (100%) del capital.

Antes de analizar cada una de estas posibilidades, desde el punto de vista jurídico, es importante recordar la naturaleza jurídica de Servicios Postales Nacionales S.A. Dicha entidad es una “sociedad pública” o sociedad entre entidades públicas, cuyo capital pertenecía en su mayor parte a una empresa industrial y comercial del Estado (Adpostal), actualmente liquidada, y hoy en día pertenece a un patrimonio autónomo conformado con recursos públicos.

A este tipo de entidades se refiere la Ley 489 de 1998 en varias normas. Los artículos 38 y 68 íbidem clasifican expresamente a las sociedades públicas dentro del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. El párrafo primero del artículo 38 citado agrega que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta con una participación estatal superior al 90% de su capital, están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Sobre la constitución de entidades públicas por parte de empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 94 de la misma ley 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 actúen”. (Subrayas añadidas).

Merece la pena aclarar que 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 2007⁴¹, 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*”.

De manera complementaria, el artículo 49 de la misma ley se refiere a las condiciones y requisitos para la creación de entidades y organismos administrativos. El párrafo de dicha norma 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”. (Resaltamos)

Finalmente, el artículo 109 ejusdem preceptúa que el control administrativo sobre las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta se hará por conducto de los representantes legales de las entidades y organismos participantes o sus delegados, en los órganos internos de dirección y deliberación de la filial.

Todo lo anterior permite concluir que Servicios Postales Nacionales S.A. es una sociedad pública o de capital público, que era filial de una empresa industrial y comercial del Estado⁴². Por lo tanto, se trata de una entidad pública descentralizada indirecta, que forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-691 del 5 de septiembre de 2007. Expediente D-6687.

⁴² Adpostal, antes de su extinción como resultado de la liquidación ordenada por el Gobierno Nacional.

Una vez definido lo anterior, es necesario estudiar la naturaleza jurídica que pasaría a tener dicha compañía y el régimen legal al que estaría sometida, en el evento de llegarse a concretar cualquiera de las opciones de enajenación planteadas por el funcionario consultante.

1. Venta de la participación accionaria perteneciente al “PAR Adpostal”

En primer lugar, es necesario recordar que el patrimonio autónomo de remantes de Adpostal en Liquidación, “PAR Adpostal”, se creó mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil entre Adpostal en Liquidación y la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., con base en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, norma que dispone lo siguiente, en su parte pertinente:

“Artículo 35. A la terminación del plazo de liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual (sic) se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.

*“La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley.
“(…)” (Se destaca).*

En esa medida, es indudable que la enajenación de las acciones que pertenecen al “PAR Adpostal” en el capital de “4-72” debe atender, en primer lugar, a los fines, principios y reglas que gobiernan la liquidación de las entidades del Estado. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que dicha operación no es voluntaria o potestativa, sino obligatoria o forzosa, ya que el propósito de dicho fideicomiso no es otro que el de enajenar los activos remanentes de la antigua Adpostal, con el fin de solucionar las obligaciones de esa entidad que no alcanzaron a pagarse dentro de su trámite liquidatorio.

Lo anterior no significa que tales acciones deban transferirse necesariamente al sector privado, pues también podrían enajenarse a otras entidades públicas. Pero lo que sí se deriva forzosamente de las normas citadas, es que el “PAR Adpostal” no puede mantener indefinidamente o con vocación de permanencia su participación en “4-72”, pues este no es el objeto con el cual se constituyó dicho patrimonio autónomo ni se celebró el respectivo contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien, vale la pena precisar que cuando el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2853 del 25 de agosto de 2006, ordenó la supresión y liquidación de Adpostal, no se había expedido aún la Ley 1105 de 2006 (diciembre 13), por lo

cual regían las normas originales del Decreto Ley 254 de 2000. El artículo 1º de dicho decreto establecía que la regulación contenida en el mismo “*se aplica a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión y liquidación*”. Dado que Adpostal era una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, es claro que se sometía a las normas contenidas en ese decreto.

El Decreto 254 de 2000 no tenía regla especial alguna que se refiriera a la enajenación de las acciones y, en general, de las participaciones que las entidades públicas en liquidación tuvieran en el capital de sociedades y otras entidades, para efectos de utilizar los recursos obtenidos con la enajenación de dichos activos en el pago de las obligaciones a cargo de la entidad en liquidación.

Sin embargo, a los pocos meses de decretarse la liquidación de Adpostal entró a regir la Ley 1105 (diciembre 13 de 2006), cuyo artículo 17 modificó el artículo 31 del Decreto Ley 254 de 2000 y le añadió un parágrafo, así:

“Artículo 17. El artículo 31 del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

“Artículo 31. Enajenación de activos a terceros. Los activos de la entidad en liquidación que no sean adquiridos por otras entidades públicas, se enajenarán con criterio estrictamente comercial, con sujeción a las siguientes normas:

“a) El liquidador podrá celebrar contratos con entidades públicas o privadas para promocionar y gestionar la pronta enajenación de los bienes;

b) La enajenación se hará por subasta, con o sin martillo, o por contratación directa bajo criterios de selección objetiva;

c) Se podrán admitir ofertas de pago del precio a plazo, con la constitución de garantías suficientes a favor de la entidad que determine el liquidador;

d) El precio base de enajenación será el del avalúo comercial. En todo caso, el valor por el cual podrá enajenar el liquidador los activos será su valor en el mercado, que debe incorporar el costo de oportunidad del dinero y el valor presente neto de la administración y mantenimiento, de conformidad con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional;

e) Se podrá hacer uso de mecanismos tales como la enajenación del predio total o la división material del mismo y la enajenación de los lotes resultantes, la preselección de oferentes, la constitución de propiedad horizontal sobre edificaciones para facilitar la enajenación de las unidades privadas resultantes y los demás que para el efecto determine el reglamento.

Parágrafo 1º. Para la determinación de los bienes que deban ser materia de enajenación y la oportunidad en que esta deba realizarse, se tendrá en cuenta la

necesidad de garantizar el funcionamiento de la entidad durante la liquidación, pero sin afectar con ello la celeridad requerida en el procedimiento liquidatorio.

Parágrafo 2°. Para la enajenación de sus bienes, las entidades en liquidación podrán acudir a cualquiera de los mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en la celebración del contrato se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva, en la forma que señale el reglamento. Para esta enajenación las entidades podrán, entre otros, celebrar convenios entre sí, contratos con particulares que se encarguen de dicha enajenación o aportar los bienes a mecanismos fiduciarios para enajenarlos, explotarlos económicamente o titularizarlos.

Parágrafo 3°. Cuando dentro de los activos de la entidad en liquidación se encuentren acciones, las mismas se podrán enajenar por los mecanismos previstos en el presente artículo, pero en todo caso deberán observarse los siguientes principios mínimos:

1. Deberá realizarse una primera oferta que estará exclusivamente dirigida a las personas señaladas en el artículo 3° de la Ley 226 de 1995.

