

ELCIDA CONTRERAS AYALA

Abogada
Tarjeta Profesional No. 68078 CSJ

Bogotá, Octubre 9 de 2009



AUDITORÍA
GENERAL



Fecha 09/10/2009 10:47:31

Asunto : DERECHO DE PETICION

Destino : / Rem CIU ELCIDA CONTRERAS AYALA

Rad No 2009-233-005233-2

Us Rad. ACLOPATOFSKY

www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

Doctor
IVÁN DARIO GÓMEZ LEE
Auditor General de la República
Ciudad

Asunto: Derecho de Petición

ELCIDA CONTRERAS AYALA, abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, en ejercicio del Derecho fundamental de Petición consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, desarrollado por los Artículos 5 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, elevo Derecho de Petición con fundamento en:

1.- HECHOS Y CONSIDERACIONES:

1.1.- De conformidad con la ley 363 de 1997 se consideran "Fondos Ganaderos las sociedades de economía mixta constituidas o que llegaren a constituirse con aportes de la nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de cualquier orden y de capital privado"...

1.2.- El artículo segundo de la misma norma establece que "Los Fondos Ganaderos podrán ser Sociedades Anónimas de Economía privada siempre y cuando se ajusten a las políticas establecidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en materia de fomento ganadero, de acuerdo con lo previsto en esta Ley".

Carrera 5 No. 16-14 Of. 608 o Calle 169 A No. 55 A-49 Apto 710 Torre el Reloj – Bogotá
Teléfono: 2433357/ 6783341 Celular 3138759680

1

Oct 14/09
4:53 am

9 OCT 2009

Amud
a 10-09
2:15

1.3.- La ley establece como objeto social principal el fomento, mejoramiento y sostenibilidad del sector agropecuario, para que en cumplimiento del mismo, directamente o mediante asociación con terceros, desarrolle o ejecute actividades de producción, industrialización, comercialización, distribución y financiación de bienes y servicios agropecuarios; programas de investigación y transferencia de tecnología y en general todas las actividades relacionadas directa o indirectamente con dicho objeto o que sean complementarias del mismo, o necesarias o convenientes para el desarrollo de sus actividades normales.

1.4.- La ley 363 ordena a los Fondos Ganaderos la distribución de sus activos de la siguiente manera: *"Los Fondos Ganaderos destinarán un mínimo del setenta por ciento (70%) de sus activos a la actividad pecuaria y por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su hato ganadero deberá estar representado en ganado de cría. De este cincuenta por ciento (50%) por lo menos el treinta por ciento (30%) deberá estar representado en contratos de ganado en participación con pequeños y medianos ganaderos independientes o que se encuentren afiliados a empresas comunitarias o cooperativas de producción"*.

1.5.- La naturaleza jurídica del Fondo Ganadero determina la legislación que debe ser aplicable por éste para el giro normal de sus negocios, y la vigilancia que debe regir sus actuaciones cuando esta se circunscribe a los eventos en los cuales dichos Fondos adoptan el tipo societario. Referido a las sociedades de economía mixta, se advierte que la definición legal y el régimen general regulador de éstas sociedades se encuentra en la ley 489 de 1998, que en el Artículo 97 señala: *"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"*.

1.6.- Las sociedades de economía mixta comportan una categoría especial de tipo societario, en la que confluyen tanto aportes privados como públicos, sumado a ello la ley sostiene que las actividades de dichas sociedades se desarrollan conforme las reglas del derecho privado, exceptuando los casos que expresamente señale la ley, lo que se traduce en que se aplica en todas sus actividades el derecho privado y por excepción, no de manera discrecional, desarrollan sus actividades en el marco de derecho público, lo que incluye que sus órganos de control y vigilancia son los mismos que en el derecho privado regulan las actividades de las sociedades.

1.7.- El artículo 16 de la misma ley deja en cabeza del revisor fiscal de cada fondo el control financiero y contable, así mismo el artículo 17 establece que los Fondos Ganaderos deben desarrollar su objeto social con fundamento en los planes y programas que en relación con ellos dicte el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

1.8.- La Contraloría General de la República, como máximo ente fiscalizador, viene practicando Auditorías de diversa índole a los Fondos Ganaderos, los cuales tienen el carácter de Sociedades Anónimas de Economía Mixta del Orden Nacional, en cuyo capital existe una participación inferior al 50% de entidades públicas del Orden Nacional, Departamental y Municipal.

