

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

Señores diputados (as)

VICTOR ANDRES ARMERO HERNANDEZ
ANDREA MILENA PIZARRO MENDEZ
GILBERTO MUÑOZ CORONADO
FERLEY QUINTERO
NIELSEN SAAC NUÑEZ
ORGENI ETELVINA VIERA BETANCOURTH
LEIDY GABRIELA MUÑOZ
WILLIAM RICARDO CAMPIÑO
NILSON MANUEL GOMEZ PIEDRAHITA
VICTOR LIBARDO RAMIREZ FAJARDO
DAGOBERTO HURTADO GARCÍA
EDUARD ENRIQUE NAVIA MUÑOZ
CAMILO BAUTISTA COBO
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CAUCA

Popayán Cauca

Asunto: ilegalidad en a parte del proyecto de ordenanza “Por la cual se autoriza al Gobernador del Departamento del Cauca para crear un fondo Mixto para el desarrollo regional del cauca. FONCAUCA” que se desarrolla en el marco de sesiones extraordinarias.

Cordial saludo

En conjunto con varios ciudadanos del país hemos conformado una red de veedurías ciudadanas que tienen como propósito advertir sobre procesos de corrupción que se puedan estar presentando en las instituciones públicas de la Nación, de los departamentos y de los municipios, dicha red está conformada en varias ciudades, en este caso particular la red de la ciudad de Popayán en el departamento del cauca nos envió para estudio de nuestro equipo jurídico un proyecto de ordenanza, sobre el cual remitimos dicho estudio a los señores diputados y entes de control público, ciudadano, político y medios de comunicación para que dicha aprobación se haga con el rigor jurídico y la conveniencia que debe caracterizar una decisión que va a implicar la existencia de “Fondos Mixtos” que vienen siendo creados de manera ilegal y sobre los cuales ya existen investigaciones penales, disciplinarias y fiscales de los entes de control.

Nuestra advertencia ciudadana de buena fe a los señores diputados (as) y actores sociales y políticos de la región, se refiere a que es viable crear dichas entidades mixtas; sin embargo en tratándose de entidades mixtas cuyo sustento jurídico es el

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

artículo 96 de la ley 489 de 1998, No es legal darles facultades para contratar con el derecho privado; pues dicha entidad está obligada por la constitución y la ley a contratar en el marco del EGCAP estatuto general de contratación de la administración pública, es decir con la ley 80. De lo contrario estarían creando un contratadero para evadir la licitación pública y tal posibilidad es exclusiva para ciertas entidades autorizadas por la ley de manera excepcional, por lo tanto una ordenanza o una corporación política departamental no puede dar origen a una entidad contraria a ley y a la jurisprudencia en la materia.

- **A parte subrayado y en negrilla del proyecto de ordenanza es ilegal:**

ARTICULO SEGUNDO: la autorización que se concede en el artículo primero de la presente ordenanza, será para que el departamento del cauca cree una entidad sin ánimo de lucro, de carácter mixto, de segundo orden, descentralizado e indirecta por servicios, regida por la constitución política y por el artículo 96 de la ley 489 de 1998, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y capital independiente, bajo las normas del código civil, constituida por aportes públicos y privados, regido en su dirección, administración y contratación por el derecho privado

JUSTIFICACION DE LA ILEGALIDAD

- A. En la exposición de motivos en la hoja numero 2 dice:

El artículo 14 de la ley 1150 de 2007 establece que “las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al estatuto general de la contratación de la administración pública, aplicaran en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la constitución política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

La ley 1150 de 2007 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 fue expedida y sancionada para evitar actos de corrupción y establecer las normas claras frente a la contratación estatal. Dicho artículo 14 de la ley 1150 de 2007 fue modificado por el artículo 93 de la ley 1474 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. Dicho artículo 14 que traen como sustento **no establece lo que expone el gobernador del cauca en su exposición de motivos** para lo cual se

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

transcribe al artículo 14 de la ley 1150 de 2007:

ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO. <Artículo modificado por el artículo [93](#) de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> *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.*

Claramente el artículo tiene un texto diferente y fue mal referenciado; sin embargo el error, este artículo 14 de la ley 1150, nos permite aclarar en su contenido, que las empresas o sociedades con participación mayoritaria del estado superior al 50% **estarán sometidas al estatuto general de la contratación de la administración pública**, por lo tanto, si están sometidos a la ley 80, **no puede su régimen contractual ser de derecho privado**. La única excepción que establece son para las entidades que desarrollen sus 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, excepción que de ninguna manera la puede tener una entidad mixta sin ánimo de lucro, pues este tipo de entidades no generan lucro ni tampoco están en mercados regulados.