2. En esta primera etapa los beneficiarios de la misma podrán adquirir las acciones por el precio determinado para el efecto en el presente artículo y utilizar sus cesantías para adquirir estas acciones.

3. Las etapas subsiguientes se realizarán a través de mecanismos que permitan amplia concurrencia y en ellas el precio mínimo por el cual podrán adquirir terceros será aquel al cual se vendió a los beneficiarios de las condiciones especiales a que se refiere el numeral 1.”

Es pertinente recordar que el artículo 3° de la Ley 226 de 1995 estatuye:

“Artículo 3°.- Preferencia. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo el artículo 60 constitucional.

“Serán destinatarios exclusivos de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza, sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas, por la legislación cooperativa”.

Ahora bien, dado que la Ley 1105 de 2006 fue expedida después de que se había ordenado la supresión y la liquidación de Adpostal, es necesario determinar si las disposiciones de dicha ley y, en particular, su artículo 17, son aplicables a la liquidación de Adpostal.

A este respecto, el artículo 22 de la Ley 1105 preceptúa:

“Artículo 22. Régimen de transición. Las actuaciones iniciadas con base en las normas que por esta ley se modifican, se concluirán con arreglo a las disposiciones vigentes al momento de su iniciación; las demás, se someterán a lo que establece esta ley”.

El término “actuaciones” que utiliza dicha norma podría ser entendido como el proceso liquidatorio en su integridad, o también como cada una de las etapas y actividades que se cumplen en desarrollo del mismo. En el primer caso habría que concluir que la liquidación de Adpostal no se rige por la Ley 1105 de 2006, porque el proceso de liquidación de tal entidad ya se había iniciado al momento de entrar en vigencia dicha ley. En el segundo caso, sería necesario concluir que las actividades y etapas del proceso liquidatorio que no habían empezado el 13 de diciembre de 2006 (fecha de publicación de la Ley 1105) se rigen por lo dispuesto en dicha normatividad.

La Sala considera que de las dos interpretaciones mencionadas, es correcta la segunda, es decir, que la expresión “actuaciones” debe entenderse como las diferentes etapas y actividades que se realizan dentro del proceso de liquidación, y no como el proceso en su totalidad.

En efecto, debe recordarse que las disposiciones sobre liquidación de entidades públicas y privadas son, en su mayor parte, normas de procedimiento, y que en relación con esta clase de reglas, la tradición jurídica colombiana, materializada en varios preceptos legales, en la jurisprudencia y en la doctrina, enseña que las normas adjetivas o procedimentales son de aplicación general inmediata, es decir, que rigen desde el momento en que entran en vigencia, aun respecto de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos en curso, sin perjuicio de que los plazos que se encuentren corriendo, los recursos en trámite y otras actuaciones particulares dentro de un proceso se sigan gobernando por las normas con base en las cuales se iniciaron.

Sobre este punto, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012⁴³, establece lo siguiente:

“Artículo 40.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

⁴³ “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”

“Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

Siendo esta la regla general sobre la aplicación de las normas procesales en el tiempo, es claro que las excepciones a dicha regla, es decir, los casos en los que las nuevas disposiciones de esta clase no rijan de forma inmediata ni se apliquen a los procesos y procedimientos en curso, deben estar previstas expresamente y de forma clara en la ley. Es pertinente recordar que una de las reglas de hermenéutica reconocidas ampliamente en nuestro medio es aquella según la cual las excepciones que consagra la ley son de aplicación limitada o restrictiva, por lo cual no pueden interpretarse en forma extensiva ni analógica.

Pues bien, si el término “actuaciones” a que se refiere el artículo 22 de la Ley 1105 de 2006 se interpretara como sinónimo del proceso de liquidación, sin tener una razón suficientemente fuerte que apoye dicha equivalencia, la consecuencia de esto sería que la citada ley no podría aplicarse a los procesos de liquidación que se encontraban en curso (en cualquier etapa) al momento de promulgarse esa normatividad, con lo cual se estaría incurriendo injustificadamente en la excepción a la regla general sobre la aplicación de las normas procesales en el tiempo.

Por el contrario, como la expresión “actuaciones” no es clara ni unívoca, sino que, por el contrario, permite varios significados, es necesario interpretarla en un sentido restringido, es decir, como referida a cada una de las etapas o actividades que se lleven a cabo en un proceso de liquidación, entendimiento con el cual se mantiene la regla general que rige en nuestro ordenamiento en cuanto a la aplicación de las normas procedimentales en el tiempo y se obedece lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso.

Así, es claro que como la enajenación de las acciones que posee el “PAR Adpostal” en la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A. no se ha realizado aún, dicha actividad está sujeta a las reglas contenidas en el Decreto Ley 254 de 2000, tal como fue modificado por la Ley 1105 de 2006.

En esa medida, Fiduagraria S.A., luego de efectuar la valoración de las acciones en la forma prevista en el artículo 31 del Decreto 254 de 2000 (modificado por el

17 de la Ley 1105), tendría que realizar una primera etapa consistente en su ofrecimiento a las personas indicadas en el artículo 3º de la Ley 226 de 1995.

Después de agotada esta etapa inicial, si las acciones ofrecidas fueren enajenadas parcialmente o si ninguna de ellas fuere adquirida por terceros, la participación accionaria mencionada o el remanente de la misma, según el caso, tendría que ser enajenado por el procedimiento descrito en la norma citada del Decreto Ley 254 de 2000, utilizando, en todo caso, mecanismos que permitan una amplia concurrencia.

Ahora bien, si como resultado de este negocio, la totalidad de las acciones que pertenecen actualmente al fideicomiso "PAR Adpostal", o parte de ellas, fuere enajenada a particulares, Servicios Postales Nacionales S.A. se transformaría en una sociedad de economía mixta, del orden nacional, pues su capital pasaría a ser propiedad de una o varias personas de derecho privado (naturales o jurídicas) y de varias entidades y patrimonios autónomos públicos.

A este respecto, podría plantearse la duda de si el procedimiento descrito es un mecanismo válido para la creación de una sociedad de economía mixta del orden nacional, habida consideración de que la Ley 489, con fundamento en el artículo 150, numeral 7º de la Constitución, dispone que esta clase de entidades públicas debe crearse por la ley o con autorización de la misma. Sin embargo, frente a esa eventual objeción, la Sala encuentra los siguientes argumentos:

(i) En primer lugar, no se trata de la "creación" o constitución de una nueva entidad, que tendría el carácter de sociedad de economía mixta, sino de la transformación de una entidad del Estado que ya existe, con el carácter de sociedad pública, en sociedad de economía mixta, que también es una entidad pública de naturaleza societaria.