1.9.- El Artículo 21 de la ley 42 de 1993 señala: "ARTÍCULO 21. La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8º, de la presente Ley.

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal. (subrayado y resaltado fuera de texto).

PARÁGRAFO 1o. *En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo".*

1.10.- Cabe aclarar que los aportes o la participación Estatal es determinante para el tipo de control que se puede ejercer, dicha condición no ha sido desconocida, por lo menos en el papel, por la Contraloría General de la República, en tanto que en la Resolución Orgánica 5544 del 2003 señala que las Sociedades de Economía Mixta, Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Privadas y Sociedades Comerciales, en las que el Estado tenga una participación accionaria inferior al 50% del total del capital social efectivamente suscrito y pagado, deben presentar la cuenta con la información solicitada en ella y la auditoría se hará sobre esta cuenta y solamente se dictará dictamen en relación con la participación de los recursos de la nación.

1.1.1.- El artículo segundo del régimen de la contratación estatal, ley 80 de 1993, señala que solo las entidades de economía mixta donde el capital de la Nación sea superior al 50% se someterán a lo regulado en dicha ley de contratación, lo que se traduce en que aquellas sociedades de economía mixta donde el capital privado supere al público, como los Fondos Ganaderos, el régimen de contratación será de derecho privado.

2.- PETICIONES:

2.1.- Teniendo en cuenta que no estamos de acuerdo con la modalidad de auditoría que actualmente está realizando la Contraloría General de la República a los Fondos Ganaderos, máxime que el Legislador obliga a que ese control se realice solo al aporte estatal, de manera que entre otras no se entorpezca la labor comercial y por ende el objeto social de la Empresa, requerimos se informe si la Contraloría General de la República, como máximo Organismo de Control Fiscal, está facultada para practicar Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral a los Fondos Ganaderos, cuando en el capital exista una participación inferior al 50% de entidades públicas del orden nacional, atendiendo a que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de abril de 1980, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo CLII, número 2403, páginas 70 a 75, dijo: "(...) 7. La alta finalidad social que se persigue con las sociedades de economía mixta se vería desvirtuada por la vigilancia fiscal, ya que el aporte privado nacional o extranjero no se vería ciertamente estimulado para asociarse con el Estado Colombiano a través de aquella figura jurídica, si ha de someterse además de los obvios controles oficiales sobre toda sociedad, a una engorrosa vigilancia fiscal que le impediría a la compañía moverse con la flexibilidad, agilidad y dinamismo que exige la vida mercantil contemporánea, dentro de la órbita de la llamada economía de mercado. 8 y esto no solamente entendiendo por sociedades de economía mixta las integradas por el Estado Colombiano con el sector privado nacional, sino también las que podrían formarse por aquél con aportes extranjeros, tipo de cooperación de especial relieve en los últimos tiempos, atendiendo el desarrollo progresivo de comunidades como las resultantes del pacto subregional andino, singularmente"

Ley 489

"9. (...) "10. La supervigilancia fiscal de de la Contraloría solo llega hasta el aporte de la Nación a la sociedad de economía mixta, para reanudarse posteriormente sobre los dividendos o utilidades que pueda percibir la Nación en el ejercicio por virtud de su aporte. (...) "

2.2.- La Contraloría General de la República está practicando auditorias de diversa índole a los Fondos Ganaderos y dentro de sus hallazgos determina que "No hay procedimiento para preparar el presupuesto, por lo tanto la entidad no formula ni documenta un presupuesto como herramienta administrativa que permita el cálculo anticipado de los ingresos y gastos en que incurra la entidad en un periodo determinado", por consiguiente, solicito se sirva informar en materia presupuestal, cuales son las normas aplicables a los Fondos Ganaderos y por ende cuales son las obligaciones que sobre ejecución presupuestal se debe rendir a los órganos de Control, específicamente a la Contraloría General de la República, máxime que para desarrollar las actividades propias de nuestra esencia social no se reciben para administrar o manejar fondos o dineros del presupuesto nacional, ni bienes de la Nación y que las actividades que se desarrollan en cumplimiento del objeto social de los Fondos Ganaderos se adelantan con los medios propios que su capital social permite, en el cual participan minoritariamente como socios entidades oficiales del Orden Nacional.