- B. Ya la corte constitucional en sentencia **No. C-230/95** respecto de Las asociaciones y fundaciones de participación mixta y la contratación administrativa, estableció en el numeral 3.2 de la sentencia referencia en el quinto párrafo lo siguiente:

La ley 80 de 1993 sometió a las corporaciones y fundaciones, en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (art. 2o., ord. 1o, lit. a.), a las reglas

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

principios de la contratación de la administración pública y para ello las reconoció en el literal a) del ordinal 1 del art. 2 de dicha ley como entidades estatales. Consecuencialmente se determinó en el fragmento normativo acusado que sus representantes y los funcionarios de determinados niveles en quienes se delegue la celebración de contratos tienen el carácter de servidores públicos. Es claro, que supuesto lo primero tenía que establecerse lo segundo, porque de otra manera no se lograría alcanzar el propósito práctico de vincular al régimen de responsabilidades a quienes obraran en nombre de tales fundaciones y corporaciones, lo cual se adecua a lo establecido en los arts. 6 y 123 de la C.P.

- C. De la misma manera el consejo de estado en sentencia (1766) con Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00079-00 del nueve (9) de noviembre de dos mil seis (2006) Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE estableció en el numeral 4.3 de dicha sentencia:

*En concepto de esta Sala, la conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como, **el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de “simple traslado de recursos públicos a particulares”***

En la parte final de la sentencia la sala del consejo responde y concluye en el numeral 3 lo siguiente:

*“Las personas creadas en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998 se regulan por el Código Civil **en lo relativo a su constitución, organización, transformación.**”*

Lo anterior para demostrar que así el artículo 96 de la ley 489 establezca que dichas entidades se regirán por el código civil, **el consejo de estado aclara que dicha facultad se refiere a la constitución, organización y transformación**, en ningún caso le es permitido a que su contratación se rija por el derecho privado por el hecho de regularse por las normas del código civil para su funcionamiento y administración, lo cual se traduce que para la realización de sus estatutos, registro ante las cámaras de comercio entre otros, si se pueda regir por el derecho civil.

- D. Para aclarar de manera más detallada este asunto la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió el concepto C-911 de 2022 en el que se establecen y se reafirma la ilegalidad de permitir que una entidad creada con base en el artículo 96 de la 489 de 1998 pueda contratar con régimen privado y que resuelve una consulta de otro fondo mixto existente

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

que en este momento está siendo investigado por actos de corrupción y por la ilegalidad en su conformación.

El numeral 2.2 del concepto C-911 DE 2022 establece lo siguiente (se anexa):

2.2. Naturaleza y régimen de las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares

Para entender la naturaleza y régimen de las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, el inciso tercero del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común».

Su naturaleza es de carácter mixto, pues están constituidas por entidades públicas y por particulares; de ahí que el peticionario aluda a ellas como «fondos mixtos»¹. Asimismo, en cuanto a su régimen, **las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rigen**, por una parte, por el Código Civil –en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación– **y, por el otro, se encuentran sujetas a las reglas y principios generales de contratación, por encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993**². La conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de «simple traslado de recursos públicos a particulares»³.

¹ La consulta que aquí se resuelve fue efectuada por el Subdirector Ejecutivo del «Fondo Mixto para la Promoción de la Infraestructura, el Desarrollo Integral y la Gestión Social “Sierra Nevada”». Según la información publicada en la página web de dicha institución, para el momento de responder la consulta, en cuanto a la «Naturaleza del Fondo», se indica que es una «Entidad jurídica sin ánimo de lucro, de carácter mixto, de segundo orden, descentralizado e indirecta por servicios, regida por la Constitución Política, *Artículo 96 de la Ley 489 de 1998*, las normas del Código Civil, constituida con aportes públicos y privados» (cursiva fuera de texto). Por tal razón, la Agencia entenderá, de manera contextual, que aquello a lo que el peticionario llama «Fondos mixtos» se refiere a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, derivadas de la asociación entre entidades públicas y particulares –es decir, constituidas por aportes mixtos (públicos y privados)–, con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. La información de esta entidad se ha extraído del siguiente portal web: <https://fondosierranevada.com/>.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 5 de febrero de 2015, expediente 76001-2331-000-2008-01176-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno

³ Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

Para comprender lo afirmado anteriormente, en especial, la naturaleza, estructura de organización y régimen contractual de las asociaciones y fundaciones de participación mixta, se acude a la jurisprudencia constitucional, la cual ha tratado el tema en varias sentencias. Al respecto, la Sentencia C-949 de 2001 analizó el siguiente problema jurídico: ¿se vulnera el artículo 123 Constitucional cuando se establece que, tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta, solo se consideren servidores públicos sus representantes legales y los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de estas. En esta decisión, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

La ley permite a las asociaciones y fundaciones de participación mixta, someterse a la Ley 80 de 1993, con la precisión de que los funcionarios autorizados para suscribir contratos en su nombre, tienen la calidad de servidores públicos para esos efectos, pero para adelantar otras actividades ajenas a los procesos contractuales se someten al régimen de los particulares. Significa esto, que dichos funcionarios responden como servidores públicos en materia penal, disciplinaria y fiscal en el evento en que incurran en irregularidades en la gestión contractual.

Las consideraciones que justifican atribuirle la calidad de servidores públicos a estos funcionarios no están relacionadas únicamente con el tema de la responsabilidad, sino también con la capacidad de contratación, **en la medida en que si estas asociaciones y fundaciones de participación mixta manejan recursos públicos, su ejecución para los fines de la correspondiente entidad debe hacerse a través de la institución del contrato estatal**.

No obstante, es claro que dichos funcionarios no podrían suscribir los respectivos contratos estatales como particulares, porque es bien sabido que una de las características esenciales del contrato estatal consiste en que uno de los extremos de la relación contractual esté representado por el Estado, y en nombre de él sólo pueden actuar personas que tienen la calidad de servidores públicos.

Por lo tanto, es razonable que tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta se le atribuya la calidad de servidor público a los representantes legales y funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas, pues es obvio que en virtud del acto de delegación estas personas comprometen contractualmente la respectiva entidad⁴ (énfasis fuera de texto).

Siguiendo con esta línea, también es necesario tener en cuenta la Sentencia C-671 de 1999, en la que se demandaron apartes de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, por la presunta violación de los artículos 150 numeral 7º, 189 numeral 26, 209 210, 38, 71 y 103 de la Carta Política. Además, la Corte Constitucional analizó en esa oportunidad si tales normas quebrantan o no el

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

artículo 355 de la Constitución, por permitir el otorgamiento de auxilios con dineros públicos a entidades privadas. Dentro de lo explicado, se destaca lo expuesto en la revisión de constitucionalidad del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que si bien tiene un contenido diferente al artículo 96 de la misma ley en algunos aspectos, en ambas se regula la creación de corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, al tiempo que se establece que se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil. En efecto, la discusión gira en torno a determinar la naturaleza y el régimen jurídico de este tipo de entidades sin ánimo de lucro. Para dilucidar ese punto de derecho, la Corte Constitucional expresó:

[...] la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa⁵.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-230 de 1995, al revisar la constitucionalidad del literal a) del artículo 2.2 de la Ley 80 de 1993, analizó el régimen aplicable a las asociaciones de carácter mixto sin ánimo de lucro que se constituyeron en vigencia del artículo 6º del Decreto Ley 130 de 1976. Manifestó que era perfectamente viable someter las asociaciones que cuenten con una participación pública mayoritaria a las reglas y principios de la contratación pública. Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

La ley 80 de 1993 sometió a las corporaciones y fundaciones, en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (art. 2o., ord. 1o, lit. a.), a las reglas y principios de la contratación de la administración pública y para ello las reconoció en el literal a) del ordinal 1 del art. 2 de dicha ley como entidades estatales. Consecuencialmente se determinó en el fragmento normativo acusado que sus representantes y los funcionarios de determinados niveles en quienes se delegue la

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

celebración de contratos tienen el carácter de servidores públicos. Es claro, que supuesto lo primero tenía que establecerse lo segundo, porque de otra manera no se lograría alcanzar el propósito práctico de vincular al régimen de responsabilidades a quienes obraran en nombre de tales fundaciones y corporaciones, lo cual se adecua a lo establecido en los arts. 6 y 123 de la C.P.

