



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

Popayán Cauca, 11 de noviembre de 2024

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**

JORGE OCTAVIO GUZMAN GUTIERREZ

Gobernador del Cauca

Popayán Cauca

Asunto: Falsa Motivación y/o ilegalidades de tipo formal y de fondo en Proyecto de Ordenanza “Por la cual se autoriza al Gobernador del Departamento del Cauca para crear una Sociedad de Economía Mixta (SEM) denominada CAUCA FUTURA S.A.”

Con la presente nos dirigimos a los señores (as) diputados (as), a la sociedad caucana, medios de Comunicación, entes de control y a todos los que les preocupa el manejo de los recursos públicos, 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 con la red de la ciudad de Popayán en el departamento del cauca se estudió este fin de semana con nuestro equipo jurídico, el proyecto de ordenanza que de nuevo intenta crear una entidad que se rige por el derecho privado para que administre los dineros públicos de todos los caucanos y que según el estudio realizado existe una falsa motivación e ilegalidades de tipo formal y de fondo y por ende **advertimos que de aprobarse se configura una**



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

actuación ilegal tanto de parte del gobernador como de los diputados (as) pues es claro que esta empresa de economía mixta no puede crearse en los términos que se pretende; pero que sin embargo si se corrigen las ilegalidades en una próxima oportunidad lo podrían hacer; nuestra misión no es oponernos; sino advertir sobre “errores” graves de aplicación de la ley y de la posible configuración de actos de corrupción; pues en este caso se evidencia claramente de la intención de revivir el fondo Mixto FONCAUCA; y como lo demostraremos en el siguiente estudio, no es posible mezclar la creación de una Empresa o Sociedad de Economía mixta en la que van a participar particulares que tendrán que generar lucro para sus intereses; con el manejo de recursos públicos para obras e inversiones sociales en educación, salud, medio ambiente y otros sectores; pues dicha tarea la tienen las secretarías de la Gobernación y esa tarea no se le puede delegar a los particulares en una SEM y mucho menos que puedan generar lucro y utilidades con los recursos de inversión del departamento. Lo anterior será sustentado de forma integral; primero se plantearán unas consideraciones iniciales que se sustentarán tratando de entender el origen, definiciones, el sustento jurídico, la viabilidad técnica financiera y los requisitos formales.

CONSIDERACIONES:

1. Si la intención es crear una Empresa o Sociedad de Economía Mixta como una Sociedad Anónima “CAUCA FUTURA S.A.” para desarrollar proyectos de energía en el Litoral Pacífico y otros sectores y con ello generar utilidades e ingresos al departamento y a unos particulares que tendrán el 49% de la empresa, dicho objeto nada tiene que ver con ejecutar, gestionar o administrar proyectos de inversión social en educación, salud, medio ambiente y otros sectores; sería lo mismo o similar si se presentara un proyecto de ordenanza para que la industria de licores del cauca se dedique ahora además de vender licor a hacer vías, puentes y obras de infraestructura social.

Lo anterior es ilegal y se convierte en una falsa motivación

2. Una Sociedad de economía mixta además constituida como Sociedad Anónima es una Empresa que debe tener como propósito principal generar utilidades para el departamento y **para unos particulares** y de manera clara el artículo 97 de la ley 489 de 1998 manifiesta que este tipo de empresas **son Comerciales y su naturaleza es también industrial y comercial**, en ningún aparte del articulo da la opción de intentar con una empresa de esta naturaleza ejecutar obras de inversión social en educación, salud, medio ambiente en otros sectores; por esta razón advertimos y podemos afirmar que se quiere revivir el Fondo Mixto FONCAUCA pues **el artículo** que permite que una entidad mixta ejecute, administre o gestione obras y proyectos de inversión social es **el artículo 96** de la misma ley 489 de 1998, que era el sustento de la anterior



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

ordenanza; si esto era lo que se quería, la gobernación debió volver a presentar la ordenanza para crear el Fondo Mixto que si es legal; como lo manifestamos en el anterior estudio nuestra veeduría no se oponía a su creación, nuestra veeduría solo advirtió que un fondo mixto cuyo origen es el artículo 96 de la ley 489 no puede ser de derecho privado, pues los Fondos Mixtos que si pueden ser derecho privado entre otros, **por ejemplo son los de cultura** que se basan en el artículo 63 de la ley 397 de 1997 y cuyas excepciones están contempladas para entidades muy específicas.