A este respecto, vale la pena citar, a título ilustrativo, lo que establece el artículo 101 de la Ley 489, sobre la transformación de las sociedades de economía mixta en otra clase de entidades:

"Artículo 101. Transformación de las sociedades en empresas. Cuando las acciones o cuotas sociales en poder de particulares sean transferidas a una o varias entidades públicas, la sociedad se convertirá, sin necesidad de liquidación previa, en empresa industrial y comercial o en Sociedad entre entidades públicas. Los correspondientes órganos directivos de la entidad procederán a modificar los estatutos internos en la forma a que hubiere lugar". (Subrayamos).

Aunque la norma citada regula, entre otros casos, la transformación de una sociedad de economía mixta en una sociedad pública, por la enajenación de las acciones de los particulares a entidades u organismos del Estado, lo mismo podría ocurrir en sentido contrario, es decir, que una sociedad pública se transforme en

una sociedad de economía mixta por la venta de parte de sus acciones a particulares, sin que tampoco deba entenderse en dicho caso que se trate de la creación de una sociedad de economía mixta, como una nueva entidad.

(ii) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que tanto Ley 226 de 1995 como la Ley 1105 de 2006 contienen normas que regulan la enajenación que las entidades públicas hagan de su participación en el capital de otra empresa, siempre que se cumplan las condiciones y se siga el procedimiento consagrado en dichas leyes, de lo cual puede deducirse que tales disposiciones autorizan implícitamente la constitución de sociedades de economía mixta, en la medida en que, como producto de la referida enajenación, el capital de una sociedad pública pase a ser, en parte, de propiedad de particulares. De lo contrario, tendría que concluirse, por ejemplo, que cuando el Estado pretenda democratizar o privatizar su participación en el capital de una empresa se requeriría una ley que autorizara específicamente dicha operación, además de cumplir los requisitos generales previstos en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226, pues en muchos casos la transferencia de la participación estatal al sector privado implica un cambio en la naturaleza jurídica de la entidad que se privatiza (total o parcialmente) y en el régimen jurídico aplicable a la misma⁴⁴.

(iii) Finalmente, es menester recordar que “4-72” no es una entidad descentralizada directa, sino de carácter indirecto y, más exactamente, una filial. Para la creación de este tipo de entidades, la Ley 489 de 1998 consagra un régimen más flexible, pues otorga unas autorizaciones generales al Gobierno Nacional (artículo 49), así como a las entidades públicas que participan en su capital (artículo 94). Si esto es así para la creación o constitución de esta clase de entidades en forma originaria, con mayor razón debe serlo para su transformación o conversión en otra clase de entidad, como resultado de la enajenación de todo o parte de la participación estatal en el capital de aquellas.

Ahora bien, el régimen jurídico al cual estaría sometida la sociedad de economía mixta en la que se convierta Servicios Postales Nacionales S.A., depende del porcentaje de participación estatal que se transfiera efectivamente a los particulares.

Si dicho porcentaje fuere igual o inferior al 10%, la sociedad de economía mixta se regiría por las mismas normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, tal como lo disponen el artículo 38 y el párrafo del artículo 97 de la Ley 489.

⁴⁴ El artículo 6º de la Ley 226 de 1995 dice que es el Gobierno quien “decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional... adoptando un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular, que se sujetará a las disposiciones contenidas en esta Ley”.

Por el contrario, si el porcentaje de participación que efectivamente llegaren a adquirir personas naturales o jurídicas de derecho privado en el capital de “4-72” fuere superior al 10%, la sociedad de economía mixta que surja de dicha operación estaría sujeta a las reglas especiales consagradas para esa clase de entidades en la Ley 489 de 1998 y en otras leyes, así como a las normas generales que gobiernan las sociedades mercantiles, contenidas principalmente en el Código de Comercio.

Vale la pena precisar, adicionalmente, que si la participación que adquirieren los particulares fuese inferior al 50% del capital social, lo cual implicaría que el Estado continuare poseyendo una participación superior al 50%, la eventual sociedad de economía mixta que surja de la enajenación seguiría siendo una “entidad estatal”, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 1º, literal a) de la Ley 80 de 1993, y estaría sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con las salvedades que establece el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011⁴⁵.

Finalmente, es pertinente mencionar que la Sala, en los conceptos Nos. 1271 de 2000 y 1513 de 2003⁴⁶ manifestó su opinión en el sentido de que la enajenación de la participación de una entidad pública en una empresa, como resultado de la liquidación de la entidad pública y dentro de su proceso liquidatorio, no debía sujetarse a lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226 de 1995, ya que, al tener dicha enajenación un carácter obligatorio o forzoso y perseguir una finalidad específica, consistente en el pago de las obligaciones o pasivos de la entidad en liquidación, no puede considerarse que corresponda a un proceso de “democratización o privatización de la propiedad accionaria del Estado”, al cual se refieren la norma constitucional y la ley mencionadas.

Sin embargo, debe observarse que dichos conceptos se emitieron antes de la expedición de la Ley 1105 de 2006, la cual resolvió de manera definitiva el asunto, al establecer una solución mixta o intermedia para estas situaciones, consistente en ordenar la aplicación de la Ley 226 de 1995 a la primera parte del proceso (ofrecimiento a los beneficiarios de condiciones especiales), y el cumplimiento del Decreto Ley 254 de 2000 y de la propia Ley 1105 a la etapa siguiente (ofrecimiento al público, en general).

2. Venta de la participación de todas las entidades y fondos públicos en el capital social de “4-72”

⁴⁵ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos Nos. 1271 del 12 de abril de 2000 y 1513 del 9 de octubre de 2003, respectivamente.

En primer lugar, debe recordarse que el ciento por ciento (100%) del capital de “4-72” es propiedad de varias entidades públicas y patrimonios autónomos conformados con recursos públicos. Por lo tanto, la enajenación de toda la participación de dichas entidades y fideicomisos constituiría claramente una democratización o privatización completa de la sociedad referida que, en el evento de concretarse, daría lugar a una sociedad comercial de carácter privado.

En esa medida, es evidente que, como se afirma en la consulta, debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y la Ley 226.

A este respecto, resulta oportuno recordar que esta Sala, en el citado concepto N° 1513 de 2003, manifestó que el “*programa de enajenación*” que el Gobierno debe estructurar para cada proceso de privatización de una entidad pública del orden nacional, como lo manda el artículo 6° de la Ley 226, puede referirse a la venta simultánea de la participación que diferentes entidades públicas tengan en el capital de una sola empresa. A este respecto, dijo la Sala:

***“1.4 La enajenación simultánea de las distintas participaciones estatales en una misma empresa.*”**

“Los artículos 6°, 10, 11, 14 y 16 de la ley 226 de 1995 mencionan la expresión “para cada caso” relacionada con la enajenación accionaria o el programa de enajenación, la cual se ha entendido, según se aprecia en la consulta, que alude a la participación de una entidad estatal en una empresa, pero se observa que tal expresión también puede entenderse válidamente, que se refiere a la participación de una o varias entidades en una misma empresa, de manera que el programa de enajenación puede contemplar, igualmente, el caso en el cual existen varias entidades estatales que desean vender, al mismo tiempo, su participación accionaria en una sociedad, dentro de un proceso común de privatización, con lo cual se aplican los principios de eficacia, economía y celeridad de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución”. (Negrillas del original; subrayas añadidas).