El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación.

[...]

“Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos⁶ (énfasis fuera de texto).

Ahora bien, para efectos de determinar la participación de las entidades del Estado en estas asociaciones mixtas, se hace necesario remitir a lo expresamente dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el cual señala que en el acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrán, entre otros aspectos, los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas, así como la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad. Bajo esa perspectiva, el legislador diferenció dos (2) elementos importantes para el funcionamiento de estas asociaciones mixtas. Por un lado, los aportes realizados al momento de su constitución, los cuales determinan la participación de los asociados en la creación de la persona jurídica, y con ello la naturaleza y el régimen jurídico de la entidad. Por otro lado, las contribuciones que se realizan para el sostenimiento y funcionamiento de la entidad sin ánimo de lucro.

En ese sentido, para esta Subdirección⁷ **las asociaciones de carácter mixto con participación mayoritaria del Estado, que se constituyan en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se consideran entidades estatales, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando los aportes realizados al momento de su constitución son superiores al 50%**. Lo anterior, sin perjuicio de cualquier modificación posterior que se realice de dichos aportes y que impliquen un cambio en la participación de los socios, fundadores o constituyentes.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁷ Subdirección de gestión contractual Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

Se precisa también que una corporación o fundación mixta con participación minoritaria del Estado adquiere la calidad de entidad pública sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando la participación del Estado cambie y se torne mayoritaria, siendo igual o superior al 50%. Esta respuesta se fundamenta en el artículo 2.1, literal a), de la Ley 80 de 1993, al establecer que lo que interesa es determinar la participación mayoritaria del Estado, independiente de si fue en su constitución o en un momento posterior. El cambio de régimen de contratación dependerá de una participación mayoritaria del Estado, sin importar el tiempo en que se presenta.

De esta manera, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no puede interpretarse aisladamente con respecto a lo prescrito en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el cual no hace una distinción de los momentos de los aportes, sino que lo que importa es la participación mayoritaria del Estado, para efectos de determinar la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por lo anterior, cabe destacar que estas asociaciones son una expresión de la descentralización administrativa, por cuanto hacen parte de las demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley, las cuales se encuentran previstas en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

A partir de lo expuesto, se colige que estos organismos con participación mayoritaria del Estado tienen la calidad de entidades descentralizadas indirectas y son una forma de la descentralización por servicios. Esto en la medida en que poseen una vinculación con el Estado, participando en el cumplimiento de actividades que involucran la consecución de los fines estatales, hasta el punto de que aquel –al asociarse con particulares– entrega bienes o recursos públicos a título de aporte. **Por tanto, si la participación estatal es mayoritaria son destinatarias de la Ley 80 de 1993, pues el literal a) del artículo 2.1 prescribe que son entidades públicas:**

- a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, 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%), *así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria*, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

Por tanto, las fundaciones y corporaciones con participación mayoritaria de cualquier entidad del Estado tienen la calidad de entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración pública, independientemente de que los aportes hayan sido en el acto de constitución o en un

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

momento posterior. Es decir, lo que interesa es que haya una participación mayoritaria del Estado para activar la aplicación del régimen contractual previsto en el EGCAP⁸. De lo anterior se desprende que a este tipo de entidades sin ánimo de lucro, las cuales tienen la naturaleza de entidades descentralizadas indirectas, solo les aplicarán las normas de derecho civil, en cuanto a la constitución, organización y funcionamiento, conforme al artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

De lo anterior se concluye que las personas jurídicas con participación mixta, cuya conformación permite el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pueden realizar procedimientos de contractuales en el marco de la competencia y la capacidad de las entidades públicas y privadas que las constituyen. **Por su parte, el régimen jurídico aplicable dependerá del carácter mayoritario o no de la participación estatal, pues si el Estado ha efectuado aportes superiores al 50%, eso significa que la actividad contractual de la persona jurídica derivada deberá efectuarse de conformidad con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.**

Así pues, con fundamento en el resultado de ese análisis se podrá saber si la persona jurídica derivada del acuerdo asociativo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 –es decir, el «fondo mixto», en los términos del peticionario–, puede ejecutar o no recursos públicos a través de la suscripción de un determinado contrato, bien sea que estos provengan del sistema general de regalías, del sistema general de participaciones o de otra fuente financiera. Si dentro del objeto de dicha persona jurídica se encuentra la realización de actividades que comporten la ejecución de dichos recursos y si la entidad contratante tiene competencia para transferírseles mediante la suscripción de un contrato, los procedimientos contractuales de la persona jurídica de segundo grado –o sea, del fondo– deberán ajustarse al régimen que le sea aplicable, de acuerdo con lo explicado en las consideraciones de este concepto.

