

2013EE0014343



80112

Bogotá, D.C.,

Doctora
YANET SANABRIA PÉREZ
Gerente Departamental
Gerente Colegiada Departamental del Meta

ASUNTO: Aplicación del artículo 110 de la Ley 1474 de 2011 para las entidades excluidas de las disposiciones del Estatuto General de la Contratación Estatal.

1. Solicitud.

Mediante memorando 2013ER0007614 del 28 de enero de 2013 se solicita resolver la siguiente inquietud:

“En razón a que en algunas entidades como las denominadas Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios E.S.P., Cámaras de Comercio, Empresas Sociales del Estado – ESES, Empresas Industriales y Comerciales del Estado Mixtas, entre otras, no se rigen por las disposiciones del Estatuto General de Contratación no contemplan la menor cuantía, si como en el caso de la Empresa de Servicios Públicos del Meta EDESA S.A. E.S.P., que tiene en su régimen de contratación las modalidades de solicitud privada de una oferta, solicitud privada de varias ofertas y solicitud pública de varias ofertas ¿cómo se da aplicación al artículo 110 de la Ley 1474 de 2011 para establecer si el proceso de responsabilidad fiscal es de única instancia o doble instancia?”

2. Consideraciones jurídicas:

- 2.1. Antecedentes y debate previo de la adopción normativa contenida en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011.

Es preciso señalar que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general, que no comprenden la solución correcta de problemas específicos, ni análisis de actuaciones particulares.

En efecto el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 110. INSTANCIAS. *El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada”.* (Negrillas no originales)

Como antecedentes de esta disposición vale la pena tener en cuenta la exposición de motivos y el proyecto de ley, especialmente¹:

*“(…) A. Se crea el procedimiento verbal para los procesos de responsabilidad fiscal con el objeto de dar celeridad a los procesos cuya cuantía sea inferior a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales vigentes, cuando se determine que están dados todos los elementos para proferir imputación y si existe flagrancia en la generación del daño. El objeto fundamental de esta medida es reducir los términos y eliminar trámites innecesarios en estos eventos. **Adicionalmente, se consagra un proceso verbal de única instancia cuando, la cuantía del presunto daño sea inferior a la suma de quince (15) salarios mínimos.** Así mismo, se facilitan los mecanismos de notificación en todos los procesos. (Negrillas no originales)*

(…) Artículo 89. Parágrafo 1° El procedimiento verbal será de única instancia cuando, la cuantía del presunto daño sea inferior a la suma de quince (15) salarios mínimos mensuales vigentes”.

Esta particularidad se mantuvo en las ponencias del primer² y segundo³ debate ante el Senado y sus aprobaciones⁴, así como en el primer debate ante la Cámara de Representantes⁵, cambiando solo el numerado del artículo por las modificaciones que le fueron introducidas con ocasiones a las proposiciones aceptadas en cada uno de ellos.

Pero fue en la ponencia del 28 de marzo de 2011 para el segundo debate al proyecto de Ley 174 de 2010 ante la Cámara de Representantes según informe de ponencia⁶, específicamente en el mismo debate⁷, así como en su conciliación⁸, en donde se modificó el texto del proyecto en lo que nos ocupa, tal y como se observa en el pliego de modificaciones del artículo del artículo 125 en donde se establece: *“Se hace claridad sobre cuándo tiene lugar el proceso de única instancia en los procesos de responsabilidad fiscal”,* y se define en la ponencia en mención *“Instancias. El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad y será de doble instancia cuando supere la suma señalada”.*

¹ Páginas. 15 y 19, Gaceta del Congreso, No. 607/10. Proyecto de Ley No. 142 de 2010 “ *por la cual se dictan normas orientadoras a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de gestión pública*”

² Ver Gaceta del Congreso No. 784/10.

³ Ver Gaceta del Congreso No. 1002/10.

⁴ Ver Gaceta del Congreso No. 35/11 y 78/11.

⁵ Ver Gaceta del Congreso No. 19/11

⁶ Ver Gaceta del Congreso No. 128/11.