2.3.- Es viable que la Contraloría General de la República, realice revisiones sobre la forma de contratar de los Fondos Ganaderos, cuando se tiene que la misma Ley de Contratación es explícita en determinar que en aquellas sociedades de Economía Mixta donde el capital privado supere al público, el régimen de contratación será de derecho Privado.

2.4.- Resulta lícito que la Contraloría General de la República, bajo la competencia originada en el Artículo 267 de la Constitución Política, en el Decreto 267 de 2000 y la Ley 106 de 1993, cobre cuota fiscalizadora (tarifa de control fiscal) a tres entidades distintas por auditar un mismo recurso, teniendo en cuenta que cuando el ente de control practica Auditoría Gubernamental con enfoque Integral al Ministerio

ELCIDA CONTRERAS AYALA

Abogada

Tarjeta Profesional No. 68078 CSJ

de Agricultura, puede verificar si los Fondos Ganaderos están cumpliendo con los objetivos misionales y las políticas del Ministerio, de acuerdo con los informes que sobre su gestión rinde y cuando de igual manera lo hace en las Superintendencias, que son las facultadas para ejercer inspección, control financiero y contable a los Fondos Ganaderos puede verificar el buen uso o no de la destinación que le están dando a los recursos de los fondos.

Cordial Saludo,

Elcida Contreras Ayala
ELCIDA CONTRERAS AYALA
C.C. 37.825.850 de Bucaramanga
Tarjeta Profesional 68078 C.S. de la J.

Carrera 5 No. 16-14 Of. 608 o Calle 169 A No. 55 A-49 Apto 710 Torre el Reloj – Bogotá
Teléfono: 2433357/ 6783341 Celular 3138759680

*C-529 / 2006⁶
Res Organiza
24 de oct 2006
2002*



Fecha 23/11/2009 16:07:58
 Asunto : CONCEPTO CONTROL FISCAL A FONDOS GANADEROS
 Destino : Oficina Jurídica / Rem CIU ELCIDACONTRERASAYALA
 www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la Republica

Rad Salida No 2009-110-005578-1

Us Rad. ACLOPATOFSKY

www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la Republica

Bogotá,

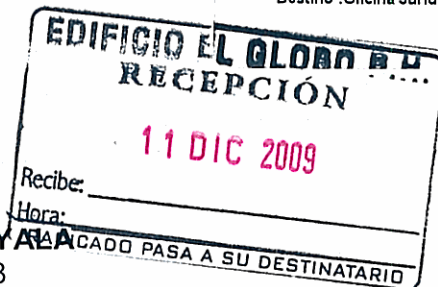
Doctora

ELCIDA CONTRERAS AYALA

Carrera 5 N° 16-14 of. 608

Calle 169 A N° 55 A-49 apto 710 Torre el Reloj

Bogotá



OJ -110.0952009

Devolver Copia Firmada

Pablo Figueroa

PIA 5172.

Referencia: 2009-233-005233-2
 Control Fiscal Fondos Ganaderos.

Respetada doctora Elcida:

Esta oficina recibió su consulta donde plantea varios interrogantes, entre ellos:

-“Requerimos se informe si la Contraloría General de la República, como máximo Organismo de Control Fiscal, está facultada para practicar Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral a los Fondos Ganaderos cuando en el capital exista una participación inferior al 50% de las entidades públicas del orden nacional .

- Solicito se sirva informar en materia presupuestal, cuales son las normas aplicables a los Fondos Ganaderos y por ende cuales son las obligaciones que sobre ejecución presupuestal se debe rendir a los órganos de control, específicamente a la Contraloría General de la República. (...)

-Es viable que la Contraloría General de la República, realice revisiones sobre la forma de contratar de los Fondos Ganaderos(...)