Ahora bien, la Sala observa que al menos uno de los socios actuales de “4-72” es un patrimonio autónomo de remanentes⁴⁷, es decir, el “PAR Adpostal”. Por lo tanto, además de lo dispuesto en la Ley 226 de 1995, la enajenación de las acciones de dicho fideicomiso, en particular, debe tener en cuenta también los principios y las reglas contenidas en el Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, las cuales, en principio, no resultan incompatibles con lo previsto en la Ley 226, especialmente en cuanto al ofrecimiento y la enajenación de las acciones al público en general, pues las dos normatividades ordenan que en tal actividad se respeten los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y

⁴⁷ Debe verificarse si el fideicomiso denominado “PARAPAT”, que según la consulta es propietario del 1,03% del capital de “4-72”, corresponde también a un patrimonio autónomo de remanentes originado en una entidad pública en liquidación, o si tiene naturaleza y objeto diferentes.

libre concurrencia, entre otros, y se busque el mayor provecho posible para el patrimonio público.

D. Efecto jurídico de las alternativas planteadas en el contrato de concesión

Habiendo analizado los efectos jurídicos que produciría la posible enajenación de la participación estatal en el capital de Servicios Postales Nacionales S.A., en cualquiera de las dos alternativas expuestas por la entidad consultante, con respecto a la naturaleza jurídica y al régimen aplicable a dicha sociedad, la Sala debe estudiar, por último, el efecto que dicha transformación tendría en el contrato de concesión N° 000010 de 2004, prorrogado el 8 de julio de 2014.

1. Continuidad del contrato

Es necesario recordar, en primer lugar, que la validez de un contrato y, en general, de un acto jurídico cualquiera, convencional o no, debe juzgarse a la luz de las normas que se encontraban vigentes al momento de su celebración, con respecto a la condición de las partes y, en general, a las circunstancias de hecho existentes en ese momento.

Este postulado se deriva de varias normas constitucionales y legales y ha sido acogido ampliamente por la jurisprudencia. Desde un punto de vista constitucional, puede citarse, en primer lugar, el artículo 58 de la Carta Política, que en su primer inciso señala que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. (Se resalta).

En el mismo sentido, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone:

“Artículo 38.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1º) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resulten del contrato, y

2º) Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

Este mismo principio rige en la contratación estatal. Esta es la razón por la cual, verbigracia, el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 estableció que *“los contratos... en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración...”*. Y en el mismo sentido, pero referido específicamente a los servicios postales, el artículo 46 de la Ley 1369 dispuso que *“las empresas que presten servicios postales a la fecha de entrada en*

vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones y licencias hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad vigente al momento de su expedición y con efectos sólo para esas habilitaciones”.

Todo lo anterior conduce a concluir que para analizar la validez y, por ende, la eficacia de un contrato o de cualquier otra convención, inclusive una prórroga, debe tenerse en cuenta las leyes vigentes al momento en que el respectivo acto jurídico fue celebrado, en relación con las condiciones de hecho que existían en ese tiempo, razón por la cual la validez de un contrato o de otra convención no se ven afectados, por regla general, con la expedición de una nueva ley ni con el cambio en las circunstancias de hecho que ocurra después de perfeccionado el acto jurídico⁴⁸.

En este mismo sentido se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación. Así, por ejemplo, en sentencia del 23 de junio de 2010⁴⁹, la Sección Tercera expresó, justamente en relación con un contrato suscrito por la extinta Adpostal poco antes de su transformación en empresa industrial y comercial del Estado:

“En este orden, es inaceptable el argumento de la parte actora, expuesto en los alegatos... según el cual la entidad era una Empresa Industrial y Comercial del Estado para la fecha de celebración del contrato –y que por eso no le aplicaban los requisitos previstos en el decreto 222-, ya que la transformación de la entidad se realizó meses después de su firma, y es sabido que los requisitos de formación del contrato administrativo, y por ende los de validez, se aprecian al momento de iniciar el proceso de selección del contratista, de modo que la modificación posterior de la naturaleza de la entidad mal podría subsanar los vicios de procedimiento en que se hubiera incurrido.

“Desde luego, se sabe que las exigencias establecidas por la ley para adelantar un proceso de contratación corresponden a las que se contemplan al iniciar la etapa de selección o de suscribir el contrato, de modo que las omisiones para ese momento no se sanean por el cambio de legislación; de la misma manera que las exigencias de la nueva ley no aplican a los contratos celebrados con anterioridad”. (Se destaca).

Por lo tanto, es claro que la validez de la segunda prórroga al contrato de concesión N° 000010, suscrita el 8 de julio de 2014, con la salvedad hecha previamente sobre su plazo, no puede verse afectada por los cambios que

⁴⁸ Salvo en algunas circunstancias especiales consagradas expresamente por la ley, como sucede con la teoría de la imprevisión, o con el rompimiento del equilibrio económico del contrato, o cuando una nueva ley, por razones de utilidad pública o interés social, ordena su aplicación a los contratos en curso, afectando incluso derechos adquiridos (artículos 58 de la Constitución Política y 18 de la Ley 153 de 1887).

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Número interno: 18.294.

eventualmente llegaren a ocurrir en la composición del capital social y en la naturaleza jurídica de “4-72”.

En efecto, debe recordarse que el artículo 6º de la Ley 1369 autoriza expresamente prorrogar el contrato de concesión para el servicio de correo que estaba vigente al momento de expedirse dicha ley, sin consideración a la naturaleza jurídica que tuviese el respectivo concesionario o a la composición de su capital. Por lo tanto, aunque dicho concesionario fuera una sociedad de economía mixta o de carácter privado (como lo autorizaba el régimen anterior), el correspondiente contrato de concesión podía prorrogarse igualmente.

Lo anterior permite a la Sala concluir que cualquiera sea la alternativa que decida acoger el Gobierno con el fin de encontrar un “socio operativo” para Servicios Postales Nacionales S.A., es decir, enajenar las acciones de propiedad del fideicomiso “PAR Adpostal” o las acciones de todas las entidades y patrimonios autónomos públicos que son socios de dicha compañía, no se afectaría la validez del contrato de concesión N° 000010 ni su prórroga actual y, por lo tanto, no daría lugar a su terminación.