⁷ Acta y Fecha de Anuncio Plenaria Cámara. 051, 052, 053, 054, 055, 056, 057, 058 y 059 - Abril 12, 13, 25, 26, 28 y Mayo 3 de 2011, publicadas en la Gaceta No. 643/11, y Acta y Fecha de Plenaria Cámara. 050, 051, 052, 053, 054, 056, 058 y 059 - Abril 6, 12, 13, 25, 26, 28 y Mayo 3 y 4 de 2011

⁸ Ver Gaceta del Congreso No. 1002/10

Indagando el debate aludido, fue posible encontrar que en la Gaceta No. 181 del 11 de abril de 2011 – Cámara de Representantes, se motivó el cambio de la metodología de cuantía por las intervenciones del representante a la cámara Dr. Humphrey Roa Sarmiento que textualmente sostuvo:

“Lapresidencia concede el uso de la palabra al honorable Representante, Humphrey Roa Sarmiento:

Gracias señor presidente. Yo solamente no para excluir ningún artículo, sino para ponerla en consideración aquí de los compañeros el artículo 115, en el 115 le estamos dando la posibilidad en el proceso de responsabilidad fiscal para los que tienen inferior a cien salarios mínimos sea de única instancia y los que sean superiores cien salarios mínimos le den doblen instancia.

Yo tengo que decirlo aquí compañeros Congresistas, con el respecto que se merecen, es cierto que la justicia busca la eficacia, la economía, la economía procesal; pero también nosotros como Congresistas hemos venido luchando le decimos al señor Ministro, y lo vemos, por donde podamos, insistimos, luchamos de una forma y otra que los Congresistas también tengamos el derecho a la segunda instancia; por qué una persona que tienen un contrato cincuenta de millones de pesos, no tienen derecho a una segunda instancia?

Solamente quiero dejar esos interrogantes, porque creo que la ley es para todos, no solamente para unos, sino para que todos tengamos también derecho les parece (...).”

En el mismo debate, posteriormente se concluyó:

“La Presidencia el uso de la palabra al honorable Representante, Germán Varón Cotrino:

Gracias señor presidente. La inquietud del doctor Humphrey tiene que ver con algo que me parece lógico y es que en los municipios pequeños, una cuantía de cincuenta y cinco millones resulta ser una cuantía excesiva.

Entonces una redacción que podría absolver esa inquietud y la comparte el doctor Humphrey para que podamos aprobar el 115 es:

“El proceso de responsabilidad será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura, de imputación o el auto de imputación de responsabilidad fiscal según el caso sea de mínima cuantía dependiendo del ente territorial y de doble instancia cuando la cuantía sea superior a la cuantía”

Con esa redacción se superaría la inquietud del doctor Humphrey, y podríamos aprobar el 115, para darle consistencia al proyecto.

Presidente:

En consideración el artículo 115, con la aclaración que ha hecho el Representante Germán y que está de acuerdo al Representante Roa; continúa discusión del artículo 115, anuncio que va a cerrarse, lo aprueba la Comisión?

Secretario:

Ha sido aprobado el artículo 115, de la preposición leída con la aclaración presentada por el doctor Humphrey Roa, y el doctor Germán Varón”.

Para que finalmente en el texto conciliado en la Cámara de Representantes⁹ y el Senado¹⁰ se concluyera con: “*Artículo 110. Instancias. El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada*”.

Es claro que el proyecto de ley inicial pretendía establecer la figura de la única instancia para los procesos verbales de responsabilidad fiscal mediante un parámetro específico de cuantía, sin embargo fue replanteado, y en su lugar se optó por ampliar esa figura a cualquier tipo de proceso de responsabilidad fiscal, sin importar su carácter de verbal u ordinario; adicionalmente, en lo que nos incumbe, se determinó cambiar ese criterio de una cuantía específica a un criterio más genérico de igual o inferior cuantía para la contratación de la respectiva entidad afectada.

Obsérvese como en desarrollo de la aprobación del texto final del artículo 110 de la Ley 1474 de 2011 inicialmente se estableció un criterio totalmente ajeno al contenido en el Estatuto General de la Contratación, esto es a través de un tope en salarios mínimos legales vigentes, bajo el supuesto que se pretendía dentro del capítulo VII simplificar los procedimientos y eliminar trámites innecesarios, al dotar con normas especiales los funcionarios encargados de tramitar los procesos de responsabilidad fiscal.