-Resulta licito que la Contraloría General de la República, bajo la competencia originada en el artículo 267 de la Constitución Política, en el Artículo 267 de 2000 y la Ley 106 de 1993, cobre cuota fiscalizadora (tarifa de control) a tres entidades distintas por auditar un mismo recurso, teniendo en cuenta que cuando el ente de control practica Auditoria Gubernamental con enfoque Integral al Ministerio de Agricultura, puede verificar si los Fondos Ganaderos están cumpliendo con los objetivos misionales y las políticas del Ministerio, de acuerdo con los informes que sobre su gestión rinde y cuando de igual manera lo hace en las Superintendencias, que son facultadas para ejercer inspección, control financiero y contable a los Fondos Ganaderos puede verificar el buen uso o no de la destinación que le están dando los recursos de los fondos.”

Antes de entrar a resolver sus inquietudes es conveniente recordar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente

Alfonso
 Dic 14/09

1
 10 DIC. 2009

de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia. Por tanto se abordará el tema de manera general en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Hecha la aclaración anterior y con el fin de ofrecer una orientación acerca de su interrogante se hacen las siguientes consideraciones que nos llevan a afirmar que los fondos ganaderos son sujetos de control por parte de las respectivas contralorías, así:

I. Fundamentos Constitucionales y Legales

A. Naturaleza de los Fondos Ganaderos.

La ley 363 de 1997 "Por medio de la cual se reforma la Ley número 132 de 1994, estatuto orgánico de los fondos ganaderos" en su artículo 1 y 4 expresó:

"ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. Son Fondos Ganaderos las sociedades de economía mixta constituidas o que llegaren a constituirse con aportes de la nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de cualquier orden y de capital privado.

PARÁGRAFO. Los Fondos Ganaderos podrán ser Sociedades Anónimas de Economía privada siempre y cuando se ajusten a las políticas establecidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en materia de fomento ganadero, de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

ARTÍCULO 4o. CAPITAL. El capital de los Fondos Ganaderos de Economía Mixta, estará conformado por aportes de los entes de derecho público y de los particulares, (...)"

De acuerdo con las normas antes transcritas se puede colegir que los fondos ganaderos están concebidos como sociedades de economía mixta o sociedades anónimas privadas, dependiendo de la conformación del capital accionario o de los aportes estatales a la misma.

B. Control Fiscal

La Constitución Política en su artículo 267 dispuso:

ARTICULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

La ley 42 de 1993 en su artículo 2° señala quienes son sujetos de control, así:

“ARTÍCULO 2o. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República. (...)”

Así mismo el artículo 21 de la Ley 42 de 1993, específicamente sobre el control fiscal de las sociedades de economía mixta, estableció

ARTÍCULO 21. La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8, de la presente Ley.

De lo anterior se concluye que la Contraloría General de la República está facultada para ejercer control fiscal en los términos señalados en la Ley, a todo aquel que maneje recursos o bienes de la Nación.

II. Fundamentos Jurisprudenciales

La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha analizado el tema de la procedencia del control fiscal a entes que poseen un capital mixto independiente de su naturaleza. En sentencia C-167 de 1995 ratificada exactamente en los mismos términos por la Sentencia C-290 de 2002 al respecto, expresó:

“Cabe resaltar, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que el control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que “...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los

que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares.”
(Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así mismo, en sentencia C-374/95 señaló que sin importar la naturaleza de la entidad, siempre que reciba y maneje recursos del Estado es viable ejercer vigilancia fiscal sobre los mismos.

“...en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. **Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.**” (Negrilla y Subrayado fuera texto).

Sobre el control fiscal a las sociedades de economía mixta en Sentencia C-529/06 se mencionó:

La razón por la cual el legislador adscribe a las sociedades de economía mixta al sector descentralizado y les confiere, correlativamente, el carácter de organismos vinculados a la administración pública, es la participación estatal en la conformación del patrimonio social. Por tanto, en la medida en que ese aporte confiere a la sociedad de economía mixta un particular régimen jurídico, que la incorpora al Estado y le otorga la condición de instrumento para la consecución de sus fines, el control fiscal sobre la entidad no sólo es legítimo, sino constitucionalmente obligatorio. Conforme a lo señalado en apartado anterior, un entendimiento contrario, como el defendido por el demandante, crearía un campo de exclusión de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos, inadmisibles en el actual Estado constitucional. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el ejercicio del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta no es en modo alguno incompatible con el ejercicio de la libertad económica. En contrario, un cuestionamiento de esta naturaleza parte de una concepción deformada del control fiscal, que lo comprende como una simple barrera para el cumplimiento de los objetivos empresariales. Sobre este particular, la Corte considera que el ejercicio de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos es, con base en las razones sintetizadas al inicio de esta providencia, un imperativo ineludible para las democracias interesadas en la protección del patrimonio del Estado y en su uso para los fines que le son constitucionalmente legítimos. Una visión distinta, que desdeñe del control fiscal sobre esos recursos a partir de los trámites que impone su ejercicio, responde sólo a un paradigma instrumentalista contrario a la conservación del interés general que prima en la utilización de los bienes públicos. En conclusión, existen suficientes razones de naturaleza constitucional que justifican el ejercicio del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta, de acuerdo con el método previsto en la ley para el efecto.”