Debe recordarse que las causales de terminación de los contratos, incluyendo los contratos estatales, son taxativas, como ocurre, por ejemplo, con el vencimiento del plazo acordado, el cumplimiento total de su objeto, la declaratoria de nulidad, el mutuo acuerdo de las partes, la terminación unilateral del contrato en los casos que permite la ley⁵⁰, la declaratoria de caducidad etc., sin que la ley haya consagrado como causal de terminación de un contrato el cambio en la naturaleza jurídica del contratista o en la composición de su capital. Esto debe entenderse, claro está, sin perjuicio de aquellos casos especiales en los que la ley lo establece en forma expresa, o cuando la misma ley dispone que una condición indispensable para adjudicar y ejecutar un contrato es la de que el contratista tenga determinada naturaleza jurídica o composición de capital.

⁵⁰ En el caso de los contratos estatales, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 establece las causales por las cuales la entidad pública contratante puede terminar unilateralmente el contrato, así:

“Artículo 17. De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3º Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.

Rememórese también que en el caso del servicio de correo, la Ley 1369 de 2009 solamente exige que el respectivo concesionario tenga el carácter de operador postal, además de los requisitos de cobertura geográfica de la red y de cumplimiento de las demás condiciones técnicas, operativas y económicas que establezca el MINTIC. Y para ser operador postal, la ley exige tener la condición de persona jurídica cuyo objeto principal sea la prestación de servicios postales, sin que imponga el requisito de ser una sociedad pública, o de economía mixta u otra clase en particular de entidad pública o privada.

Tampoco se opone a la conclusión anterior lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 1369, en el sentido de que *“el Servicio Postal Universal prestado por el Operador Oficial o Concesionario de Correo se financiará con los recursos que le transfiera el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones provenientes de las contraprestaciones estipuladas en el artículo 14 de la presente ley, así como las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación de cada vigencia”*, ni lo prescrito en la misma norma en cuanto a que *“el Operador Postal Oficial... no podrá destinar recursos financieros distintos a los señalados en el presente artículo para financiar el Servicio Postal Universal”*.

Lo primero que debe mencionarse es que concluir, con base en la norma citada, que un particular no pueda ser designado como Operador Postal Oficial, resultaría contradictorio con lo dispuesto en el artículo 6º de la misma ley (1369), cuando establece que *“el contrato de concesión para el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo se registrará por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, ya que es intrínseco a dicha modalidad contractual la posibilidad de que actúe como concesionario un particular, más aun bajo el régimen legal que actualmente gobierna tales contratos, es decir, la Ley 1508 de 2012. En efecto, el artículo 1º de esta regulación define las *“Asociaciones Público Privadas”*, concepto que incluye los contratos de concesión (artículo 2º ibídem), como *“un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan (sic) en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados...”*. (Se resalta).

En segundo lugar, debe mencionarse que la Constitución y la ley permiten en varios casos la transferencia de recursos presupuestales del Estado a particulares, para financiar o cofinanciar la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas, cuando esto se considera necesario o conveniente, por razones de interés público.

Así, por ejemplo, el artículo 368 de la Carta Fundamental dispone que *“la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”*. Igualmente, el artículo 334

dispone que el Estado puede intervenir, por mandato de la ley, en la “*producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial... el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo...*”.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-324 de 2009⁵¹, se ocupó de distinguir entre los “auxilios o donaciones”, que prohíbe el artículo 355 de la Carta, por regla general, de los subsidios o subvenciones que el Estado puede otorgar a particulares, en desarrollo de su facultad de intervenir en la economía, con el fin de fomentar determinadas actividades, o de estimular la adquisición de ciertos bienes o servicios que se consideran necesarios para alcanzar una buena calidad de vida, por parte de sectores sociales deprimidos o vulnerables. De dicha providencia, consideramos pertinente citar los siguientes apartes:

***“2.4 Subvenciones como instrumentos autorizados en general por la Constitución Política en su artículo 334 o de manera directa por otros artículos de la Carta Política frente a la prohibición de donaciones y auxilios de que trata el artículo 355 constitucional.*”**

Los conceptos de donación, auxilio, subsidio o subvención, encuentran desde el punto de vista semántico, idéntico significado... Desde esa óptica, podría suponerse entonces que las subvenciones –subsidios y aportes- comparten las mismas características que las donaciones o auxilios a que hace alusión el artículo 355 constitucional, en tanto se trata de partidas de origen público, que se asignan sin contrapartida del beneficiario directo y, que pueden ser dirigidas a personas naturales o jurídicas.

“Sin embargo, desde el punto de vista jurídico se advierten particularidades en relación con estos conceptos, a partir de los cuales es posible fijar estrictos linderos, las cuales radican bien en el origen y en la finalidad que persigan. Así, las subvenciones o los auxilios que otorga el Estado pueden:

(i) Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica: Cuando este tipo de auxilio se otorga por mera liberalidad del Estado, se encontrará con que está prohibido por virtud del artículo 355 constitucional, pues debe asumirse que en países en vía de desarrollo como Colombia, debe privilegiarse el gasto social en concordancia con lo dispuesto en el artículo 350 superior...

(ii) Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación, es decir, debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009. Exp. D-7442.

(iii) Derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social.

“Las consideraciones precedentes permiten anticipar que las situaciones que hasta ahora la jurisprudencia ha reconocido como “excepciones” a la prohibición contenida en el inciso 1º del artículo 355 constitucional, en realidad no admiten tal calificativo, pues se trata de figuras constitucionales autónomas, cuyo desarrollo per se impone **un retorno para la sociedad en su conjunto o un beneficio social**, es decir, una **contraprestación** que es expresa o tácitamente exigida por la Carta Política y que se concreta en mejorar la calidad de vida de los habitantes, en especial de los de menores ingresos, al punto que de estar desprovista la subvención de tal característica, se estaría incurrido de manera automática en la prohibición de que trata el artículo 355 de la Constitución Política, pues no se estaría afectando el presupuesto para atender los fines sociales del Estado.

“(…)

“2.4.2. Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía (Art. 334 C.P.) y, en consecuencia, orientarse al estímulo (sic) de una determinada actividad económica que debe tener un retorno o beneficio para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención no se justifica de manera alguna.

“Esta reflexión es válida si se tiene en cuenta que el constituyente de 1991 concedió al Estado a través de los artículos 334 y siguientes de la Carta, la dirección general de la economía, con lo cual reconoció su capacidad para incidir sobre variables macroeconómicas preponderantes en cualquier economía...

“El mismo artículo 334 superior contempló una intervención “cualificada”, que en el marco social del estado de derecho justifica el empleo de los “recursos” necesarios para asegurar a todas las personas y, en especial, a las de menores ingresos, el acceso a bienes y servicios básicos, sin apartarse, en todo caso, de que dicha intervención económica encuentra límite en el artículo 150-21 de la Carta, según el cual se consigna una reserva legal dirigida a que sea la ley la que precise sus fines, alcances y límites.