Posteriormente, cuando se aceptó la preposición en mención, se adoptó un criterio en donde se mantuviera la justificación de la norma, al supeditarla a la cuantía específica de cada entidad, que en tal contexto no fue remitida expresamente a lo establecido en el artículo 2 en su numeral 2) literal b) de la Ley 1150 de 2007 aplicable exclusivamente a las entidades sujetas al régimen de la Contratación de Estatal.

Si el espíritu de la norma hubiese sido ese, es decir de remitir a la metodología del artículo aludido, expresamente lo hubiera determinado, contrario *sensu*, estableció que “***(...) a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada*”**, con lo cual se debe atender en cada caso, las particularidades normativas aplicables a cada entidad concernientes a la cuantía de contratación.

⁹ Ver Gaceta del Congreso No. 669/11.

¹⁰ Ver Gaceta del Congreso No. 483/11.

No hay que perder de vista que en el capítulo VIII del Estatuto Anticorrupción referido a “MEDIDAS PARA LA EFICIENCIA Y EFICACIA DEL CONTROL FISCAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN”, se establecieron normas que modificación, derogaron y subrogaron algunas disposiciones de la Ley 610 de 2000 por medio de la cual, se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, es decir se trata de una norma especial, lo que nos permite concluir de acuerdo con los principios hermenéuticos jurídicos universalmente aceptados¹¹, la norma especial prima sobre la general, con lo cual la norma bajo estudio debe ser interpretada bajo el lineamiento anteriormente planteado.

2.2. Cuantía de la Contratación.

En ese orden de ideas, no cabe duda alguna del método que se deberá tener en cuenta para los procesos de responsabilidad fiscal con el fin de determinar si corresponde a un proceso ordinario o verbal de menor o mínima cuantía, cuando se trate de **entidades sujetas al Estatuto General de la Contratación estatal, deberán remitirse a lo dispuesto en el artículo 2 en su numeral 2) literal b) de la Ley 1150 de 2007** que literalmente establece:

“La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales;”.

De las entidades excluidas del Régimen de Contratación Estatal, no es aplicable la norma citada, y conforme al parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, **es necesario acudir a cada uno de los regímenes que los regula,**

¹¹Para el caso Colombiano, su adopción se encuentra especialmente en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, 3o. de la Ley 153 de 1887 y artículos 71 y 72 del Código Civil.

siempre bajo la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

3. Conclusión

Con todo lo anterior, procede dar respuesta al interrogante que nos ocupa:

“(…) por tal sentido sus estatutos de contratación no contemplan la menor cuantía, sino como en el caso de la Empresa de Servicios públicos del Meta EDESA S.A. E.S.P., que tienen en su régimen de contratación las modalidades de solicitud privada de una oferta, solicitud privada de varias ofertas y solicitud pública de ofertas; ¿Cómo se da aplicación al artículo 110 de la Ley 1474 de 2011 para establecer si el proceso de responsabilidad es de única o de doble instancia?”.

En efecto el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 establece que los contratos que prestan las Empresas de servicios públicos, como la citada, que tengan por objeto la prestación de servicios que trata esa ley, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que en resumen establece de manera enunciativa las entidades que no se encuentran sometidas al Estatuto General de la Contratación.

En el mismo sentido el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 establece que salvo lo que establezca la Constitución Política o la ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto por esa Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, inclusive, si están constituidas como empresas industriales y comerciales del estado o las sociedades de economía mixta, sin atender al porcentaje de participación pública representen dentro del capital social, de tal manera que no les aplica para esos afectos, lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011¹².

De esa manera es necesario remitirse al manual de contratación de dicha Empresa, para efectos de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, en donde se informa por el solicitante que la entidad tiene una determinación de las modalidades de selección bajo unos criterios específicos, de los cuales se resalta uno que tiene que ver específicamente con la cuantía.

¹² Textualmente establece : “Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”.

Dentro de esa potestad que le asiste a la entidad de establecer a través de su manual, entre otras las modalidades de selección, siempre bajo la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, se concluye que es viable equiparar tales criterios dentro del contexto de la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada conforme al artículo plurimencionado, pues obedece a un criterio con que la entidad establece su propia cuantía atendiendo a su régimen especial y la potestad aludida.

Cordialmente,

ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO.

Directora Oficina Jurídica.

Proyectó. Diego Rodríguez.
N. R. 2013ER0007614.