Hasta aquí la jurisprudencia de la Corte Constitucional y conceptos del consejo de estado y de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para argumentar y justificar que **es ilegal permitir que esta entidad se cree con la facultad de contratar con régimen privado**; pues de ser así lo que estaría haciendo la asamblea departamental además de aprobar un artículo ilegal, es permitir que esta nueva entidad denominada fondo mixto FONCAUCA que tiene un propósito loable **se convierta en el contratadero del departamento del cauca para evadir la ley 80 y los procesos de licitación pública con un origen ilegal** y entrar a lista negra de otros fondos mixtos creados por clanes o familias que buscan quedarse con el erario público. valga decir que existen regímenes de excepción para

⁸ EGCAP, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

ciertas entidades que están autorizadas por la ley para contratar con el derecho privado; pero no es el caso de una entidad mixta sin ánimo de lucro con capital público superior al 50% que se base en el artículo 96 de la ley 489 de 1998.

Para comprensión de los señores diputados (as) de lo que está pasando con los fondos mixtos se les pide revisar las siguientes noticias que son públicas.

<https://www.wradio.com.co/2024/04/02/fondo-mixto-sierra-nevada-contratadero-que-ha-recibido-medio-billon-de-pesos-del-estado/>

<https://www.wradio.com.co/2022/08/04/que-paso-con-el-contrato-para-pavimentar-las-calles-del-municipio-de-la-paz-cesar/>

Interrogantes y conclusiones después de leer la exposición de motivos y el estudio de viabilidad:

- El estudio de viabilidad no tiene justificación jurídica, tiene todas la demás menos la jurídica
- No existe justificación jurídica para permitir que dicho fondo mixto contrate con el derecho privado.
- ¿Sabe usted que permitiendo que este fondo mixto contrate con derecho privado está creando un contratadero para evadir la ley 80 y los procesos de licitación en el departamento del Cauca.?
- ¿Sabe usted que aprobando esta ordenanza con un a parte ilegal estaría permitiendo que el gobernador del Cauca pueda ser denunciado o demandado penal, disciplinaria y fiscalmente en el momento en que el fondo realice un proceso de contratación basado en el derecho privado?
- ¿Saben quién está detrás de la creación de este fondo Mixto aparte de la gobernación del Cauca?
- ¿Sabe usted que prácticamente este fondo lo que hace es desaparecer gran parte la oficina de planeación departamental porque la mayoría de funciones serán asumidas por este fondo mixto?

PETICION:

1. Se solicita a los Diputados (as) del Cauca modificar el a parte final del artículo número 2 del proyecto de ordenanza, quitando la expresión “**y contratación por el derecho privado**” reemplazando por la expresión “y contratación por el derecho público” o “y contratación por el estatuto general de contratación de la administración pública ley 80 de 1993”

2. Teniendo en cuenta que modificar el a parte final del artículo número 2 del proyecto de ordenanza como se solicita en la petición 1, en nada afecta los propósitos del

VEEDURÍA CIUDADANA NACIONAL

Fondo Mixto, se solicita a los diputados en su estudio y en la ponencia respectiva supriman por ser contrario a la ley la expresión **“y contratación por el derecho privado”**

3. Solicitamos a los diputados hacer consultas con magistrados o exmagistrados del tribunal contencioso administrativo del Cauca o de otros departamentos, con la facultad de derecho de la universidad del Cauca u otras universidades o con profesionales del derecho con vasta experiencia en derecho constitucional y administrativo, para que dicho fondo se cree, pero sin ilegalidades, cumpliendo la constitución, la ley y la jurisprudencia; ya que se nota poca experiencia del equipo jurídico que asesora la Gobernación del Cauca.

Gracias por la atención

Atentamente

----original firmado----

RAMIRO VÁSQUEZ GIRALDO

Presidente Red de Veeduría Ciudadana Nacional