“Al respecto, los mecanismos que se habilitan en desarrollo de esta clase de intervención han sido objeto de estudio por la Corte, que al efecto ha expresado:

“En el repertorio de las técnicas de intervención indirectas, sobresalen los estímulos o incentivos al desarrollo económico, los cuales sirven para articular políticas económicas participativas y consensuales, de corte no autoritario. El fomento económico, en los términos del artículo 334 de la C.P., constituye una forma legítima de intervención del Estado en la economía y corresponde a una técnica de dirección y manejo de los agentes y variables que en ella inciden, que por su eficacia resulta imprescindible en las actuales condiciones.

“El fomento económico apela a la oferta de estímulos positivos que se formulan a las empresas y personas que libremente colaboren en el logro de los objetivos concretos de una determinada política a través de la cual se satisfacen necesidades de interés público, sin que el Estado se vea en la necesidad de crear o gestionar directamente el servicio o la actividad económica de que se trate. No obstante no existir una contraprestación específica a cargo de las empresas y personas favorecidas con las medidas de apoyo, el Estado y la sociedad pueden beneficiarse en el mediano y en el largo plazo...

“(...)

“La circunstancia de que una política de incentivos involucre la aplicación de recursos del erario y que incida de manera tan nítida en la libertad de empresa y en la libre competencia, exige que la ley establezca el marco dentro del cual la administración proceda a su adjudicación sobre la base de la igualdad, la racionalidad, la transparencia, la concurrencia y la objetividad. Así la distribución de las subvenciones se realice a través de una sociedad de economía mixta, sujeta al derecho privado, aquélla trasluce una clara función pública y como tal no podrá considerarse exenta de fiscalización por parte de los órganos de control”⁵².

*“Tal como lo señaló la jurisprudencia la intervención económica se torna operativa a partir de la aplicación de políticas sociales que se concretan en inversión pública o en la ejecución de políticas que involucran el empleo de **instrumentos económicos** capaces de maximizar los beneficios a la sociedad, entre los cuales se destacan las subvenciones -subsidios, incentivos y auxilios-, según lo demanden las externalidades o circunstancias económicas.*

“Pues bien, la subvención o subsidio no es otra cosa que la diferencia entre el precio que los compradores pagan y el precio que los productores reciben,⁵³ diferencia que para efectos de la presente providencia es pagada por un tercer agente, en este caso el Estado. (...)

“(...)

“La anterior visión económica guarda coherencia con los postulados superiores, si se tiene en cuenta que la razón de ser del subsidio es alcanzar metas sociales, o bien favorecer – por distintas razones- a determinadas personas, actividades o zonas del país, de manera que este criterio indudablemente debe orientar cualquier análisis de constitucionalidad.

*“En ese orden, se identifican **subsidios a la oferta** otorgados a los productores de bienes y servicios. **Subsidios a la demanda**, con los que se reduce lo que paga el usuario, es decir, lo que éste paga por debajo del costo real del bien o servicio. A su turno, los subsidios pueden ser **directos, indirectos o cruzados: ... (ii) indirectos***

⁵² “[24] Corte Constitucional, sentencia C-254 de 1996”.

⁵³ “[25] CALL, Steven et Loan, William L., Microeconomía, Grupo Editorial Iberoamérica S.A. de C.V. México”.

cuando el Estado subvenciona la producción de ciertos bienes y servicios bien mediante una transferencia directa al productor o mediante mecanismos como la eliminación de impuestos, otorgamiento de créditos en condiciones preferenciales, o venta de insumos a valor menor.... (Negrillas y subrayas en el original).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Ley 1508 de 2012 permite expresamente que los proyectos estructurados bajo esquemas de asociación público – privada se financien exclusivamente con recursos de los inversionistas privados, o bien con sumas de dinero aportadas tanto por estos como por las entidades públicas contratantes⁵⁴.

Por lo tanto, la Sala concluye que no resulta inconstitucional ni contrario al ordenamiento legal concluir que el Servicio Postal Universal se financie con recursos estatales (del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –FONTIC- y del Presupuesto General de la Nación), aunque la persona jurídica que en el futuro preste dicho servicio fuere de derecho privado y de capital privado.

En ese evento, como es obvio, se volvería aún más necesario el cumplimiento estricto de las obligaciones que impone el mismo artículo 13 de la Ley 1369 al Operador Postal Oficial, en el sentido de tener contabilidades separadas y de no cruzar recursos financieros entre el SPU y los otros servicios postales o de otra índole que llegare a prestar, y por otra parte, la entidad pública concedente (en este caso, el MINTIC) tendría que ejercer un control muy estricto y eficaz en relación con el acatamiento de dichas obligaciones y, en general, con el uso de los dineros públicos que le fueran transferidos al Concesionario de Correo. Igualmente, la utilización de dichas sumas de dinero por parte del Operador Postal Oficial estaría sujeta al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, como se deduce de lo previsto en los artículos 267 y 268 de la Constitución, en armonía con las Leyes 42 de 1993⁵⁵ y 610 de 2000⁵⁶ y el Decreto Ley 267 de 2000⁵⁷.

Por otro lado, lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1369 de 2009 no puede interpretarse como que la única fuente de financiación del Servicio Postal Universal sean los recursos transferidos por el FONTIC y por la Nación, pues resulta claro que también deben destinarse a cubrir los costos de dicho servicio público las sumas de dinero que el Operador Postal Oficial recaude por concepto

⁵⁴ A este respecto pueden verse los artículos 3, 5, 17 y 27, entre otros.

⁵⁵ “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.

⁵⁶ “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

⁵⁷ “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”.

de tarifas, según lo señalado en el inciso primero de la misma norma. De lo contrario, no se podría saber a qué propósito debe destinar el Concesionario de Correo los recursos que llegare a percibir por el pago que los usuarios hagan de las tarifas fijadas por el MINTIC para el SPU.

En esa medida, debe entenderse que cuando el inciso tercero de la norma que se analiza estatuye que *“el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo no podrá destinar recursos financieros distintos a los señalados en el presente artículo para financiar el Servicio Postal Universal”* (se destaca), incluye las sumas de dinero que el referido operador perciba por concepto de las tarifas establecidas para el mencionado servicio.

Esta interpretación lleva a concluir que los recursos que deban transferirse al Operador Postal Oficial, provenientes del FONTIC e, incluso, del Presupuesto General de la Nación, son solamente aquellos que equivalgan a la diferencia entre los costos efectivos de prestar el SPU y lo que el operador reciba por concepto de tarifas para dicho servicio, o, en otras palabras, los recursos que se requieran para financiar el déficit que genere la prestación de dicho servicio.