Ahora bien, específicamente sobre el tema de la inspección, control y vigilancia a los fondos ganaderos el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto N° 1530 de 11 de septiembre de 2003, mencionó:

Del conjunto de disposiciones citadas se llega, naturalmente, a la conclusión de que, dependiendo del porcentaje de participación que el Estado tenga en el capital social o en el patrimonio de la respectiva sociedad, establece el alcance de la vigilancia del control fiscal realizado por la Contraloría General de La República directamente o por medio de sus direcciones seccionales o, en su caso, por las contralorías territoriales. Del mismo modo, es claro cuál es el contenido de la cuenta que deben presentar todos los particulares que manejen, administren o inviertan bienes y recursos públicos.

De esta forma, tanto los Fondos Ganaderos que se constituyan como sociedades de economía mixta como aquellos otros de índole privada pero que también manejen, asignen, inviertan o administren bienes y/o recursos públicos, están sometidos a la vigilancia o al control fiscal ejercido por la Contraloría, en mayor o menor grado, según la participación del capital público en las sociedades y, en todo caso, sobre los recursos públicos que los entes privados lleguen a administrar.

5. Coexistencia de los dos tipos de control

De la sola definición constitucional y de las precisas finalidades fijadas por el legislador al control fiscal sobre las entidades públicas y privadas que manejen recursos públicos, surge de manera evidente que los objetivos que le son propios difieren sustancialmente de las funciones de inspección, vigilancia y control, y que, de otra parte, fue la propia Constitución la que dispuso que cada una de estas modalidades de control fuera ejercida por organismos diferentes.

Por lo mismo, las facultades de inspección, control y vigilancia asignadas a la Superintendencia, por una parte, y las que la Ley y la Constitución atribuyen a la Contraloría, por la otra, concurren hacia el cumplimiento de un solo objeto cual es el referente a los fines del Estado, sin que por ello exista duplicidad de funciones, ya que una cosa es el control fiscal a que están sujetas las entidades que manejan dineros estatales, el cual es ejercido por un órgano independiente como es la Contraloría General de la República por disposición legal y constitucional, y otra bien distinta es el control, inspección y vigilancia que se ejerce por mandato constitucional por el Presidente de la República a través de la Superintendencias, como expresión de la intervención que por mandato de la ley se debe hacer en la economía. De esta manera tenemos entonces, que se trata de dos sistemas de control diferentes, uno de ellos está enfocado hacia el funcionamiento mismo de la sociedad y el otro a la esfera fiscal, no siendo opuestos ya que los mismos van dirigidos al cumplimiento de los fines constitucionales del Estado, sino que, por el contrario, se trata de controles armónicos y complementarios, cada uno de ellos dentro de su ámbito de competencias correspondientes, delimitadas tanto por la misma constitución como por la ley.

En consecuencia, con la normatividad y jurisprudencia antes expuesta que se encuentra acorde con el control fiscal establecido por la Carta Política de 1991, se tiene que independientemente del porcentaje de participación estatal en el capital de un fondo ganadero, éste es objeto de control fiscal en lo que corresponde a los recursos de naturaleza pública. Al ser un fondo ganadero sujeto de control por parte de la Contraloría General de la República, indiscutiblemente debe pagar cuota de fiscalización, ya que el artículo 4° de la ley 106 de 1993 no consagra ninguna excepción.

Cordialmente,

MARIANA GUTIERREZ DUEÑAS
Directora Oficina Jurídica

Elaboró: María Katherina Ramírez Navarrete
Abogada O.J. – AGR