Lo anterior es ilegal y se convierte en una falsa motivación

3. Es obligación del gobernador de manera previa a la presentación de la ordenanza tener aval del organismo oficial correspondiente del estudio técnico demostrativo; este requisito es nuevo, fue introducido en el numeral 47 del artículo 119 de la ley 2200 de 2022, el cual según los debates y proposiciones introducidas en el artículo y que pueden verse en las actas de la sesiones publicadas en la gaceta oficial del congreso, se busca limitar a los gobernadores en la creación de entidades o empresas que sin cumplir el principio de planeación se crean como un capricho del gobernante de turno. Además del aval previo se requiere que justifique la viabilidad social y financiera; de la viabilidad social se podría decir que la exposición de motivos y estudio demostrativo tiene algunas cosas que en algo justifican; sin embargo de la viabilidad financiera lo único que tiene son los gastos operativos y administrativos, frente a las actividades empresariales se manifiestan ideas, proyectos; pero que no corresponden a cosas reales, son solo meras expectativas o propuestas futuras que en nada podrían justificar la creación de una empresa, pues para que la asamblea apruebe una autorización de esta naturaleza debe existir certeza que la nueva empresa es viable financieramente y en el estudio demostrativo no se evidencia que ingresos va a obtener, que rentabilidad se espera obtener, que servicios comerciales o industriales va a prestar, todo lo dejan para el “futuro” y esto no es posible pues la ordenanza que autoriza la creación de una SEM debe ser específica y concreta y **no puede la asamblea delegar su competencia** para que en el futuro sea el gobernador y unos **particulares en la junta directiva de “CAUCA FUTURA S.A”** los que definan que negocios o empresas pueden constituir en el futuro, estarían entregando en cheque en blanco para que con los recursos públicos haga esta junta directiva lo que les parezca.

Lo anterior es ilegal y de aprobarse una falta disciplinaria dolosa de parte de los diputados (as)

4. Esta entidad no podrá contratar con el derecho privado los recursos públicos de convenios interadministrativos ni del presupuesto del departamento, de los municipios o cualquier recurso publico recibido por designación de regalías o por convenios de cualquier entidad estatal. Solo puede contratar con el



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

derecho privado los recursos propios de la SEM o las “utilidades” o las actividades comerciales y empresariales; pero como lo que se quiere no es crear una empresa real, pareciera más una maniobra ilegal o falsa motivación para revivir el FONDO MIXTO FONCAUCA. Así que, si el propósito es contratar de manera rápida los recursos públicos del departamento con el derecho privado, esta no es la entidad adecuada, una SEM es una Empresa para generar utilidades y lucro para el departamento y para unos particulares, no para evadir la ley 80 ni los pliegos tipo diseñados para evitar actos de corrupción.

Lo anterior es ilegal y se convierte en una falsa motivación

JUSTIFICACION DE LA ILEGALIDAD

El origen del proyecto de ordenanza es el artículo 97 de la ley 489 de 1998

ARTÍCULO 97.- *Sociedades de economía mixta.* Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

El subrayado es intencional para que entendamos si se cumple el artículo en el proyecto de ordenanza:

- constituidos bajo la forma de sociedades comerciales...que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial

Se desprende de estos textos, que la sociedad de economía mixta que se puede crear es del tipo comercial y que debe desarrollar actividades industriales y comerciales.

Frente a este asunto, el concepto inicial lo proporciona el artículo 98 del Código de Comercio, que hace parte de su Libro ii, dedicado exclusivamente al tema de las sociedades comerciales, y dirigido a regular este acto jurídico de singular importancia desde el punto de vista jurídico, económico y social.

Se definen las sociedades como un contrato, cuyos elementos esenciales son la pluralidad de personas, el aporte y las utilidades; y que además conlleva la presencia de un elemento subjetivo denominado ánimo de lucro y permanecer asociado.

El artículo 100 del código de comercio establece que: Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

Expuesto lo anterior es necesario revisar el objeto de la sociedad de economía mixta “CAUCA FUTURA S.A.” para conocer si se busca crear una sociedad comercial que contenga los elementos esenciales:

“la promoción y el desarrollo energético, ambiental, de la ciencia, la tecnología, las telecomunicaciones, la innovación e infraestructura para inversión social, del Departamento del Cauca.”

De la lectura del objeto social planteado en el proyecto de ordenanza, que más parece un objetivo general de una sociedad civil, una fundación, una corporación o una dependencia de la gobernación, se desprende que de ninguna manera se está planteando desarrollar una actividad mercantil, comercial o industrial; cosa distinta si dijera, “Producir, transportar, vender energía fotovoltaica, producir software de inteligencia artificial, etc...” tampoco se evidencia un elemento esencial el cual es “Utilidades”; para que exista una sociedad comercial debe existir un ánimo de lucro que genere utilidades; pues se trata de un negocio jurídico cuya principal característica es el ánimo de lucro, es decir, conlleva la entrada del Estado en la realización de empresas de naturaleza mercantil y tampoco se evidencia en la viabilidad financiera la intención de crear un empresa, pues no contempla como se obtienen los ingresos y cuál será su rentabilidad.

Para entender mejor que es una sociedad comercial es sino remitirnos a la Industria de licores del cauca y la lotería del cauca que si son Sociedades comerciales; constituidas como Empresas industriales y comerciales del Estado; si estas empresas tuviesen inversión privada pasarían a ser Sociedades de Economía mixta, pues lo único que diferencia estas dos figuras son sus aportes, en las EICE el aporte es 100% publico, mientras que en las SEM hay aportes privados.

Visto lo anterior nos preguntamos que se quiere vender, producir, transformar, transportar, etc.. qué actividad comercial o industrial que genere lucro se está planteando? ¿Es una empresa de energía en el pacifico caucano? Entonces deben entregar un estudio de viabilidad técnica, social y financiera de esta empresa con su respectivo aval previo del organismo público correspondiente.



Competencia indelegable de las Asambleas departamentales

El numeral 20 del artículo 19 de la ley 2200 establece que la competencia para aprobar la creación de empresas de orden departamental es de la ASAMBLEA y por ende los Diputados (as) no pueden autorizar la creación de una Sociedad de economía mixta que después va a crear unas empresas indeterminadas en el futuro; distinto fuera que el gobernador entregará un proyecto para crear la Empresa de Generación de energía del Micay, pero en esta ordenanza no se está creando ninguna empresa, aquí lo que se quiere es crear una empresa que después va a crear otras empresas; no existe y no se entregó un estudio de viabilidad financiera para constituir una empresa real, si después se quieren crear empresas todas esas autorizaciones deben llegar a la Asamblea departamental si son 5 u 20 pues deben ser 20 proyectos de ordenanza que se deben remitir a la corporación, en la sustentación que hacia la señora secretaria de hacienda manifestaba que Antioquia, valle y Cundinamarca existen más de 50 u 80 empresas de economía mixta; pues deben saber los señores diputados (as) que cada una de esas empresas hace una cosa específica, unas venden energía, otras venden servicios de telecomunicación, otras servicios de transporte, etc.. y cada una hace una sola cosa; no pueden los diputados por lo tanto aprobar algo general y delegar su competencia; pues dicha función solo es de la Asamblea Departamental:

*Artículo 19 de la ley 2200 **Funciones.** Son funciones de las asambleas departamentales:*

20. Aprobar la creación de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del orden departamental previstos en el Artículo [300](#) numeral 7 de la Constitución Política, previo a la presentación y evaluación del estudio técnico que sustente la conveniencia económica y social de la iniciativa, así como la viabilidad financiera de la nueva entidad, teniendo en cuenta sus funciones, el sector donde operará y sus fuentes de financiación.

Por lo tanto, La asamblea departamental no puede facultar al gobernador para que cree una sociedad de economía mixta general, abierta, indefinida, ilimitada; Ni delegar su competencia. Frente a esto también se pronunció el consejo de estado:

Concepto Sala de Consulta C.E. 2025 de 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Ahora bien, dado que la decisión de crear sociedades de economía mixta tiene origen, necesariamente, en una autorización que se materializa en una ley, ordenanza o acuerdo, cabe preguntar si dichas normas pueden revestir la forma de autorizaciones generales o si, por el contrario, cada autorización debe ser específica, particular y concreta, y por tanto referida a una sociedad determinada o individualizada.



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

La Corte Constitucional, al interpretar el artículo 150 numeral 7 de la Carta política, relacionado con la mencionada autorización, ante una demanda contra el artículo 14 de la ley 88 de 1993 que autorizaba aportes de la Nación a unas entidades⁹, expresó:

“¿Qué clase de ley es la que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta? Una ley en sentido formal, pues sólo es ley por su origen y su formación y no por su contenido. Este contenido **no es general y abstracto, sino particular y concreto.**

Y por ser particular y concreto **tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada.** Como lo señala el artículo 8o. del decreto 1050 de 1968, en tratándose de sociedades de economía mixta, **“el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social”.**

(...) En el mismo sentido, se había pronunciado esta Corporación en sentencia C-196 de 1994, al expresar:

‘... el Congreso goza de plenas atribuciones constitucionales para resolver en cada caso si crea una o unas determinadas sociedades de economía mixta o asociaciones, o si autoriza su constitución, siempre que **disponga de manera concreta y específica** cuál será su objeto, el régimen al cual estará o estarán sometidas y, si se trata de recursos provenientes directamente del tesoro de la Nación, determine el monto de los recursos públicos que habrán de llevarse como aporte o participación...’ (Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo)

En síntesis: **a la luz de la Constitución es inaceptable una autorización indefinida e ilimitada para crear (...) sociedades de economía mixta.** En consecuencia, se declarará inexecutable el último inciso del artículo 14.

Prueba de la ilegalidad:

La nueva SEM pretende ser la entidad competente para determinar qué proyectos empresariales y negocios deben de realizarse en el Futuro y así asumir una competencia propia de las asambleas departamentales; es decir “CAUCA FUTURA S.A” será una asamblea paralela con la competencia de definir qué empresa o en qué proyecto comercial o empresarial debe invertir recursos públicos el departamento.

En la exposición de motivos en el punto 8 pagina 16 y en el estudio demostrativo punto 9.3 pagina 44 dice que:

Para el desarrollo de cada uno de los proyectos mencionados en el presente documento, como lo es i) Generación y Comercialización de Energía Eléctrica, ii) Comunidades Energéticas, iii) Proyectos de Eficiencia Energética, iv) Telecomunicaciones, Ciencia, Tecnología, Innovación, e Innovación, v) Formulación y Ejecución de Proyectos y vi) Consultoría, Diseño y Gerenciamiento de Proyectos, deberán realizarse estudios detallados contemplando:

- Estudio de Mercado.
- Estudio de mercado



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

- Plan de negocios
- Plan de gestión de riesgos
- Proyecciones financieras para el vehículo de inversión, contemplando análisis de Flujo de Caja, CAPEX y OPEX de los proyectos
- Normatividad aplicable
- Selección del aliado estratégico.
- Estudio social Estudio ambiental
- Impacto en la Sociedad de Economía Mixta en planta de personal, control, riesgos

Dichos estudios deberán ser presentados a consideración de la Junta Directiva de la Sociedad para su evaluación y toma de decisiones.

Contrario a lo que pretende esta SEM, todos los proyectos anteriores cada uno de ellos y los requisitos deben ser presentados de manera obligatoria a la asamblea departamental, no puede delegarse esa función de la ASAMBLEA a una SEM. Lo anterior también nos permite demostrar que no existe un estudio demostrativo para crear una empresa real y concreta pues la misma exposición de motivos está expresando que eso se realizará después y tal decisión la tomarán unos particulares en la junta directiva que tendrán el 49% de la sociedad. También nos permite conocer las características de un estudio de viabilidad técnica y financiera para crear una empresa y que es el que deben entregar de manera previa y avalado por el organismo oficial correspondiente ante la honorable asamblea departamental, que tenga:

- Estudio de mercado
- Plan de negocios
- Plan de gestión de riesgos
- Proyecciones financieras para el vehículo de inversión, contemplando análisis de Flujo de Caja, CAPEX y OPEX de los proyectos
- Normatividad aplicable
- Selección del aliado estratégico.
- Estudio social Estudio ambiental
- Impacto en la Sociedad de Economía Mixta en planta de personal, control, riesgos

Este estudio de viabilidad financiera es el que exige el nuevo artículo 119 de la ley 2200 de 2022

ARTÍCULO 119. Atribuciones de los Gobernadores. Además de las funciones constitucionales y legales previstas, los gobernadores tendrán las siguientes funciones:

47. Previo a la presentación del proyecto de ordenanza por el cual se cree una entidad descentralizada, presentar a consideración de la asamblea un estudio técnico avalado por el organismo oficial correspondiente, que sustente la conveniencia económica y social de la iniciativa, así como la viabilidad financiera de la nueva entidad, teniendo en cuenta sus funciones, el sector donde operará y sus fuentes de financiación.



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

Si verificamos la exposición de motivos y el “estudio demostrativo” que justifican la viabilidad financiera podremos comprobar que el documento presentado no llena el requisito de una viabilidad financiera **que es el proceso mediante el cual, una vez definida la inversión inicial, los beneficios futuros y los costos del proyecto, durante la etapa de operación, permite determinar su rentabilidad** (Meza Orozco, 2017, pág. 247)¹

Aval como Requisito Formal en proyectos de ordenanza para crear entidades descentralizadas

El Numeral 47 del artículo 119 de la ley 2200 de 2022 establece un nuevo requisito que no tiene este proyecto de ordenanza y que por lo tanto se considera insubsanable pues dicho aval es previo.

ARTÍCULO 119. Atribuciones de los Gobernadores. Además de las funciones constitucionales y legales previstas, los gobernadores tendrán las siguientes funciones:

47. Previo a la presentación del proyecto de ordenanza por el cual se cree una entidad descentralizada, presentar a consideración de la asamblea un estudio técnico avalado por el organismo oficial correspondiente, que sustente la conveniencia económica y social de la iniciativa, así como la viabilidad financiera de la nueva entidad, teniendo en cuenta sus funciones, el sector donde operará y sus fuentes de financiación.

Así las cosas, el proyecto de ordenanza se presentó sin un requisito obligatorio, pues el artículo en mención no lo da como opcional.

Régimen de contratación de las SEM

El artículo 97 de la ley 489 establece que el régimen jurídico de la sociedades de economía mixta es el derecho privado, transcribimos:

ARTÍCULO 97.- Sociedades de economía mixta. *Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley*

Del anterior subrayado se podría interpretar que su régimen de contratación es solo de régimen privado; sin embargo, no es cierto pues el mismo artículo finaliza diciendo salvo las excepciones que consagra la ley.

¹ Meza Orozco, J. (2017). *Evaluación financiera de proyectos*. Bogotá: Ecoe Ediciones



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

Par ello se transcribe al artículo 14 de la ley 1150 de 2007 y el Concepto C-089 de 2022 los cuales establecen las excepciones que consagra la ley para que estas entidades no evadan la ley 80:

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.

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, estando 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. Para entender esta excepción con un ejemplo: la lotería del cauca aplica el régimen privado de contratación en lo que respecta a su actividad de vender lotería y sus actividades conexas que se desarrollan en competencia con el mercado de loterías; sin embargo si el gerente necesita contratar una obra de ingeniería civil para la entidad, dicho proceso contractual **estará sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública** es decir a la ley 80; ya que dicha actividad no hace parte de mercados regulados ni de su objeto comercial.

Al respecto la agencia Colombia compra eficiente expidió el **Concepto C-089 de 2022**, diciendo lo siguiente:

Esta interpretación, a juicio de la Agencia, se desprende de la literalidad del texto de la norma en comento, sino que además está en armonía con la voluntad del órgano legislativo. Al respecto se estima que, si bien es cierto que entre los propósitos del artículo está la extensión de los documentos tipo a entidades exceptuadas –a través de las cuales se podría estar eludiendo la aplicación de documentos tipo²–, no es menos cierto que el Legislador, en materia de contratación estatal, goza de

² En efecto, en audiencia Pública del 18 de marzo de 2021, esta Agencia llamó la atención sobre la necesidad de incluir en el Proyecto de Ley «[...] algunas disposiciones [...] relacionadas por ejemplo con impedir que las entidades sometidas al estatuto de contratación celebren contratos jurídicos de derecho privado, con lo que se prevé evitar escapar del ámbito del estatuto de contratación pública, asimismo fortalecer que en los convenios deben emplearse documentos tipos; extender la aplicación del estatuto de contratación algunos objetos en los cuales tienen un régimen especial y a patrimonios autónomos,



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

un amplio margen de configuración normativa, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política³. En ese sentido, en virtud de esta potestad de configuración normativa, resulta perfectamente válido que se establezca una regla general y unas excepciones, como se hace, por ejemplo, en el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en el que se consagra un mandato general en los primeros dos incisos, y una excepción en el párrafo, para lo que enuncian unos tipos de entidades que se excluyen de la regla general, únicamente respecto de la contratación de su *giro ordinario*. A esto se suma el hecho de que el párrafo bajo estudio es una norma restrictiva, por lo que, en virtud de dicho carácter, amerita una interpretación apegada a lo que literalmente se desprende del texto. Como lo ha establecido el Consejo de Estado, «[...] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan [...] prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento»⁴.

De acuerdo con esta interpretación restrictiva⁵, el párrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 es claro al excluir a las instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, **las sociedades de economía mixta** y las empresas industriales y comerciales del Estado, de la aplicación de los documentos tipo y del EGCAP, únicamente en la contratación asociada a su *giro ordinario*, derivada del cumplimiento de contratos y/o convenios con entidades sometidas al EGCAP. Por ello, no es posible sostener una interpretación teleológica que pretenda una aplicación extensiva de los documentos tipo por parte de las entidades estatales que menciona el párrafo, pues ello además implicaría contrariar aquel mandato interpretativo según el cual «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»⁶, al igual que la regla

así como empresas de servicios públicos». CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta N° 1677 del 23 de noviembre de 2021. Justificación jurídica del Proyecto de Ley No. 226 de 2021 Cámara. p. 15.

³ Al respecto ha señalado la Corte Constitucional: «En relación con el ámbito de configuración del legislador en materia contractual la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes criterios:

(i) De la Constitución no es posible inferir la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como prevé la disposición constitucional.[27]

(ii) El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.[28]

(iii) En virtud de la potestad de configuración que se comenta el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales». Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

⁶ Código Civil: «Artículo 27. Interpretación Gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

»Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento».



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

según la cual «Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación»⁷.

En conclusión, a juicio de esta Agencia lo dispuesto en el párrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, es una manifestación de la voluntad del Legislador de relevar a las instituciones de educación superior públicas, las empresas sociales del Estado, las **sociedades de economía mixta** y las empresas industriales y comerciales del Estado, de la implementación de documentos tipo y de la aplicación del EGCAP, únicamente en lo que tiene que ver con su *giro ordinario*. Esto significa que tales entidades, cuando en desarrollo de un contrato o un convenio con una entidad sometida al EGCAP, requieran contratar un objeto cobijado por algún documento tipo, que no esté comprendido dentro de su *giro ordinario*, deberán regirse por lo establecido en los dos incisos del referido artículo. Esta interpretación encuentra sustento en el principio del efecto útil del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, pues refleja el alcance que el Legislador quiso darle a la norma en comento.

Se concluye entonces que de ninguna manera una sociedad de economía mixta que no desarrolla actividades comerciales, industriales, ni su actividad u objeto hace parte de mercados regulados; podrá ejecutar recursos públicos con el derecho privado.

Fondos Mixtos con régimen de contratación privado

Alguna de las pocas entidades que pueden ejecutar recursos públicos con el derecho privado son los fondos mixtos de cultura cuyo sustento es el siguiente artículo:

ARTÍCULO 63.- Fondos mixtos de promoción de la cultura y de las artes. *Con el fin de promover la creación, la investigación y la difusión de las diversas manifestaciones artísticas y culturales, créase el Fondo Mixto Nacional de Promoción de la Cultura y las Artes.*

Autorízase al Ministerio de Cultura, para participar en la creación de los fondos mixtos departamentales, distritales, municipales y de los territorios indígenas conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, así como para realizar aportes y celebrar convenios de fomento y promoción de las artes y la cultura con dichos fondos.

Los fondos mixtos son entidades sin ánimo de lucro, dotadas de personería jurídica, constituidas por aportes públicos y privados y regidos en su dirección, administración y contratación por el Derecho Privado sin perjuicio del control fiscal que ejercen las respectivas Contralorías sobre los dineros públicos.

Así que si el interés de la gobernación es crear una entidad que ejecute y contrate con el derecho privado los invitamos a crear una entidad de esta naturaleza.

⁷ Código Civil: «Artículo 31. Interpretación sobre la extensión de una ley. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes».



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

Conclusiones después de leer la exposición de motivos, el estudio demostrativo y el presente escrito:

- Existen ilegalidades del tipo formal y de fondo insubsanables, que ya no es posible corregir en el trámite del proyecto de ordenanza, los cuales tienen que ver con la no expedición de aval del organismo oficial correspondiente previo a la presentación del proyecto de ordenanza.
- No existe una viabilidad financiera para crear una empresa específica, el estudio demostrativo es para crear una entidad muy distinta a una empresa que genere lucro y rentabilidad; pues dichos estudios se pretenden realizar después y el estudio presentado solo tiene gastos, no tiene los elementos de una viabilidad financiera es decir los costos del proyecto, Estudio de mercado, Plan de negocios, Plan de gestión de riesgos Proyecciones financieras para el vehículo de inversión, contemplando análisis de Flujo de Caja, CAPEX y OPEX de los proyectos durante la etapa de operación, que permitan determinar su rentabilidad.
- No se pretende crear una empresa específica, lo que se quiere crear es una SEM que de los avales para crear otras empresas en el futuro, sustituyendo la competencia de la Asamblea departamental y por lo tanto los diputados no pueden aprobar una ordenanza perdiendo su competencia constitucional y legal de autorizar cada una de las entidades descentralizadas que se quieran crear en el futuro.
- Se está pretendiendo simular crear una empresa mixta y entregarles a socios privados la posibilidad de generar utilidad con los recursos públicos de todos los caucanos; ya que pretenden contratar todos los recursos del departamento.
- Esta SEM lo que hace es desaparecer gran parte de las secretarías de despacho porque la mayoría de funciones serán asumidas por esta SEM, el control político y labor de gestión de los diputados, frente a la actividad que despliegan los funcionarios de las distintas dependencias va a desaparecer, el control político solo se podrá hacer a la SEM no se necesitará nadie más, pues todo estará concentrado.
- En este proyecto de ordenanza se mezclan actividades y acciones del artículo 96 de la ley 489 con las del artículo 97 de la misma ley. No es posible mezclar la creación de una Empresa o Sociedad de Economía mixta en la que van a participar particulares que tendrán que generar lucro para sus intereses; con el manejo de recursos públicos para obras e inversiones sociales en educación, salud, medio ambiente y otros sectores; pues dicha tarea la tienen las secretarías de la Gobernación y esa tarea no se le puede delegar a los particulares en una SEM y mucho menos que puedan generar lucro y utilidades con los recursos de



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

inversión del departamento, distinto es si se pretendiera crear una entidad mixta del artículo 96 de la ley 489, pues estas son sin ánimo de lucro y por lo tanto la participación de los particulares no sería para generar lucro o utilidades; sino apoyar a la administración en objetivos de impacto social.

- Si se quiere crear una empresa de energía, pues tanto la sustentación como el equipo consultor contratado son expertos en ese tipo de empresas; porque la exposición de motivos y el estudio demostrativo sustenta la creación de una empresa multipropósito, general y abierta, existe incongruencia y falsa motivación.
- El Gobernador debe concentrarse en una sola empresa y organizar el sustento técnico y la viabilidad financiera, en un nuevo proyecto de ordenanza; ya que con el actual trámite no es posible continuar, pues le faltan requisitos que en el momento no es posible subsanar, configurándose en todo el trámite una falsa motivación, vicios de forma y de fondo.

CONFIGURACION DE UNA FALSA MOTIVACION

Ha dicho el consejo de estado en reiteradas jurisprudencias y conceptos que :

La falsa motivación, como causal de anulación de los actos administrativos, ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. De igual forma se ha dicho que la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición.

La Sección Cuarta ha señalado lo siguiente: La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y cumpliendo ciertos requisitos, se está condicionando el acto administrativo, el modo de expedirse. Si se desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio



VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL

de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo.

PETICION:

1. Se solicita a los Diputados (as) del Cauca devolver el proyecto y exigir que se entregue un estudio demostrativo que cumpla las exigencias del numeral 47 del artículo 119 de la ley 2200. (aval del organismo oficial correspondiente y estudio de viabilidad financiera de una empresa en específico)
2. Se solicita a los diputados estudiar a fondo este proyecto de ordenanza que a todas luces es ilegal tanto en aspectos formales como de fondo, configurándose una falsa motivación.
3. Confirmar si el Gobernador del Cauca entregó un estudio para crear una empresa de energía con el lleno de requisitos y viabilidad financiera de esta empresa en la que se permita conocer los costos del proyecto, Estudio de mercado, Plan de negocios, Plan de gestión de riesgos Proyecciones financieras para el vehículo de inversión, contemplando análisis de Flujo de Caja, CAPEX y OPEX de los proyectos durante la etapa de operación, que permitan determinar su rentabilidad
4. Se solicita al Gobernador del Cauca actuar de manera diligente y responsable con la sociedad caucana y entregar proyectos de ordenanza que cumplan la ley.
5. Entendiendo que gran parte del sustento de esta nueva SEM son las energías limpias y renovables para el pacífico caucano; Se solicita al gobernador del Cauca retirar el proyecto y entregar uno nuevo con el lleno de requisitos con la posibilidad de creación de una SEM de energías que de manera específica establezca sus costos, ingresos y rentabilidad.

Gracias por la atención

Atentamente

----original firmado----

RAMIRO VÁSQUEZ GIRALDO

Presidente Red de Veeduría Ciudadana Nacional