De esta forma lo entendió el Gobierno Nacional en el Decreto Reglamentario 223 de 2014 y en la Resolución N° 1552 del mismo año, esta última expedida por el MINTIC. En efecto, el artículo 7° del decreto citado establece, en su parte pertinente:

“Artículo Séptimo. METODOLOGÍA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DÉFICIT DEL SPU. El monto del déficit del SPU que reconocerá anualmente el FONTIC será determinado y pagado al OPO conforme a las siguientes reglas. . .

(i) *Se reconocerá como tope máximo el valor que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula:*

$$\text{Déficit calculado del SPU} = \underline{\text{Ingresos del SPU} - \text{Costos del SPU}}$$

Dónde:

“Ingresos del SPU: son todos los ingresos por los servicios incluidos en el SPU de qué trata el presente Decreto, incluyendo todos los ingresos que se causen por servicios definidos como parte del SPU que correspondan al área de reserva y a las franquicias.

(ii) *El OPO⁵⁸ deberá confrontar el resultado de la anterior fórmula con su sistema de separación contable en el cual se asignen para el cálculo del déficit exclusivamente los ingresos por prestación de servicios incluidos en el SPU y se le resten los costos imputados por la prestación de dichos servicios; se tomará para efectos de reconocimiento del déficit el mayor valor (esto es el menor monto*

⁵⁸ Operador Postal Oficial.

de déficit considerando que su resultado tiene signo negativo) entre la fórmula prevista en el numeral (i) del presente artículo y el ejercicio realizado por el OPO.

(iii) En caso de que en la aplicación de la metodología anterior resulte un valor positivo, es decir, se estime un superávit, no se reconocerá valor alguno por déficit del SPU.

(iv) En el cálculo del déficit del SPU se aplicarán las restricciones que se prevean en materia de eficiencia en los correspondientes contratos de concesión del servicio de correo.

“(…)” (Negrillas del original; subrayas añadidas).

En el mismo sentido, los artículos 2, literal g) y 4 de la Resolución N° 1552 de 2014 disponen, en lo pertinente:

“Artículo 2. Indicadores técnicos y de calidad para los servicios de correo incluidos dentro del Servicio Postal Universal. (...)

“(…)”

“g. Tarifas del SPU

“Todas las tarifas aplicadas por el OPO a los servicios incluidos en el SPU, deberán ser enviadas al Ministerio para ser aprobadas con quince (15) días de antelación al inicio de su aplicación, teniendo en cuenta el coste de la operación para la prestación del servicio más un margen razonable, debiendo adjuntar la memoria justificativa con los cálculos realizados para determinar dichas tarifas.

“(…)”

“Artículo 4. Factores de estimación para el cálculo del déficit del SPU: En ningún caso el factor de estimación, podrán (sic) exceder en su conjunto el cien por ciento de los costos totales del SPU.

“El Factor de Estimación que se requiere para calcular los costos del SPU tendrá un tope y se definirá anualmente de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 7 del Decreto 223 de 2014, de acuerdo a las condiciones de la operación del OPO para la prestación del SPU y a la evolución de las condiciones del mercado. (...)” (Subrayas agregadas, negrillas del original).

Por lo tanto, bien podría ocurrir que una adecuada definición de las tarifas para el Servicio Postal Universal, junto con una disminución en los costos de operación, debido a la mayor eficiencia que se genere en la prestación de dicho servicio público, llevaran a que el SPU fuese autofinanciable, evento en el cual ni el FONTIC ni la Nación tendrían que transferir recursos al Operador Postal Oficial.

En todo caso, aunque dicho escenario no se diera, es claro que los recursos públicos solamente tendrían que utilizarse para cubrir el déficit entre los costos de

prestación del Servicio Postal Universal y las tarifas que perciba el Operador Postal Oficial por este concepto, sin que el hecho de que tal entidad fuere de capital mixto o de capital enteramente privado constituya un impedimento para la cofinanciación estatal de los servicios incluidos en el SPU, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1369 de 2009 y en sus disposiciones reglamentarias, por las razones que se han explicado.

2. Régimen jurídico aplicable al contrato

Ahora bien, la conclusión a la que se ha llegado en el sentido de que la hipotética enajenación de la participación del Estado en el capital social de “4-72”, ya sea total o parcial, no implica la terminación del contrato de concesión actualmente vigente, debe entenderse sin perjuicio de que el régimen jurídico aplicable al contrato, para efectos de su ejecución, sufra algunas modificaciones en atención a la clase de entidad en la que se transforme el concesionario.

En particular, si Servicios Postales Nacionales S.A. pasare a ser una sociedad privada o una sociedad de economía mixta con participación del Estado en su capital igual o inferior al 50%, el contrato de concesión mencionado ya no podría seguirse considerando como un contrato o “convenio” interadministrativo, para efectos de lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues dicho acuerdo ya no vincularía a dos “entidades estatales”, como aparecen definidas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, sino a una entidad de esa clase (la Nación) y a un particular o a una entidad pública que no se encuentra regida por dicha normatividad, según el caso. Por lo tanto, desaparecerían algunos privilegios que el Estatuto General de Contratación Pública consagra para los contratos interadministrativos, exclusivamente en atención a la calidad de “entidades estatales” que las dos partes tienen en esa clase de negocios, tales como la no obligatoriedad de las garantías y la ausencia de cláusulas exorbitantes. En efecto, en el evento de que Servicios Postales Nacionales S.A. se convirtiera en una compañía privada o en una sociedad de economía mixta con capital público igual o inferior al 50%, sería necesario exigirle las garantías que establece la ley como obligatorias (artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 1510 de 2013⁵⁹) y se entenderían incorporadas al contrato (aunque no se estipulen expresamente) las cláusulas exorbitantes previstas en el citado estatuto (artículo 14, numeral 2º de la Ley 80 y artículo 22 de la Ley 1508 de 2012), todo lo cual, además, se previó expresamente en las cláusulas octava⁶⁰ y decimoséptima del otrosí que contiene la segunda prórroga. Esta última estipulación, en particular, dispone lo siguiente:

⁵⁹ “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

⁶⁰ “**CLÁUSULA OCTAVA – GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.**- Por tratarse de un contrato interadministrativo no será necesaria la constitución de garantías en favor del contratante, sin embargo, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se reserva el derecho de exigir las cuando en su criterio las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean el presente contrato así lo ameriten”. (Se resalta).

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – VARIABILIDAD DE LAS CONDICIONES Y RENEGOCIACIÓN DE LAS CONTRAPRESTACIONES- Si durante la vigencia de esta prórroga en el Concesionario llegaren a sobrevenir circunstancias tales como variación en su naturaleza jurídica, suscripción, venta o compra de acciones, liquidación obligatoria, fusión en cualquiera de sus modalidades o demás circunstancias que hagan que el Estado pierda su condición de accionista mayoritario, el Ministerio podrá modificar unilateralmente las condiciones económicas, la reasignación de riesgos, el otorgamiento de garantías, la asunción de nuevas obligaciones por parte del concesionario, incorporar las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993 y, en general, adoptar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar la efectiva prestación del servicio postal concesionado y la defensa del patrimonio público.

“PARÁGRAFO. En el evento de que la modificación de la participación accionaria del Estado en el Concesionario sea consecuencia de un proceso de venta o enajenación de acciones, las modificaciones a efectuar se definirán en las condiciones de venta que defina el Concesionario y serán aceptadas por el comprador con la sola presentación de su oferta”. (Se subraya).

Lo primero que debe aclararse, en relación con esta cláusula, es que la condición (hecho futuro e incierto) que determina la aplicación de los efectos jurídicos previstos en la misma, es decir, la modificación en las condiciones económicas del contrato, la reasignación de riesgos, la asunción de nuevas obligaciones por parte del concesionario, entre otros, es el hecho de que el Estado pierda su condición de accionista mayoritario en “4-72”, lo cual implicaría que los particulares adquirieran la mitad o más de las acciones de dicha compañía.

Por lo tanto, si como producto de las gestiones que se realicen, los particulares llegaren a adquirir una participación en el capital de “4-72” inferior al 50%, no se daría la condición mencionada en la cláusula, razón por la cual no se generarían los efectos jurídicos allí previstos. De otra parte, como en tal hipótesis Servicios Postales Nacionales S.A. se convertiría en una sociedad de economía mixta con participación estatal superior al 50% de su capital y, por lo tanto, continuaría siendo una “entidad estatal”, el contrato de concesión seguiría siendo “interadministrativo” y, en consecuencia, no sería obligatorio exigir garantías ni podrían estipularse cláusulas exorbitantes.

En segundo lugar, la Sala entiende que lo dispuesto por el párrafo de la cláusula citada es que los cambios a efectuar en el contrato, incluyendo aquellos en la contraprestación del concesionario y en las demás condiciones económicas, deben ser establecidos en las condiciones de venta de las acciones de “4-72”, que, vale la pena aclarar, no las establece “*el Concesionario*”, como dice erróneamente la cláusula, sino los propietarios de las acciones, es decir, los socios interesados en enajenarlas, entre ellos Fiduciaria S.A., como vocera del fideicomiso “PAR Adpostal”. Lo anterior claramente busca que el futuro adquirente

de todo o parte del capital de Servicios Postales Nacionales S.A. conozca de antemano las condiciones en las cuales se modificaría el contrato de concesión N° 000010, si llegare a adquirir, solo o junto con otros inversionistas, la mayoría de las acciones de dicha sociedad, teniendo en cuenta que los derechos incorporados en dicho contrato representan el principal activo de "4-72", según lo informado en la consulta.

Este propósito no solo resulta plausible desde el punto de vista práctico, ya que se dirige a evitar que una vez producida la adquisición de las acciones por parte de uno o varios inversionistas privados, se generen discusiones y litigios entre la sociedad concesionaria y la Nación en relación con las condiciones del contrato, sino que también constituye un mecanismo para hacer efectivos los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia, entre otros, que son anejos a la contratación pública y a la democratización de la propiedad accionaria del Estado.

En efecto, dicho instrumento permitiría que todas las personas interesadas en adquirir acciones de "4-72" conocieran claramente las condiciones jurídicas y económicas que regirían el contrato en el evento de que ocurra la condición suspensiva incorporada en la cláusula decimoséptima, lo cual les permitiría competir en condiciones de igualdad en la presentación de sus ofertas económicas para la adquisición de las acciones de dicha sociedad. De esta manera, el principio de libre concurrencia que se hubiera tenido que aplicar si el Gobierno Nacional hubiese decidido no prorrogar la actual concesión y celebrar un nuevo contrato para la prestación del servicio de correo, se aplicaría en este caso al procedimiento de venta de las acciones, de acuerdo con lo dispuesto tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en la Ley 226 de 1995 y en el régimen de liquidación de las entidades públicas (Decreto Ley 254 de 2000 y Ley 1105 de 2006).

Para esto sería necesario definir y establecer con absoluta claridad en los documentos que contengan las condiciones de venta de las acciones (incluyendo el "programa de enajenación" que determine el Gobierno, si fuere el caso), tanto el hecho o los hechos que darían lugar a la modificación del contrato, como los ajustes específicos que se harían al mismo, sin que sean suficientes para tal efecto formulaciones genéricas o abstractas. Así, para citar un ejemplo hipotético, podría decirse que si como producto de la enajenación, los particulares llegaren a adquirir una cantidad igual o superior a la mitad de las acciones, el precio de la concesión se elevaría en tal porcentaje o en tantos pesos, los riesgos se distribuirían de cierta forma y/o el concesionario asumiría tales obligaciones específicas, entre otros puntos.

Lo anterior también permitiría reducir a su mínima expresión el margen de negociación y, por ende, las eventuales discrepancias en la modificación del contrato, en el evento de que el hecho descrito como condición suspensiva llegare a ocurrir.

Con fundamento en las precedentes consideraciones

III. La Sala RESPONDE:

“1. ¿En cada uno de los escenarios indicados en la sección II del presente documento continuaría con plenos efectos jurídicos el Contrato de Concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004 y prorrogado el 8 de julio 2014, el cual fue celebrado como un Convenio Interadministrativo y en virtud del cual 4-72 detenta la calidad de Operador Postal Oficial y de concesionario?”

“2. La continuidad del Contrato de Concesión N° 000010 en los escenarios descritos estaría determinada por el porcentaje de participación accionaria pública y privada resultante en 4-72 de las alternativas descritas en la Sección II de este documento?”

La validez, la eficacia y, por lo tanto, la continuidad del contrato de concesión N° 000010 del 9 de julio de 2004, suscrito entre la Nación – Ministerio de Comunicaciones - y Adpostal, y prorrogado por segunda ocasión el 8 de julio de 2014 con Servicios Postales Nacionales S.A. (“4-72”), no se ven afectadas por la eventual enajenación de las acciones que el Estado posee en dicha sociedad, en ninguno de los dos escenarios descritos en la consulta e independientemente del porcentaje de participación accionaria que se transfiera efectivamente a particulares. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la salvedad que la Sala ha expresado en este concepto sobre el plazo de la citada prórroga.

No obstante, si la participación que llegaren a adquirir personas naturales o jurídicas privadas fuere igual o superior a la mitad de las acciones, habría lugar a modificar las condiciones jurídicas y económicas del contrato, conforme a lo dispuesto en la ley y lo estipulado en la cláusula decimoséptima del otrosí que instrumenta la prórroga actual. Tales modificaciones deberían señalarse específicamente en los documentos que contengan las condiciones de venta de la participación accionaria estatal.

Remítase al Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala