

83111

Bogotá, D.C.

Doctor
ANDRÉS VALENCIA PINZÓN
Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural
Bogotá D.C.,

Contraloría General de la República :: SGD 06-05-2018 09:45 Al Contestar Cite Este No.: 2019EE0051771 Fol:1 Anex:1 FA:1 DAIGEN 83111-DESPACHO DEL CONTRALOR DELEGADO PARA EL SECTOR AGROPECUARIO GABRIEL JOSE ROMERO SUNDHEIM DESTINO ANDRÉS VALENCIA PINZÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL ASUNTO REMITE INFORME DE RESULTADOS ACES - CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE OBS 2019EE0051771 

Asunto: Remisión Informe Final de Resultados de Actuación Especial

Cordial saludo, Doctor Valencia:

En desarrollo del Plan de Vigilancia y Control Fiscal (PVCF), 2019 la Contraloría General de la República, realizó la Actuación Especial al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL – MADR “CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CUENTA NACIONAL DE LA CARNE Y LA LECHE”

En cumplimiento de las disposiciones de carácter constitucional y legal, se remite para su conocimiento y demás fines pertinentes, el informe antes mencionado vía correo electrónico.

El plazo para la suscripción del plan de mejoramiento es de treinta (30) días hábiles, siguientes al recibo del informe, de acuerdo con lo establecido en numeral 4°, del artículo 17 de la Resolución Orgánica No. 7350 del 29 de noviembre de 2013. Para efectos de autorizar el registro y trasmisión de la información correspondiente a la modalidad Plan de mejoramiento a través del SIRECI, Representante Legal de la entidad debe solicitar la autorización al correo: soporte_sireci@contraloria.gov.co, enviando el documento del cual se evidencia **la fecha de recibo** por parte de su Entidad, del presente informe, de ser viable mismo día de su recepción. Igualmente remitir copia a los correos electrónicos: gabriel.romero@contraloria.gov.co, carlos.salamanca@contraloria.gov.co y cecilia.gomez@contraloria.gov.co.


GABRIEL JOSE ROMERO SUNDHEIM
Contralor Delegado para el Sector Agropecuario

Ar xto: Lo enunciado

Revisado por: Sonia Alexandra Gaviria Santacruz – Directora Vigilancia Fiscal
Jorge Augusto Fandiño Castro – Asesor de Gestión

Proyectado por: Ligia Liliana Mariño Cardenas

Archivo TRD83111-077-162 Informe final de la auditoría

Recibi/
Ana Maria Lopez H
06/05/19
11:30 am



CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

INFORME DE RESULTADOS DE ACTUACION ESPECIAL

**MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL –CONTRATACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CUENTA NACIONAL DE LA CARNE Y LA
LECHE**

00859.

**CGR - CDSA No.
MAYO DE 2019**

**INFORME DE RESULTADOS DE ACTUACION ESPECIAL
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL –CONTRATACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CUENTA NACIONAL DE LA CARNE Y LA
LECHE**

Contralor General de la República	Carlos Felipe Córdoba Larrarte
Vicecontralor General	Ricardo Rodríguez Yee
Contralor Delegado Sector Agropecuario	Gabriel José Romero Sundheim
Directora de Vigilancia Fiscal	Sonia Alexandra Gaviria Santacruz
Directora de Estudios Sectoriales	Adriana Lucía González Díaz
Supervisor	Carlos Mao Salamanca Rosas
Equipo de Auditores:	Fabián Leonardo Vanegas Peña Orlando Emiro Morillo Guerrero Juan Carlos Medrano Sanabria Clara Cortés Clopatofsky Carlos Andrés Peralta Vargas

TABLA DE CONTENIDO

	Páginas
1.- HECHOS RELEVANTES.....	4
2.- CARTA DE CONCLUSIONES.....	5
2.1 PLAN DE MEJORAMIENTO	6
2.2 RELACIÓN DE HALLAZGOS.....	7
3.- ORIGEN Y OBJETO DE LA ACTUACIÓN ESPECIAL.....	8
4.- ALCANCE DE LA ACTUACIÓN ESPECIAL.....	12
5.- CONCEPTO SOBRE EL ANÁLISIS EFECTUADO	12
6.- CONCLUSIONES Y RESULTADOS	13
7. ANEXOS.....	77
ANEXO No. 1	78

1.- HECHOS RELEVANTES

La administración de la Cuenta Nacional de la Carne y Leche, ha tenido como administradores a la Federación Nacional de Ganaderos –FEDEGAN, a través de los contratos 017 de 1994 y 026 de 2014¹; y la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario –FIDUAGRARIA, mediante los contratos de encargo fiduciario de administración y pagos, 2016001 del 4 de enero de 2016 y 20160655 del 8 de julio de 2016².

La administración asumida temporalmente por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, tuvo por fundamento las condiciones establecidas en el Decreto 2537 del 29 de diciembre de 2015, mismas que habilitaron la contratación del encargo fiduciario para la administración de la Cuenta Nacional de la Carne y la Leche.

Teniendo en cuenta el ingreso del Fondo Nacional del Ganado al proceso de reorganización empresarial³ y su posterior liquidación, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, amparado en los pronunciamientos constitucionales y legales, optó por adelantar procesos licitatorios, a fin de entregar la administración de la cuota parafiscal a un gremio que cumpliera con los principios de representatividad y democracia.

Para el año 2018, el Ministerio a través de la Licitación 01 de 2018, avanza en la publicación de los prepliegos para la futura adjudicación, recibiendo comentarios y observaciones a los mismos, para finalmente, en el mes de diciembre, revocar el mencionado proceso, y contratar de manera directa la administración de la Cuenta Nacional de la Carne y la Leche con FEDEGAN el día 4 de enero de 2019.

tu

¹ Contrato prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2015.

² Con ocasión de la liquidación del Fondo Nacional del Ganado, administrado por FEDEGAN hasta el año 2015, se suscribieron prórrogas sucesivas del encargo fiduciario hasta el 3 de enero de 2019.

³ Reglado por la Ley 1116 de 2006.

2.- CARTA DE CONCLUSIONES

1. CARTA DE LA ACTUACION ESPECIAL

Doctor
ANDRÉS VALENCIA PINZÓN
Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural
Ciudad

La Contraloría General de la República, con fundamento en las facultades otorgadas por el artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, adelantó Actuación Especial de Fiscalización a las diferentes actuaciones surtidas con ocasión de la suscripción del contrato de administración de la parafiscalidad Ganadera y Lechera 001 del 4 de enero de 2019, entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Federación Colombiana de Ganaderos de Colombia-FEDEGAN.

La mencionada Actuación Especial, se adelantó bajo los parámetros establecidos en las Resolución 6680 de 2012, modificada por la Resolución No. 024 de 2019, en lo concerniente a las Actuaciones Especiales de Fiscalización en la Contraloría General de la República, y con el fin de verificar si el proceso de contratación para la administración de la parafiscalidad ganadera y lechera, se ajustó a los parámetros legales y jurisprudenciales de representatividad, democracia interna, transparencia, oportunidad, libre concurrencia, selección objetiva y demás principios de la administración pública, a fin de que el manejo del recurso parafiscal se administre de manera idónea, eficaz y eficiente.

5

Es responsabilidad de la Administración, el contenido, calidad y cantidad de la información suministrada, así como el cumplimiento de las normas que le son aplicables a su actividad institucional en relación con el asunto auditado.

Es obligación de la CGR expresar con independencia una conclusión sobre el cumplimiento de las disposiciones aplicables al contrato de administración de la parafiscalidad Ganadera y Lechera, conclusión que debe estar fundamentada en los resultados obtenidos en la actuación especial de fiscalización realizada.

La actuación especial de fiscalización es una acción de vigilancia y control fiscal breve, en el que un equipo de trabajo interdisciplinario aborda la investigación de un hecho o asunto que llegue al conocimiento de la Contraloría General de la República, por cualquier medio de información o denuncia ciudadana y de cuyos

resultados se podrían endilgar posibles conductas fiscales, penales y disciplinarias.

Los hallazgos se dieron a conocer oportunamente a la entidad dentro del desarrollo de la Actuación Especial; las respuestas de la administración fueron analizadas e incluidas en el informe, considerando la totalidad de los soportes allegados por el sujeto de control.

Teniendo en cuenta el objetivo de la actuación especial, el cual consistió en analizar y conceptuar el proceso por medio del cual, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, contrató directamente con la Federación Nacional de Ganaderos –FEDEGAN, la administración de la parafiscalidad Ganadera y Lechera (Cuenta Nacional de la Carne y la Leche), es necesario aclarar que en el desarrollo de la labor auditora, no se presentaron dificultades, que afectaran el debido y oportuno ejercicio auditor.

Los resultados aquí detallados se refieren a las actividades y procesos adelantados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con ocasión de la suscripción del contrato de administración de la parafiscalidad Ganadera y Lechera 001 del 4 de enero de 2019.

6

2.1 PLAN DE MEJORAMIENTO

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe realizar un Plan de Mejoramiento, con acciones y metas que permitan solucionar las deficiencias comunicadas durante la Actuación Especial y que se describen en este informe. El Plan de Mejoramiento debe ser presentado a través del Sistema de Rendición Electrónica de la Cuenta e Informes (SIRECI) de la CGR, conforme a la Resolución 07350 de 2013, dentro de los treinta (30) días calendario, siguientes al recibo del presente informe.

Para efectos de autorizar el registro y transmisión de la información correspondiente a la modalidad Plan de Mejoramiento, a través del SIRECI, el Representante Legal del sujeto de control debe remitir al correo electrónico **soporte_sireci@contraloría.gov.co** el documento en el cual se evidencia la fecha de recibo por parte de la entidad del presente informe, de ser viable el mismo día de su recepción, con copia a los correos electrónicos: *carlos.salamanca@contraloria.gov.co*, *cecilia.gomez@contraloria.gov.co* y *gabriel.romero@contraloria.gov.co*.

Sobre los Planes de Mejoramiento elaborados por las entidades intervinientes, la Contraloría General de la República no emitirá pronunciamiento, sino que dentro

de la siguiente actuación de vigilancia y control fiscal se evaluará la efectividad de las acciones emprendidas por sujeto de control fiscal para eliminar la causa de los hallazgos detectados.

2.2 RELACIÓN DE HALLAZGOS

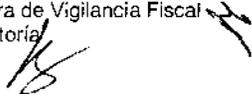
En desarrollo de la presente Actuación Especial, se establecieron 8 hallazgos Administrativos de los cuales, 4 tienen presunta incidencia Disciplinaria y 2 presunta incidencia Penal.

Bogotá, D.C., 02 de Mayo de 2019



GABRIEL JOSÉ ROMERO SUNDHEIM
Contralor Delegado para el Sector Agropecuario

Sonia Alexandra Gaviria Santacruz – Directora de Vigilancia Fiscal
Carlos Mao Salamanca – Supervisor de Auditoría



3.- ORIGEN Y OBJETO DE LA ACTUACIÓN ESPECIAL

Las contribuciones parafiscales tienen su origen en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución Política que le otorga al Congreso de la República la facultad para *"establecer contribuciones parafiscales y, excepcionalmente, contribuciones para fiscales en los caos y bajo las condiciones que establezca la Ley."* En virtud de dicha facultad, se expide la Ley 89 de 1993, creando la contribución parafiscal para el fomento del sector ganadero y lechero.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 101 de 1993, el órgano legislativo, definió que las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras son aquellas que, en virtud de la ley, se impone una carga económica a un determinado subsector agropecuario y pesquero para su mismo beneficio, en casos y condiciones especiales y por razones de interés general.

Así las cosas, las contribuciones parafiscales son entendidas como verdaderos recursos públicos que crea la ley en virtud de la soberanía fiscal, y aunque no forman parte del Presupuesto General de la Nación, su existencia permite cumplir con los fines del Estado en beneficio de un sector específico.

8

A partir de la concepción plasmada, la administración de la parafiscalidad ganadera y lechera ha tenido la siguiente trazabilidad administrativa:

- El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, suscribió el Contrato No. 017 de 1994 con FEDEGAN, de forma directa, mediante el cual se contrató la administración, recaudo e inversión de la Cuota de Fomento Ganadero por el término de 10 años.
- Vencido el término del citado contrato, se suscribió de manera directa el Contrato No. 026 de 2004 con FEDEGAN, cuyo plazo de ejecución fue de 10 años.
- El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, prorrogó el 24 de diciembre de 2014, el Contrato de administración No. 026 de 2004, hasta el 31 de marzo de 2015.
- En el año 2015 se expidió el Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1753 de 2015, el cual estableció en el artículo 106 que *"La administración de todas las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria"*

o pesquera determinada y hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas. Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno nacional. Este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración. Si la entidad administradora no está en condiciones de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que debe regir la ejecución de las contribuciones parafiscales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por razones especiales definidas mediante reglamento, podrá asumir temporalmente, a través de un encargo fiduciario (...)"

- Con fundamento en las razones especiales establecidas en el artículo 2.10.5.1 del Decreto 2537 del 29 de diciembre de 2015, expedido por el Gobierno Nacional, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, asume de manera temporal la Administración de las Contribuciones Parafiscales.
- El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural celebró con FIDUAGRARIA el Contrato de Encargo Fiduciario de Administración y Pagos No. 20160001 del 4 de enero de 2016, cuyo objeto consistió en: *"...la constitución de un encargo fiduciario para el recaudo, administración y la inversión de la cuota parafiscal de acuerdo a las políticas formuladas por el Gobierno Nacional a través del MINISTERIO, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 89 de 1993 y demás normas que sean aplicables"*, con un plazo de ejecución establecido, inicialmente, hasta el 30 de junio de 2016, en atención a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015.
- Mediante Auto 400-008393 del 26 de mayo de 2016, la Superintendencia de Sociedades ordenó la liquidación por adjudicación y cesación de funciones administrativas del Fondo Nacional del Ganado.
- El día 12 de septiembre de 2016, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, da inicio al Proceso de Licitación No. 05 de 2016, con el fin de elegir a través de un proceso de selección al nuevo administrador de la Cuota de

⁴ Mediante fallo del 28 de marzo de 2019 la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Milton Chaves García, dentro del expediente con radicación interna No. [22456], señaló que el mismo se encuentra conforme a derecho.

Fomento Ganadero; sin embargo, el día 23 de mayo de 2017 y en etapa de prepliegos de condiciones, el proceso es descartado por el ente ministerial.

- El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dio apertura al Proceso de Licitación No. MADR-LP-002-2017, mediante Resolución 226 del 23 de mayo de 2017, proceso suspendido inicialmente con ocasión de una consulta elevada por el ente Ministerial a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el sentido de aceptar o no, la participación de FEDEGAN en el proceso; la licitación fue revocada mediante Resolución 226 de 2017.
- El día 26 de diciembre de 2017, se profiere el Decreto 2193, con el cual se prórroga por un año más, la administración temporal de la parafiscalidad ganadera y lecherea por parte de FIDUAGRARIA.
- El 23 de mayo de 2018, se da inicio al tercer intento de licitación, publicándose los documentos preliminares requeridos por el estatuto de contratación pública, para la selección del administrador de la ya aludida cuota parafiscal, por parte del Ministerio de Agricultura, proceso No. MADR-LP-002-2017, el cual se suspende de manera definitiva, en ocasión de las observaciones presentadas por diferentes actores, en el mes de julio.
- El 15 de noviembre de 2018, mediante memorando No 20183500099433, la Coordinadora del Grupo de Contratación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a propósito del proceso de licitación 01 de 2018, señaló:

“Una vez radicado el estudio previo y documentos del proceso en el grupo de Contratación, el 23 de mayo de 2018 el Ministerio inicio la Licitación Pública No LP-001-2018, con el fin de adjudicar la cuota parafiscal de carne y leche.

*Es importante anotar que el Viceministerio de Asuntos Agropecuarios y la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas allegaron como documento previo la **evaluación de la situación y del sector**, el cual se encuentra publicado en el SECOP II.*

Así mismo, los interesados en el proceso de selección presentaron observaciones entre el 23 de mayo y el 07 de junio de 2018.

Debido a la complejidad de las mismas, y de la importancia de dar cumplimiento a la selección objetiva, transparencia y responsabilidad, la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas y la Subdirección Financiera solicitaron al Grupo de Contratación

modificar el cronograma para dar respuesta a las observaciones del proceso de selección.”

- El 21 de noviembre de 2018, la Dirección de Cadenas Pecuarias, solicitó concepto a la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio, acerca de lo que se debía entender por “representatividad” en el sector ganadero.
- El 27 de noviembre de 2018, la oficina jurídica del Ministerio de Agricultura da respuesta al Dirección de Cadenas Pecuarias, emitiendo el concepto acerca de lo que se debe entender por Representatividad.
- Según lo manifestado por la Dirección de Cadenas Pecuarias, entre el 1º y el 16 de diciembre de 2018, partiendo de la información del primer ciclo de vacunación, de 2018, entregada por la apoderada del encargo fiduciario fue adelantado el estudio de representatividad del sector ganadero y lechero.
- El 13 de diciembre de 2018, la apoderada general del encargo fiduciario remite al Ministerio de Agricultura la información relacionada y tabulada del primer ciclo de vacunación 2018.
- Durante las dos primeras semanas de diciembre, según información del MADR, se elabora el estudio de representatividad.
- El 17 de diciembre de 2018 se concluye, por parte de la Dirección de Cadenas Pecuarias, que FEDEGAN es único gremio que cumple con los requisitos de representatividad y democracia, exigidos por la Ley y la jurisprudencia para la administración de la parafiscalidad ganadera y lechera. El mismo 17 de diciembre se realiza la solicitud de contratación a la oficina de contratación del MADR, la cual recibe el documento de estudios previos el 28 de diciembre de 2018.
- El día 4 de enero de 2019, se suscribe de manera directa el contrato No. 2019001, entre FEDEGAN y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para la administración de la parafiscalidad ganadera y lechera.

Así las cosas, y bajo los antecedentes enunciados, se tiene por objeto de la Actuación Especial, el de analizar y conceptuar el proceso por medio del cual, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, contrató de manera directa con la Federación Nacional de Ganaderos – FEDEGAN, la administración de la parafiscalidad Ganadera y Lechera (Cuenta Nacional de la Carne y la Leche).

4.- ALCANCE DE LA ACTUACIÓN ESPECIAL

La actuación especial al Ministerio de Agricultura y Desarrollo, referida al proceso por medio del cual, se contrató con la Federación Nacional de Ganaderos – FEDEGAN, la administración de la parafiscalidad Ganadera y Lechera (Cuenta Nacional de la Carne y la Leche), tiene por alcance analizar y conceptuar acerca del proceso de contratación, sus antecedentes, la modalidad empleada, así como el estudio de representatividad y democracia interna, aplicado a los diferentes gremios del sector.

5.- CONCEPTO SOBRE EL ANÁLISIS EFECTUADO

Con base en las conclusiones y resultados obtenidos en la evaluación realizada por la CGR, se determinó que no se acataron los protocolos y parámetros legales para el adecuado uso, tratamiento y entrega de la información de datos personales consignados en el aplicativo/software SAGARI, información que fue suministrada a FEDEGAN sin sustento legal ni contractual; se evidencian inconsistencias respecto a los porcentajes de cumplimiento para los lineamientos establecidos en el estudio de representatividad, y no se acató el cumplimiento del estudio de democracia interna.

12

Para la CGR, el estudio de representatividad, suscrito por el Director de Cadenas Pecuarias, no es un antecedente suficiente que permita llegar a una conclusión como la allí señalada. También llama la atención que esa misma dirección, con anterioridad, hubiese suscrito estudios previos y del sector, con conclusiones distintas.

Es pues el referido estudio, el antecedente próximo y cierto que constituye, para el equipo auditor, la no verificación de un requisito *sine qua non*, para haber elegido la vía de la contratación directa. Por cuanto, revisado el expediente contractual y demás documentos recibidos, no se constata el cumplimiento de los requisitos de representatividad y democracia interna que permitieran concluir que, en efecto, solo existe un gremio que cumpliera con dichos mandatos, exigencias que, por demás, según lineamientos jurisprudenciales y legales deben ser concomitantes y aplicables a cada gremio que hubiera estado interesado en el proceso contractual.

Tampoco resulta satisfecho en el estudio previo del contrato 01 de 2018, suscrito igualmente por el Director de Cadenas Pecuarias, el principio de selección objetiva, bastándose con la aplicación anacrónica de supuestos legales no verificados.

6.- CONCLUSIONES Y RESULTADOS

De acuerdo con las verificaciones y análisis efectuados sobre la información de contratos, cumplimiento de los manuales de contratación y las normas aplicables, el equipo auditor estableció los siguientes hallazgos:

HALLAZGO No 1 INFORMACIÓN DE RESULTADOS DE CICLOS DE VACUNACIÓN – (D)

La Ley 1712 de 2014 “Por medio de la cual se crea la Ley de transparencia y del Derecho de acceso a la información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones” en su artículo tercero establece:

“Otros principios de la transparencia y acceso a la información pública. En la interpretación del derecho de acceso a la información se deberá adoptar un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, así como aplicar los siguientes principios:

(...) Principio de la calidad de la información. Toda información de interés público que sea producida, gestionada y difundida por el sujeto obligado deberá ser oportuna, objetiva, veraz, completa reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad”.

13

Al revisar la información presentada por FIDUAGRARIA de los ciclos de vacunación de Aftosa de las vigencias de 2017 y 2018, el equipo auditor evidenció diferencias entre ésta, el aplicativo SAGARI y BD reporte SAGARI, en cuanto a las cantidades de predios y animales vacunados, las cuales se describen a continuación:

CICLOS DE VACUNACION	INFORMACIÓN FIDUAGRARIA	APLICATIVO SAGARI (Relojes de Avance)	BD REPORTE SAGARI
PRIMER CICLO DE VACUNACIÓN 2017	Predios vacunados: 532.973 Animales vacunados: 24.809.763	Predios vacunados: 510.870 Animales vacunados: 24.168.497	Predios vacunados: 469.481 Animales vacunados: 20.742.409
SEGUNDO CICLO DE VACUNACIÓN 2017	Predios vacunados: 584.274 Animales vacunados: 26.026.282	Predios vacunados: 585.118 Animales vacunados: 26.086.942	Predios vacunados: 582.882 Animales vacunados: 25.725.425

CICLOS DE VACUNACION	INFORMACIÓN FIDUAGRARIA	APLICATIVO SAGARI (Relojes de Avance)	BD REPORTE SAGARI
PRIMER CICLO DE VACUNACIÓN 2018	Predios vacunados: 597.470 Animales vacunados: 26.872.531	Predios Vacunados: 599.398 Animales Vacunados: 26.872.117	Predios vacunados: 562,969 Animales vacunados: 24.090.090
SEGUNDO CICLO DE VACUNACIÓN 2018	Predios vacunados: 611.611 Animales vacunados: 27.388.089	Predios vacunados: 611.598 Animales vacunados: 27.388.089	Predios vacunados: 609.741 Animales vacunados: 29.960.477

Fuente: -BD REPORTE SAGARI: Reporte1-2017, Reporte1-2018. Recibido de FEDEGAN el 5 marzo 2019
-INFORMACIÓN FIDUAGRARIA: Radicado 2019ER0007644 28 de enero de 2019
-APLICATIVO SAGARI: Consulta 12-03-2018

Las diferencias evidenciadas entre los datos entregados por las dos administradoras, FEDEGAN y FIDUAGRARIA, se presentan por la ausencia de acuerdos formales y efectivos en el empalme liderado por el Ministerio, para la entrega del sistema de información SAGARI, y su base de datos de los ciclos de vacunación de los años 2016, 2017 y 2018.

14

Aunque se han desarrollado reuniones de empalme, aún no se han acordado los resultados de las cifras concretas y finales de la Base de datos. La CGR no es competente para dirimir ni resolver las inconsistencias o diferencias de las bases, como usuario final debería poder contar con datos finales confiables.

De igual forma, las inconsistencias en los datos entre las fuentes de información, no permiten presentar en forma consistente, coherente, completa y soportada los reportes entregados a terceros, afectando el principio de calidad y transparencia de la información, lo que constituye un riesgo de cara a la toma de decisiones sin sustentos objetivos y congruentes entre FIDUAGRARIA, FEDEGAN y el MADR. Presunta incidencia disciplinaria de conformidad con lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Se manifiesta por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural:

"Resulta necesario clarificar de entrada que la información que sirvió como base del Estudio de Representatividad y Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero Colombiano, es decir, la referente al censo de animales vacunados en el Primer Ciclo de 2018, se obtuvo oficialmente y certificada por el único ente competente en aquel momento, para el efecto, por la Apoderada General de FIDUAGRARIA S.A.

quien actuaba de manera exclusiva como vocera y administradora del Encargo Fiduciario denominado "CUENTA NACIONAL DE LA CARNE Y LECHE — CNCL MADR". (Contrato No. 2016-0655 del 08 de julio de 2016).

Es claro que la Fiduciaria en ejercicio del encargo contratado, era quien capturaba, caracterizaba y dinamizaba toda la información referente a los ciclos de vacunación bovina y bufalina, por ello era, obviamente, el ente competente para certificar las cifras, datos y/O reportes que se requirieran en el marco de sus competencias, lo que ocurrió para la fecha en que se elaboró por el MADR el estudio en mención, es decir, en diciembre de 2018.

Lo anterior es tan así, que la Fiduciaria determinó en el marco del desarrollo de su objeto contractual que por el tamaño y robustez de la información manejada era necesario construir e implementar un aplicativo sistematizado de información, el cual se denominó "Aplicativo SAGARI".

Precisamente y atendiendo estas obligaciones, la apoderada general de FIDUAGRARIA - CUENTA NACIONAL DE LA CARNE Y LECHE — CNCL MADR, mediante oficio No. 1006-1 del 13 de Diciembre de 2018, remitió oficialmente al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la relación y número de animales que fueron vacunados en el Primer Ciclo del Año 2018, lo cual arrojó un resultado final de 26'872.369 cabezas de ganado y 610.557 predios atendidos, cifras oficiales entregadas a partir de una gestión administrativa realizada por la Administradora de la cuenta nacional. (Se anexa copia del Oficio Remisorio y sus anexos en cinco folios)

15

Es claro entonces que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural obtuvo información certificada que le sirvió de base en el Estudio de Representatividad Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero Colombiano del único ente competente al momento de la elaboración del documento, cifra que era menester y obligación atender en razón al trazo de competencias y soporte jurídico.

2. Certeza de la Información.

Respecto a las diferencias de las cifras obtenidas por la Contraloría General de la República, luego de contrastar los datos entregados por FIDUAGRARIA frente a los reportados por FEDEGAN el 5 de marzo de 2019, esta Cartera consultó a la apoderada general de la fiduciaria al respecto para que diera las explicaciones que consideraba oportunas, las que concretó mediante Oficio del 29 de Marzo de 2019, así: "La observación señala que "al revisar la información presentada por

Fiduagraria de los ciclos de vacunación de aftosa de las vigencias 2017 y 2018 se evidenció diferencia" lo cual es necesario aclarar; la primera columna información Fidagraria, responde a la información suministrada el 28 de enero de 2018, la segunda columna aplicativa SAGARI, responde a consulta efectuada por el grupo auditor el 12 de marzo de 2018, la tercera columna BD reporte SAGARI, responde a reporte efectuado por FEDEGAN el 5 de marzo de 2019.

En este sentido es indispensable aclarar que no solo basta con señalar el origen de la información comparada, pues para que la información sea exacta los criterios de selección que dan origen al reporte deben ser idénticos.

Por lo expuesto, se precisa que la base de datos al momento de la entrega a Fedegán contaba con 173 tablas y 2.225 campos, esto genera una multiplicidad de opciones a la hora de crear consultas, así mismo la manera de relacionar las tablas y el tipo de relación utilizada para la generación de información puede dar como resultado una cantidad de registros donde estos pueden multiplicarse o excluir a razón de estas relaciones. Información que puede ser constatada a través del diccionario de datos del aplicativo. Diccionario entregado en su momento a la contraloría en el marco de la Auditoría de Cumplimiento AG8-1-15 CNCL.

16

Es oportuno señalar que en el momento de establecer la observación se debe contar con la evidencia suficiente y apropiada para establecer el estado de cumplimiento de/asunto o materia en cuestión; por lo tanto, los criterios de evaluación como puntos de referencia, parámetros, requisitos o condiciones que se utilizan deben evaluar o medir el asunto de manera razonable y consistente.

Por lo expuesto la información comparada debe necesariamente cumplir el mismo criterio de búsqueda, de lo contrario resulta desacertado afirmar que existe deficiencia de comunicación entre las áreas que manejan la información de vacunación y los controles de/procesamiento de datos del SAGARI.

Aunado a lo anterior el aplicativo SAGARI de geoposicionamiento, análisis y registro de información, se planeó y desarrolló como herramienta que permite el acceso a la información de forma objetiva y veraz, pues esta herramienta incluye como soporte la imagen digitalizada de cada registro de vacunación, lo que permite la verificación real de lo reportado. Nos permitimos anexar como soporte manual de las funcionalidades del aplicativo SAGARI.

Finalmente se plantea como necesario la realización de una mesa de trabajo con los miembros del grupo auditor de la Contraloría General de la República, el arquitecto del software SAGARI, el administrador del aplicativo en la Cuenta Nacional de Carne y Leche y el administrador del aplicativo en Fedegán, con el objetivo de efectuar una verificación en tiempo real constatando la simetría de las cifras consultadas". (Subrayado fuera del texto original).

Ahora, mediante Oficio del 2 de abril del corriente la Apoderada General de la Cuenta Nacional de Carne y Leche certifica todas las cifras que sirvieron de soporte al Estudio de Representatividad y Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero Colombiano, es decir, 26'872.369 cabezas de ganado vacunadas y 597.779 predios atendidos.

Debe resaltarse que la Fiduciaria determinó en este documento que mal se podría asumir que haya existido una real diferencia en la información generada a través del aplicativo SAGARI, sino que la consulta hecha de acuerdo con las funcionalidades del mismo simplemente no coincidieron y por ello los datos fueron diferentes, pues determina que para poder expresar fehacientemente que las cifras no son coincidentes se debe tener total certeza que los criterios de búsqueda fueron idénticos, pues un campo de más o de menos, genera diferencias a veces significativas en las cifras arrojadas.

17

Igualmente se reitera, que los datos utilizados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para el Estudio de Representatividad y Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero Colombiano fueron certificados por la entidad administradora de la Cuenta Nacional de Carne y Leche, competente para suministrar oficialmente las cifras e información relacionadas con el primer ciclo de vacunación contra la fiebre aftosa y brucelosis bovina de 2018, conforme los oficios anexos al presente documento.

Es más, lo que si hubiera sido incongruente e inadmisibile técnica, administrativa y jurídicamente era que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no hubiera basado su trabajo en las cifras certificadas por la Fiduciaria — Administradora de la Cuenta Carne y Leche, al ser el ente que contrató no solo la arquitectura y desarrollo del software que soporta el aplicativo, sino que además fue quien alimentó y caracterizó la información que hoy se dinamiza y extrae del mismo, en atención a la función pública que le fue conferida contractualmente.

1.3. CONCLUSIONES OBSERVACIÓN No. 1.

Esta cartera considera que habiéndose servido de la información oficial certificada por el ente competente hay total credibilidad de las cifras tomadas como base del Primer Ciclo de Vacunación 2018 y, además, atendiendo que en lo que refiere a la calidad y certeza de la información entregada solo es responsabilidad de quienes han administrado a través del tiempo el aplicativo SAGARI, entiéndase FIDUAGRARIA y FEDEGÁN, son ellos como en efecto lo hacen los llamados a aclarar técnicamente por qué pueden ocurrir estas diferencias en las cifras arrojadas. Por todo lo anterior solicitamos a la CGR desestimar íntegramente la Observación No. 1.”

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

El equipo auditor de la Contraloría General de la República, no encuentra razón que sustente por qué, la entrega de cifras históricas, de una misma situación, pudieran ser diferentes dependiendo de quién las entrega, anotando además que el aplicativo que las contiene es el mismo. En efecto, las cifras entregadas por FIDUAGRARIA y FEDEGAN deben ser iguales, por cuanto proceden de un mismo sistema de información, una misma base de datos y, además, referencian datos históricos de los ciclos de vacunación 2017 y 2018 que, a la fecha están cerrados.

18

En los ejercicios desarrollados por la CGR, durante el periodo de estudio y verificación, se evidenciaron diferencias en las cifras que han sido soporte equivoco de la materia en estudio. Tal es el caso de:

- 1) En el sistema de información SAGARI, la presentación de los datos históricos de los ciclos de vacunación cerrados (2017-2018) varían en el tiempo (Relojes de avance).
- 2) La *“Relación de entidades ejecutoras del primer ciclo de vacunación 2018 y entidad a la que se encuentran afiliadas”* en el reporte entregado por FEDEGAN, evidenció la ausencia de 4 organizaciones ejecutoras.
- 3) La *“Relación de entidades ejecutoras del primer ciclo de vacunación 2018 y entidad a la que se encuentran afiliadas”* relaciona 3 organizaciones ejecutoras que no hacen parte de la relación del MADR.
- 4) Los datos de la *“Relación de entidades ejecutoras del primer ciclo de vacunación 2018 y entidad a la que se encuentran afiliadas”* con respecto a los datos del *“Reporte de entidades ejecutoras del primer ciclo de vacunación 2018”* entregado por FEDEGAN no coinciden, manteniendo diferencias entre una y otra.

- 5) Las cifras de los reportes SAGARI entregados por FIDUAGRARIA el 28 de enero de 2019 y el reporte a la consulta de la base de datos (Reporte 1) entregado por FEDEGAN el 5 de marzo de 2019, no guardan coherencia y presentan inconsistencias.
- 6) Las cifras de los reportes generados por el SAGARI y la consulta a la base de datos desarrollada por FIDUAGRARIA en línea y tiempo real, realizada en mesa de trabajo técnico, el pasado 1 de abril de 2019, mesa donde estuvieron presentes la apoderada de FIDUAGRARIA, el proveedor del software y la CGR, no son consistentes y presentan diferencias significativas tanto en predios como en animales vacunados.

Lo anterior resulta relevante, pues como se anotó en los hechos y se confirmó por parte de la entidad auditada en mesa de trabajo, los referidos datos sirvieron de partida para que la Dirección de Cadenas Pecuarias adelantara el estudio de representatividad. Sin hacer mención de que la referida inconsistencia, pudiera ser un obstáculo para construir, ejecutar y financiar políticas públicas.

Por lo anterior y dadas las inconsistencias encontradas se ratifica la observación y se eleva hallazgo con presunta incidencia disciplinaria.

19

HALLAZGO No 2- ESTUDIO DE REPRESENTATIVIDAD GREMIAL – (D)

El criterio número 5 del estudio de representatividad de diciembre de 2018, elaborado por la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas, sustento técnico que permitió la suscripción del contrato de la Administración de la cuota de Fomento de Ganadero y lechero establece:

"...asociado al anterior criterio teniendo en cuenta la radiografía actualizada de la presencia ganadera en el territorio nacional, se considera que para ser representativas las entidades gremiales o colectividades beneficiarias deben tener presencia, a través de sus asociados a nivel departamental, regional o local en más de la mitad de los predios ganaderos a nivel nacional"

A su turno, el criterio número 6 dispuso:

"...Las entidades gremiales o colectividades deben tener como afiliados a organizaciones ejecutoras que atiendan con el programa mencionado la mitad del inventario bovino y bufalino del país."

Al analizar los criterios en mención, se observa que para ser representativas las entidades gremiales, éstas deben tener presencia a través de sus asociados a nivel departamental, regional o local, en más de la mitad de los predios ganaderos a nivel nacional. De igual forma, las entidades gremiales o colectividades deben tener como afiliados a organizaciones ejecutoras (no a ganaderos) que atiendan la mitad del inventario bovino y bufalino del país, con el programa de vacunación.

Lo anterior implica, en primer lugar, sumar el porcentaje de participación de más del 50% de los predios ganaderos del país; y para el segundo evento, sumar el porcentaje de participación mínimo del 50% del hato ganadero. Para validar los criterios, el MADR analizó 84 organizaciones ejecutoras estableciendo el resultado descrito en la tabla siguiente:

PRIMER CICLO DE VACUNACIÓN 2018				
ESTUDIO DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL				
	Animales vacunados	Porcentaje	Predios	Porcentaje
Federación Colombiana de Ganaderos –FEDEGAN-	13.562.858	50%	321.819	54%
Nueva Federación Ganadera - NFG -	7.213.085	27%	125.809	21%
Sin comunicación Ninguna Varias	6.096.426	23%	150.151	26%
TOTAL	26.872.369	100,00%	597.779	100,00%

Fuente: Resultados estudio MADR 2018

Por su parte, el equipo auditor, con ocasión de la Actuación Especial de Fiscalización, replicó el ejercicio, realizando igual ejercicio con la misma información, de la misma base de datos, de FIDUAGRARIA, entregada el 7 de marzo de 2019 por FEDEGAN, en calidad de administrador de los recursos de la parafiscalidad ganadera y lechera, según el contrato N° 20190001 del 4 de enero de 2019, evidenciando diferencias entre esta información, y la "RELACION DE ENTIDADES EJECUTORAS DEL PRIMER CICLO DE VACUNACION DE 2018 Y ENTIDAD A LA QUE SE ENCUENTRAN AFILIADAS", fundamento del estudio de representatividad realizado por la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas, del Ministerio.

Las inconsistencias presentadas fueron justificadas por el Ministerio mediante Resoluciones y contratos con las OEGAS⁵, por lo que el equipo auditor procedió a

⁵ Organizaciones Ejecutoras Ganaderas Autorizadas por el ICA para el proceso de vacunación.

realizar los ajustes correspondientes, ejercicio que arrojó como resultado el incremento en la diferencia en *animales vacunados* de 22.717 a 225.735 y en *predios* de 12.778 a 15.185, tal y como se muestra en las siguientes tablas:

PRIMER CICLO DE VACUNACIÓN 2018		
Entidad	Animales Vacunados	Predios
Estudio MADR	26.872.369	597.779
Bases de datos FIDUAGRARIA	26.895.086	610.557
Diferencia	22.717	12.778

Fuente: Reporte de Base de datos entregada por Fedegan. (Antes de realizar ajuste realizado por la CGR).

PRIMER CICLO DE VACUNACION 2018		
Entidad	Animales vacunados	Predios
MADR	26.872.369	597.779
BASE DATOS.FIDUAGRARÍA	27.098.104	612.964
DIFERENCIA	225.735	15.185
Diferencia porcentual	0,84%	2,54%

Fuente: Reporte de Base de datos entregada por Fedegan. (Después de ajuste realizado por la CGR).

21

Las diferencias evidenciadas, son causadas por la ausencia de acuerdos formales y efectivos, resultado del proceso de empalme liderado por el MADR para la entrega del sistema de información SAGARI.

Por lo anterior, la CGR con la información disponible, no puede llegar a similar conclusión como la documentada por la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuicolas, del Ministerio; según la cual FEDEGAN, es el único gremio que cumple con los mencionados requisitos, y que el estudio de representatividad este basado en la realidad del gremio ganadero, por cuanto no hay certeza ni confiabilidad en la información recibida por el actual administrador, y que de plano, no coincide con la que en su momento manejo el encargo fiduciario.

Lo expuesto vulnera los principios de la calidad y transparencia de la información. Presunta incidencia disciplinaria de conformidad con lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Se manifiesta por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural:



“Debe expresarse inicialmente que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a través de la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas expidió el documento “Representatividad y Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero Colombiano” en el cual determinó, con base en las cifras certificadas por la Apoderada General de la Cuenta Nacional de Carne y Leche para el primer ciclo de vacunación del año 2018, que 26'872.369 animales fueron vacunados.

*En tal sentido y para determinar el cumplimiento del **criterio No. 5** del estudio de representatividad, la dirección competente, luego de realizar entrevistas de consulta en los 17 departamentos del país con mayor inventario ganadero, pudo corroborar que FEDEGAN intervino en más del 50% de los predios ganaderos del país...”*

*“...Para determinar el cumplimiento del **criterio No. 6** del estudio de representatividad, la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas “tuvo en cuenta la información suministrada por la Cuenta Nacional de Carne y Leche de/primer ciclo de vacunación contra la fiebre aftosa y brucelosis bovina, la Resolución No. 00023132 del 17 de abril de 2018, expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario — ICA, en la cual definieron las organizaciones ejecutoras del primer ciclo de vacunación y de acuerdo con las diferentes estructuras gremiales cada una de las organizaciones ejecutoras del programa de vacunación de 2018, indicaron a través de los diferentes medios de comunicación a que entidad nacional gremial se encuentran afiliados y el número de animales vacunados por cada organización...”*

*“...Debe resaltarse, que en concordancia con lo anterior, fue del caso adoptar también como base de información lo previsto en la **Resolución No. 00023581 24 abril 2018** mediante la cual “Se establece el periodo y las condiciones para el I ciclo de vacunación contra fiebre aftosa y brucelosis bovina para el año 2018 en algunos municipios de los departamentos de Cundinamarca, Casanare y Boyacá” y la **Resolución No. 00023971 del 2 de Mayo de 2018**, mediante la cual “Se modifica el periodo del/ciclo de vacunación contra fiebre aftosa y brucelosis bovina 2018 en algunos municipios del departamento de Norte de Santander y se modifican los artículo 7, 9 y se adiciona el artículo 12 de la Resolución 00023132 del 17 de abril de 2018’, pues como se observa estas normas conformaban pluralmente el marco normativo del cual era necesario derivar la información base del estudio...”*

22

“...se debe manifestar que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural comparte íntegramente el buen criterio de la Contraloría General de la República, pues como se puede observar al extraer las cifras sumadas a FEDEGAN para calcular el número de animales vacunados, queda claro que no se tuvo en cuenta a ninguna persona natural o jurídica que estuviera afiliada a dos agremiaciones, las que no estuvieran afiliadas a NFG o FEDEGAN y a las que simplemente no dieron respuesta a la consulta del MADR.

Para el caso de GANACOR no fue tomada en cuenta para el cómputo hecho a FEDEGAN, pues se encontró que estaba afiliada tanto a la Nueva Federación Ganadera como a Federación Nacional de Ganaderos.

*Esto se demuestra al desagregar la casilla “**Varias**” en el que se determina un número de animales **vacunados de 2853.726** correspondiente a una **participación del 11%** y de **39.068 predios atendidos** que corresponde a una **participación del 7%...**”*

“...Como se expresó, es evidente que para concluir que FEDEGÁN, por un lado, había vacunado 13562.858 animales, correspondiente al 50,5% aprox., y por otro, había hecho presencia en el 54% de los predios objeto de vacunación, no se tuvo en cuenta a las personas naturales o jurídicas que se encontraban afiliadas a más de una agremiación, pues con ello se distorsionaría estadísticamente el ejercicio, pues se obtendrían porcentajes por encima del 100% en cada uno de los criterios, a más que se generaría un hecho incongruente al sumarse en dos rangos independientes un mismo dato, como sería número de predios y animales vacunados a nombre de GANACOR...”

23

“...Por lo anterior queda claro entonces que la presunta inconsistencia atribuida al MADR derivada de un “aprovechamiento” de la condición de doble afiliación de GANACOR en favor de FEDEGÁN no ocurrió debiéndose mantener como cifra cierta y aritméticamente soportada las contenidas en el Estudio de Representatividad y Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero Colombiano, para el caso de FEDEGÁN 13'562.858 de cabezas vacunadas (50,5%) y 321.819 predios atendidos (54%)...”

Sobre las asociaciones no encontradas el Ministerio manifestó:

“...Sobre el punto esta Cartera debe reiterar lo ya expuesto, en el sentido que fueron tenidas en cuenta para el Estudio de Representatividad y

Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero Colombiano, todas las organizaciones definidas por el ICA como ejecutoras del primer ciclo de vacunación de 2018 contra la fiebre aftosa y brucelosis bovina, las cuales están enlistadas en las Resoluciones 00023132 del 17 de abril de 2018, 00023581 del 24 abril 2018 y 00023971 del 2 de Mayo de 2018.

Ahora, concretamente encontramos que las asociaciones citadas se encontraban contempladas por el ICA y contratadas por la Fiduciaria Administradora de la Cuenta Ganadera — Ganado y Leche...

“...Es entonces claro que no existió ningún error en la caracterización de las Asociaciones ejecutoras del primer ciclo de vacunación, pues claramente la Corporación Antioquia Holstein CAH, Asociación de Ganaderos de Santa Ana, la Corporación Ganadera Sur de Santander con y la Asociación de Cooperativas Guatavita — ASOLEGA con, fueron contratadas para ejecutar el primer ciclo de vacunación de 2018, de acuerdo con la normativa expedida por el ICA para el efecto cuentan con Resolución del Instituto Colombiano Agropecuario Corporación Antioquia Holstein CAH con Resolución 023971 del 2 de Mayo, Asociación de Ganaderos de Santa Ana con Resolución 023971 del 2 de Mayo, Corporación Ganadera Sur de Santander con Resolución 023971 del 2 de Mayo y Asociación de Cooperativas – ASOLEGA 023581 del 24 de Abril 2018...”

24

“CONCLUSIONES OBSERVACIÓN No. 2.

En conclusión, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural concluye que el Estudio de Representatividad y Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero Colombiano se encuentra debidamente soportado y genera toda la certeza sobre la realidad del gremio ganadero del país, pues la información que sirvió de base para el citado estudio, como se demostró, genera total credibilidad y conformidad.”

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

Sea lo primero señalar que no se entregó información ni se expuso razón, que permita soportar, el supuesto de partida según el cual, la representatividad de un gremio que reúne personas (naturales o jurídicas) que tiene por oficio la explotación del sector agropecuario, no tiene como criterio un universo de afiliados ni representados, sino que tiene como criterio las OEGAS.

Ahora bien, analizada la respuesta de parte del MADR y lo expuesto en la mesa de trabajo, donde se aclara que las OEGAS que no están en la base de datos,

tienen Resolución del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, el equipo de la CGR procedió a verificar las Resoluciones y contratos anexados por la entidad así:

- El contrato N° 640 de administración y ejecución del programa de erradicación de fiebre aftosa y Brucelosis bovina, fue suscrito entre Hilda Terán Calvache, apoderada de FIDUAGRARIA y el representante Legal de la asociación de Ganaderos de Santa Ana Magdalena ASOGANS Javier López Orozco, el 1 mayo de 2018.
- El contrato N° 679 de administración y ejecución del programa de erradicación de fiebre aftosa y Brucelosis bovina, fue suscrito entre Hilda Terán Calvache, apoderada de FIDUAGRARIA y el representante Legal de la asociación de Cooperativas de Productores de leche de Guatavita ASOLEGA Marco Báez, el 1 de mayo de 2018.
- El contrato N° 696 de administración y ejecución del programa de erradicación de fiebre aftosa y Brucelosis bovina, fue suscrito entre Hilda Terán Calvache, apoderada de FIDUAGRARIA y el representante Legal de la Corporación de Ganaderos del Sur de Santander CORGASUR Andrés Rivero García, el 1 de mayo de 2018.
- El contrato N° 624 de administración y ejecución del programa de erradicación de fiebre aftosa y Brucelosis bovina, fue suscrito entre Hilda Terán Calvache, apoderada de FIDUAGRARIA y el representante Legal de la Corporación Antioquia Holstein Roger Michael Martens, el 1º de mayo de 2018.

25

De la verificación de las Resoluciones y contratos anexados por el MADR, se observa que, la base de datos no es consistente y no concuerda con la información brindada por FEDEGAN, ya que no se encontraron las OEGAS Corporación Antioquia Holstein_CAH, Asociación de Ganaderos de Santa Ana ASOGANS, Corporación de Ganaderos del Sur de Santander y la Asociación de Cooperativas Guatavita – ASOLEGA.

Así mismo, el MADR comenta que las OEGAS Comité de Ganaderos del Vichada, Cooperativa Lechera COOAMALFI y la Corporación de Ferias y Exposiciones del municipio de San Gil, no se encuentran listadas en las Resoluciones Nos. 00023132 del 17 de abril de 2018, 00023581 del 24 abril 2018 y 00023971 del 2 de mayo de 2018, lo cual fue comprobado y ajustado por la CGR.

El equipo auditor contrastó la vacunación y predios de la base de datos con la *"RELACION DE ENTIDADES EJECUTORAS DEL PRIMER CICLO DE*

VACUNACIÓN DE 2018 Y ENTIDAD A LA QUE SE ENCUENTRAN AFILIADAS" evidenciando diferencias que no permiten determinar con exactitud la representatividad del gremio ganadero.

Las inconsistencias presentadas fueron justificadas por el Ministerio mediante Resoluciones y contratos con las OEGAS, por lo que el equipo auditor procedió a realizar los ajustes correspondientes, ejercicio que arrojó como resultado el incremento en la diferencia *en animales vacunados de 22.717 a 225.735 y en predios de 12.778 a 15.185.*

Por lo anterior, se ratifica la observación y se eleva a hallazgo, manteniendo la posible connotación disciplinaria y eliminado la de carácter penal, por cuanto la información entregada por FEDEGAN no es coherente con la RELACION DE ENTIDADES EJECUTORAS DEL PRIMER CICLO DE VACUNACIÓN DE 2018 Y ENTIDAD A LA QUE SE ENCUENTRAN AFILIADAS, entregada por FIDUAGRARIA al Ministerio, lo que no permite concluir que se hayan cumplido con los criterios 5 y 6 del estudio de representatividad. Esto es que el 50% de la OEGAS, estén representadas. Se insiste que no se tiene información ni parámetro de ganaderos afiliados ni representados.

26

De igual forma, no se puede concluir que FEDEGAN, sea el único gremio que cumple con los mencionados requisitos; no hay certeza ni confiabilidad en la información recibida por el actual administrador, y que de plano no coincide con la que en su momento manejo en encargo fiduciario. El equipo auditor tuvo en cuenta los argumentos esgrimidos, pero aun así las cifras presentan mayores diferencias.

HALLAZGO No 3 -TRANSFERENCIA Y USO DE DATOS PERSONALES NO ACORDE A LAS LINEAMIENTOS LEGALES – (D) (P)

El artículo 15 de la Constitución Política respecto al derecho de intimidad personal y el tratamiento de datos personales establece:

"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución."

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1266 de 2008, por medio de la cual “se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales” respecto a los principios de la administración de datos reseña:

“(...) b) Principio de finalidad. La administración de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley. La finalidad debe informársele al titular de la información previa o concomitantemente con el otorgamiento de la autorización, cuando ella sea necesaria o en general siempre que el titular solicite información al respecto;

c) Principio de circulación restringida. La administración de datos personales se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos, de las disposiciones de la presente ley y de los principios de la administración de datos personales especialmente de los principios de temporalidad de la información y la finalidad del banco de datos. Los datos personales, salvo la información pública, no podrán ser accesibles por Internet o por otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los titulares o los usuarios autorizados conforme a la presente ley;”

27

En el mismo sentido, el artículo 12 de la Ley 1581 de 2012, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos”, respecto a los deberes de los responsables del tratamiento de datos establece:

“Artículo 12. Deber de informar al Titular. El Responsable del Tratamiento, al momento de solicitar al Titular la autorización, deberá informarle de manera clara y expresa lo siguiente: a) El Tratamiento al cual serán sometidos sus datos personales y la finalidad del mismo; b) El carácter facultativo de la respuesta a las preguntas que le sean hechas, cuando estas versen sobre datos sensibles o sobre los datos de las niñas, niños y adolescentes; c) Los derechos que le asisten como Titular; d) La identificación, dirección física o electrónica y teléfono del Responsable del Tratamiento. Parágrafo. El Responsable del Tratamiento deberá conservar prueba del cumplimiento de lo previsto en el presente artículo y, cuando el Titular lo solicite, entregarle copia de esta”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-748 de 2011⁶, en el ejercicio de control constitucional a la Ley de protección de datos personales, fue terminante al manifestar el consentimiento del titular de la información así:

“El consentimiento del titular de la información es un presupuesto para la legitimidad constitucional de los procesos de administración de datos personales, tratándose de un consentimiento calificado: ya que debe ser previo, esto es, que la autorización debe ser suministrada en una etapa anterior a la incorporación del dato; expreso, en la medida que debe ser inequívoco; e informado, toda vez que el titular no sólo debe aceptar el tratamiento del dato, sino también tiene que estar plenamente consciente de los efectos de su autorización. El proyecto desarrolla los casos en que no es necesaria la autorización, específicamente cuando: la información es requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial, los datos de naturaleza pública, los casos de urgencia médica o sanitaria, tratamiento autorizado por la Ley para fines históricos, estadísticos o científicos y datos relacionados con el registro civil de las personas, casos éstos en los que existen importantes intereses constitucionales que justifican tal limitación.”

28

A su vez, el contrato de encargo fiduciario de administración 20160655, suscrito entre FIDUAGRARIA y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, respecto a las obligaciones de la fiduciaria establece:

“... La fiduciaria cumplirá con las obligaciones que por ley le correspondan, así como con las que a continuación se enuncian: (...)

19. Garantizar la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información a su cargo, y por organización, conservación y custodia de los documentos, conforme a las normas que le sean aplicables.

20. Mantener estricta reserva y confidencialidad de toda la información y documentación adquirida en desarrollo de las obligaciones y respecto de la cual de forma expresa el fideicomitente informe el carácter de confidencialidad”

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 395 de 2007, respecto a las funciones del ICA, establece:

⁶ Referencia: expediente PE-032, control constitucional al proyecto de ley estatutaria No. 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales” Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sentencia del 6 octubre de 2011.

"a) Declarar las emergencias sanitarias y establecer las medidas de control sanitario necesarias y suficientes para atender dichas emergencias.

(...)

f) Recopilar, procesar y analizar, mediante el sistema de información y vigilancia existentes, los datos necesarios que permitan describir, estudiar e inferir el comportamiento de la Fiebre Aftosa;"

El acta No. 01 del 3 de octubre de 2018, de la sesión del Comité Técnico de la Comisión Nacional para la Erradicación de Fiebre Aftosa, hace referencia a un compromiso de confidencialidad y no divulgación que sería suscrito por FEDEGAN.

A su vez, están documentadas solicitudes y cruces de información, referidas al cumplimiento de requerimientos por parte de la agremiación posteriores a la mencionada sesión; así las cosas y en virtud del ejercicio de recolección de información adelantado por la CGR, en el marco de la Actuación Especial de Fiscalización, se observa que no se acataron los protocolos y parámetros legales para el adecuado uso, tratamiento y entrega de la información de datos personales consignados en el aplicativo/software SAGARI.

29

Y es que, con ocasión del encargo fiduciario, la entidad fiduciaria levantó y construyó el aplicativo antes mencionado por un valor de \$1.401.908.000, con el fin de administrar y controlar la gestión y planeación de los ciclos de vacunación, información que fue consolidada en bases de datos con información de los ganaderos tales como: nombre, cédula, predios, número de animales, asociación a la cual se encontraba afiliado, entre otros.

Luego de la revisión de los documentos que anteceden la suscripción del contrato 001 de 2019, y de la información relacionada con el segundo ciclo de vacunación 2017 y primer ciclo 2018⁷, ejecutado por el Administrador de la Cuenta Nacional de Carne y Leche, se observa que dicha información fue entregada sin fundamento legal ni contractual; y sin consentimiento expreso de los ganaderos, asociaciones y federaciones que fueron parte del ciclo vacunación.

Es de anotar que la entrega de la información referida, se realizó con base en lo decidido en la sesión del Comité de la Comisión Nacional de Aftosa del 3 de

⁷ Información que fue suministrada a Fedegan entre el 10 de octubre y el 17 de noviembre de 2018, según correos electrónicos cruzados entre el Ministerio, la apodera de la Cuenta y el gremio.

octubre de 2018, comité que si bien, deriva su funcionamiento de lo establecido en la Ley 395 de 2007, no tiene dentro del marco de competencias determinar o no el manejo de datos personales de ganaderos, y menos aún, atribuirse funciones diferentes a las que le establece el mandato legal.

De igual forma, y no obstante evidenciarse diferentes comunicaciones entre las partes en las que se mencionaba el cambio de las condiciones en los criterios de información por parte de FEDEGAN⁸, se pudo evidenciar que la entrega fue avalada por el Ministerio de Agricultura, quien impartió instrucción a la Cuenta Nacional de Carne y Leche, sin observar los presupuestos inicialmente pactados el día 3 de octubre de 2018⁹, esto es, usuarios de consulta sin modificación de la base de datos.

Adicionalmente, no se tuvo en cuenta que para el momento se encontraba vigente la licitación 01 de 2018, la cual tenía por objeto *“Contratar al administrador de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero para el recaudo, la administración y la inversión de la misma, de acuerdo a las políticas formuladas por el gobierno nacional a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, conforme a la normatividad aplicable”*; siendo FEDEGAN un interesado del proceso en mención.

30

El acceso y demás gestiones antes referidas, presupone una situación de asimetría respecto a los demás interesados, quienes no solo no contaron con la posibilidad equivalente, sino que además desconocían dicha situación, en particular la que resultaba del interés general, esto es, la de los temas de vacunación.

Lo anterior, cobra mayor relevancia dado que, según datos consignados en el estudio de representatividad de diciembre de 2018, suscrito por el Director de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, las conclusiones del mismo, están sustentadas en el primer ciclo de vacunación de 2018¹⁰, elemento no menor, si se tiene en cuenta que la

⁸ Correo electrónico de fecha 10 de octubre de 2018 de Hilda Terán Calvache, para Marcela Ureña Gómez, con copias para Luis Humberto Guzmán, Cesar Augusto Corredor y Felipe Márquez: correo electrónico de fecha 17 de noviembre de 2018 de Hilda Terán Calvache para Cesar Augusto Corredor Velandia, allí se manifiesta. *“...Sin embargo Fedegan ha solicitado la información de forma diferente y unos campos que el software no exportaba en archivo plano. Esta información se les iba a entregar en la mesa de seguimiento del ciclo el martes pasado, pero ellos pidieron unas depuraciones adicionales (como quitar campos de RUV anulados y RUV en gestión) Es importante que siempre se les ha ofrecido el usuario de consulta al software, para que consulten lo que ellos necesiten”*.

⁹ En el punto 5 del acta del 3 de octubre de 2018, solo se hace alusión a la propulsión del Dr. Lafaurie de consulta y acceso a la información la cual se haría a través de un usuario de consulta.

¹⁰ Ver página No. 6 introducción del documento de representatividad elaborado por la Dirección Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

universalidad en temas de vacunación y la representatividad gremial son aspectos relevantes de cara a la contratación del futuro administrador de la Cuenta.

Lo expuesto se presenta por las inobservancias legales del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, al autorizar la entrega de bases de datos personales a FEDEGAN, sin sustento legal, contractual, ni expreso consentimiento de sus titulares; circunstancia que genera riesgos en el manejo privilegiado de la información relacionada con los nuevos predios objeto de vacunación, los diferentes ciclos, y para la integridad personal de los ganaderos. Presunta incidencia disciplinaria de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 y penal según lo establecido en el artículo 269F del Código Penal.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su respuesta pone de presente los lineamientos establecidos en la Ley 395 de 1997, y la facultad en la entrega de la información a FEDEGAN exponiendo:

“... Por lo anterior, en el marco de la Comisión creada por la Ley 395 de 1997, entidades públicas y privadas de carácter técnico consideraron que resultaba imperativo y trascendente solicitar al EF-Cuenta Nacional de Carne y Leche MADR la entrega de dicha información que incluía exclusivamente las bases de datos de los RUV, entrega que se reitera, tenía como único propósito que la Federación pudiera realizar un análisis histórico y estadístico por el aumento de animales y predios del país, a fin de concluir si se habían presentado variaciones anómalas que, de ser así, requerirían de un análisis especial para poder sustentar las posibles variaciones. De igual manera existía la necesidad esencial de trabajar conjuntamente con el ICA, en su calidad de coordinador del programa nacional de fiebre aftosa, para recuperar el estatus sanitario de Colombia ante la Organización Mundial de Sanidad Animal — OIE, evitando todas las consecuencias negativas que de dicha situación se pudieran derivar para la ganadería colombiana, lo que indiscutiblemente se calificaba como de interés nacional.

En virtud de lo anterior, resulta incuestionable que el suministro de información que el Encargo Fiduciario — Cuenta Nacional de Carne y Leche — MADR hace a la Federación Colombiana de Ganaderos — FEDEGAN-, se realizó en desarrollo de su calidad de miembro de la Comisión Nacional de Aftosa, tal como lo dispuso la norma transcrita, entrega que se hace con el fin de que dicho miembro de la Comisión revise dicha información con el objeto de desarrollar el análisis histórico y estadístico sobre el aumento mensual de

la población de animales en diferentes municipios y, sobre todo, en predios del país, derivado ello de la ejecución de los ciclos de vacunación adelantados en el territorio nacional durante los años 2017 y 2018.

*Es importante tener en cuenta que los registros Únicos de Vacunación RUVS, de los cuales se extrae la información que fue suministrada a FEDEGAN, estipula en una de sus cláusulas de **USO DE DATOS PERSONALES**, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 9° de la Ley 1581 de 2012, el ganadero da su consentimiento previo, expreso e informado al encargo fiduciario para efectuar el tratamiento de los datos personales recolectados en ciclos pasados y presentes, ya **sea para su recolección, almacenamiento, actualización, uso, circulación, trasmisión y transferencia, para fines estadísticos, sanitarios y de información.***

En consecuencia, son los propios Ganaderos los que autorizan con la suscripción del RUV que la información que conforman las bases de datos para los ciclos de vacunación sea transmitida con finalidades estadísticas y sanitarias, como fue dispuesto por el Comité Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa..."

32

Asimismo, manifiesta que por mandato de la 1581 de 2012, en tratándose de casos de urgencia sanitaria y tratamiento de información con fines históricos y estadísticos no era necesaria la autorización por parte de los titulares de la información sobre el particular manifiesta:

"...Debe indicarse adicionalmente que el suministro de la información por parte del EF- Cuenta Nacional de Carne y Leche - MADR se efectuó en atención a la Ley 1712 de 2014, cuyo objeto es regular el derecho de la información pública, los procedimientos para el ejercicio y la garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de la información, estableciendo en su artículo 4 que "(...) El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública (...)", que como se ha expresado a lo largo de este escrito, se ha cumplido a cabalidad todas y cada una de las normas que consagran el acceso y suministro de información.

Así mismo, el artículo 5 de la ley antes mencionada señala las personas en calidad de sujetos obligados, definiendo en su literal g) las "entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público (...)".

Finalmente, frente a la oportunidad que se le dio a FEDEGAN, por la revelación de la información, durante el periodo de análisis de las observaciones presentadas al proceso licitatorio 01 de 2018 el Ministerio manifestó:

“... este Ministerio debe indicar que dicha eventualidad no hubiese podido materializarse, toda vez que el proyecto de proceso de licitación señalaba como requisitos habilitantes y que asignaban puntajes la presentación de determinado número de afiliados mediante la presentación de documentos diferentes a los RUV que se entregaron a FEDEGAN, por solicitud de la Comisión Nacional de Erradicación de Fiebre Aftosa. Por lo anterior, el hecho de que FEDEGAN hubiera tenido la información que se le suministró en nada le implicaba una posición ventajosa en el evento que la licitación hubiera decidido adelantarse.”

Lo mencionado se puede colegir fácilmente del cuadro de factores de calificación que la misma CGR entregó como anexo, pues es claro que el manejo de información general de los ganaderos atendidos con los programas de vacunación contra fiebre aftosa y brucelosis no permite obtener ningún puntaje ni facilitaba la certificación de las afiliaciones que sí hubiesen dado puntaje en caso de haber proseguido el proceso de selección en los mismos términos planteados por el Gobierno anterior (...)”

33

ANÁLISIS DE RESPUESTA

Analizada la respuesta que sobre el particular allegó el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se determina por parte del equipo auditor, ratificar la observación enunciada por cuanto los argumentos de hecho y de derecho esgrimidos no desvirtúan lo advertido por la CGR.

Se reitera que, no obstante, FEDEGAN pertenecer a la Comisión Nacional de Erradicación de Fiebre Aftosa, esto no lo habilita para ser destinatario de datos personales de los ganaderos y, menos aún, que los mismos se hayan entregado con base en decisiones tomadas en el Comité Técnico celebrado el día 3 de octubre de 2019. Comité que, por demás, se abrogó competencias y decisiones que no le confiere la Ley.

De igual forma, se alude a que no era necesaria la autorización expresa de los ganaderos para la entrega de información de sus datos personales a FEDEGAN, por cuanto mediaba la urgencia sanitaria en el país, con ocasión de los brotes de aftosa presentados durante el segundo semestre del año 2018, y que los datos se suministrarían con meros fines históricos y estadísticos, según lo establece el artículo 10 de la 1581 de 2012.

Sin embargo, dichos argumentos no son de recibo por parte de la CGR, por cuanto si bien, el país atravesaba la crisis mencionada por los brotes de aftosa, la responsabilidad en el manejo, mitigaciones y acciones, de dicha contingencia estaba en cabeza del ICA, tal y como lo dispone el artículo 6 literales a, c, f y g así:

“Funciones del ICA. Serán, además, de las funciones inherentes al ICA, las siguientes:

a) Declarar las emergencias sanitarias y establecer las medidas de control sanitario necesarias y suficientes para atender dichas emergencias;

(...)

c) Realizar en forma permanente el diagnóstico etiológico de Fiebre Aftosa en el país;

(...)

f) Recopilar, procesar y analizar, mediante el sistema de información y vigilancia existentes, los datos necesarios que permitan describir, estudiar e inferir el comportamiento de la Fiebre Aftosa;

34

g) Atender y controlar oportunamente, cualquier sospecha de enfermedad vesicular;”

Así las cosas, la responsabilidad en el manejo y control de la crisis está en cabeza del ICA, entidad que podía acudir a la Comisión Aftosa como órgano consultivo y asesor para la toma de decisiones; nótese que la misma ley le atribuye a dicha comisión el carácter de consultivo (no haciendo alusión alguna respecto a la naturaleza del comité), hecho no menor, si se tiene cuenta que, FEDEGAN es un actor más de dicha comisión, por lo que la sola declaración de urgencia sanitaria no habilitaba la entrega de información a dicho gremio, máxime cuando no se encuentra la utilidad, pertinencia ni beneficio de dicha decisión para afrontar y superar los brotes de aftosa.

Por otra parte, y en cuanto al argumento de la utilización de la información con meros fines históricos y estadísticos, la CGR concluye que, de conformidad con los soportes allegados a la actuación especial, no es posible certificar que la misma se haya utilizado para los mencionados fines; no existe documento, insumo o producto que permita demostrar el manejo dado por FEDEGAN a los datos personales de los ganaderos registrados en el RUV.

Es de importancia resaltar que la información registrada el RUV, tiene una doble connotación: por un lado, la pública, que está relacionada con los diferentes ciclos de vacunación, variables, conocimiento geoespacial, lugar de vacunación, datos que en efecto, no son objeto de reserva por la ley y que por ende, podían ser transferidos y entregados sin mediar autorización; por otra parte, encontramos los datos de naturaleza privada, que dan cuenta de aspectos tales como, nombre, predio, ubicación y animales, y sobre los cuales la CGR reitera no se hizo un manejo adecuado y conforme a los lineamientos legales.

Sobre el particular, es de importancia señalar el documento "*Guía para la gestión y Clasificación de activos – seguridad y privacidad de la información versión 2016*" expedido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-MinTic, en el sentido de definir la información pública clasificada como: "*... aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semi-privado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de la ley 1712 del 2014*".

35

Y en otros apartes indica que la mencionada información es aquella: "*...disponible para todos los procesos de la entidad y que en caso de ser conocida por terceros sin autorización puede conllevar un impacto negativo para los procesos de la misma. Esta información es propia de la entidad o de terceros y puede ser utilizada por todos los funcionarios de la entidad para realizar labores propias de los procesos, pero no puede ser conocida por terceros sin autorización del propietario.*" Se echa de menos la política de tratamiento de datos y de información del Ministerio con ocasión de los hechos citados.

Por otra parte, la CGR pudo corroborar, a través de información cruzada, entre el Ministerio de Agricultura y la apodera general del encargo fiduciario, el cambio de las condiciones en los criterios de información por parte de FEDEGAN en relación con lo plasmado en el acta del 3 de octubre de 2018, que de haberse continuado, solo era necesario un usuario de consulta del aplicativo SAGARI, esto teniendo en cuenta que para los supuestos fines históricos y estadísticos de FEDEAGAN era más que suficiente la forma propuesta por el encargo fiduciario.

Finalmente, y en lo que respecta a la asimetría en el manejo privilegiado de la información, la CGR reitera su argumento por una sencilla razón, no es lo mismo tener la información que no tenerla, máxime cuando para la fecha de los hechos se encontraba vigente la expectativa de licitación para la adjudicación del contrato de parafiscalidad ganadera y lechera.



El conocimiento previo de información por parte de FEDEGAN, lo ponía en una situación de ventaja respecto a los demás gremios, por cuanto el conocer las variables dispuesta por el aplicativo SAGARI, lo aproximaba a la realidad ganadera del momento, realidad y radiografía desconocida por los demás gremios.

El equipo auditor insiste en que el conocimiento previo no otorgaba, de cara a los criterios de calificación, propuestos en el proyecto de pliegos ninguna ventaja cierta, pero en retrospectiva se pudo evidenciar en la información entregada estaba el sustento, del que luego la Dirección de Cadenas Pecuarias partió para adelantar el ya referido estudio de representatividad, por lo cual, el contenido de esa base de datos sí resultaba relevante en la dinámica contractual.

Por los argumentos expuestos y bajo el análisis efectuado se valida la observación elevándola como hallazgo con las connotaciones referidas.

HALLAZGO No 4. –CRITERIOS SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE LA CUENTA NACIONAL DE LA CARNE Y LA LECHE-(D) (P)

El artículo 30 de la Ley 101 de 1993, respecto a la administración y recaudo de la cuota parafiscal establece:

“administración y recaudo. La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.

Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración.”

A su turno, en la sentencia C-678 de 1998 la Corte Constitucional¹¹, en cuanto a la administración, recaudo y condiciones del administrador parafiscal estableció:

¹¹ Sentencia C-678 del 18 de noviembre 1998, Referencia: Expediente D-2068, Magistrado Ponente-Alfredo Beltrán Sierra.

“...es necesario, en primer lugar, señalar que la participación de los aportantes de la contribución parafiscal en su administración y recaudo, se fundamenta en el derecho constitucional consagrado en el inciso primero del artículo 2 de la Carta, el cual reconoce la “participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica,...de la Nación”. Por lo tanto, si una de las características de la parafiscalidad, es que quienes aporten los recursos se beneficien exclusivamente de ellos, forzosamente han de tener participación en lo que tenga que ver con el manejo e inversión de tales recursos...”

“...por otra parte, ha de observarse por la Corte que, si conforme a lo dispuesto por el artículo primero “Colombia es un Estado Social de Derecho”, organizado en forma “democrática, participativa y pluralista”, ello impone, por principio, el derecho de todos a participar en los asuntos que los afectan, razón está por la cual, en sentencia C-191 de 1996, esta Corporación expuso que conforme a la Carta Política ha de exigirse “que las entidades que manejan contribuciones parafiscales elijan a sus representantes y directivos por medios democráticos, pues de esa manera se busca que “...todos los intereses que conforman el sector gravado parafiscalmente se encuentren adecuadamente representados y puedan incidir en la forma de manejo de tales recursos. En efecto -agregó la Corte- es necesario recalcar que las contribuciones parafiscales son fruto de la soberanía fiscal y son cobradas coactivamente. Son pues obligatorias y no voluntarias pues ‘el sujeto gravado no puede eximirse del deber de pagar la contribución’, rasgo que diferencia a estas contribuciones parafiscales de las tasas y las acerca a la naturaleza jurídica de los impuestos”. Por ello, “uno de los más viejos y clásicos principios del constitucionalismo es aquel de que no puede haber impuesto sin representación, que se concreta en la norma según la cual solo los órganos plurales de representación popular pueden establecer impuestos (C.P. art. 338), por lo cual resulta perfectamente congruente que se exijan mecanismos de representación democrática en la elección de los directivos de las entidades encargadas de manejar recursos parafiscales”

37

(...) así las cosas, en relación con el artículo 7 de la Ley 89 de 1993, aquí demandado, la Corte Constitucional declarará su constitucionalidad, condicionada a la existencia de una real estructura democrática de la Federación Colombiana de Ganaderos, en cuanto por medio de instrumentos efectivos, se garantice la participación de todos los gravados con la cuota de fomento ganadero y lechero cuya administración y recaudo final se otorga por el Estado, en virtud del contrato que con esa Federación habrá de celebrarse. Ello significa, entonces, que si esa estructura

*democrática resultare inexistente, el contrato aludido carecería entonces de soporte constitucional, por cuanto habría, en tal caso un objeto ilícito, por lo que la exequibilidad, entonces **habrá de ser condicionada a este requisito.*** (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

En el mismo sentido, la sentencia C-543 de 2011¹² respecto a las condiciones de los contratos para la administración de las contribuciones parafiscales reseñó:

*“...En cuanto a las condiciones que se han mencionado respecto de la celebración de los contratos para la gestión fiscal de las contribuciones parafiscales, debe indicar la Corte que en la medida en que el legislador no señale la entidad encargada de la gestión de la contribución parafiscal, corresponderá al Gobierno la designación de la misma; igual regla se ha de seguir cuando la institución inicialmente determinada por **el legislador no reúna los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección** o esas características hayan perdido su vigencia en el tiempo...”. (Negrillas fuera del texto original)*

En la misma línea y respecto a las condiciones que debería cumplir el gremio administrador de la cuota parafiscal la sentencia C-132 de 2009¹³, menciona:

38

“...3.6. Según la jurisprudencia de esta corporación, cuando el legislador no señala la entidad con la cual se debe contratar la administración de fondos parafiscales, o la institución inicialmente determinada no cumple los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección, o esas características han perdido su vigencia, “corresponderá al Gobierno la designación de la misma”, evento en el cual si existen dos o más entidades que reúnan idénticas condiciones de representatividad nacional y organización y funcionamiento internos democráticos exigidas, debe escoger, “con observancia del principio de transparencia”, a cualquiera de ellas, regla que también debe aplicarse cuando conforme a las cláusulas estipuladas en los respectivos contratos se venza el término de los mismos...”

Por su parte, en la sentencia C-644-2016, haciendo alusión a los factores de escogencia del administrador parafiscal y la competencia para introducir reformas a dicha el Tribunal Constitucional reseñó:

¹² Sentencia C-543 del 23 de mayo de 2011, Corte Constitucional expediente D-3163, Magistrado Ponente-Álvaro Tafur Galvis.

¹³ Sentencia C-132 del 24 de febrero 2009- Corte Constitucional - Referencia: expediente D-7381, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

“En efecto, en el momento en que FENAVI deje de cumplir con los requisitos de representatividad nacional del sector avícola o de organización y funcionamiento interno democrático, o se venza el contrato celebrado con dicha Federación o haya lugar a la declaratoria de caducidad del mismo, el Gobierno Nacional puede escoger una entidad, asociación o federación del sector avícola para celebrar un nuevo contrato, que reúna esas características y con observancia de los principios de la contratación estatal, que garantizan la igualdad de condiciones en la postulación de los oferentes para dicha administración. (...)

29. Dicha competencia, además de tener fundamento en el artículo 189.20 de la Carta, refleja la idea según la cual la administración de los recursos públicos corresponde, por regla general, a órganos del Estado. Ello implica que la autorización para que dicha actividad sea asumida por los particulares, no es el resultado de la existencia de un mandato constitucional, sino de una elección del legislador al amparo de su libertad de configuración. De otra forma dicho, advierte la Corte, no existe una obligación superior de atribuir la administración de contribuciones parafiscales a una determinada asociación privada. Recordando lo dicho en la sentencia C-002 de 1998 la entidad gremial no tiene el derecho adquirido de impedir que el Estado, mediante ley, introduzca reformas razonables a la forma de gestión de dichos recursos.

39

Por otra parte, y desde la visión contencioso-administrativa, el Consejo de Estado de en fallo del 6 de abril de 2017¹⁴ en cuanto a la exclusividad de la contratación de la parafiscalidad con un gremio expresó:

*“...para resolver el caso concreto, la Sala advierte que el artículo 7° de la Ley 89 de 1993 si bien le impone a la entidad demandada el deber de contratar con la parte actora para la administración y recaudo de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero, **el cumplimiento de dicha norma debe analizarse según la naturaleza, el objeto o el contenido de la obligación impuesta bajo el principio de la integración normativa,** respecto de las atribuciones que el Plan Nacional de Desarrollo otorgó al Gobierno Nacional para la administración y recaudo de dichas cuotas. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado del 6 a abril de 2014, radicación 25000-23-41-000-2016-02477-01(ACU) Acción de Cumplimiento.

Lo anterior, puesto que si bien la acción de cumplimiento es pública y que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, lo cierto es que en virtud de lo establecido en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, la eficacia material de la norma invocada se encuentra supeditada a lo señalado por legislador en esta última normativa, que faculta al Gobierno Nacional para asumir temporalmente y a través de encargo fiduciario, la administración de las contribuciones parafiscales y efectuar el correspondiente recaudo, tal como acontece con las Cuotas de Fomento Ganadero y Lechero.

Así las cosas, se advierte que el artículo 7° de la Ley 89 de 1993 no contiene un deber claro por cuanto ya no hay exclusividad en la contratación con FEDEGAN en virtud de lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo, de manera que, por lo expuesto no es exigible ordenar a la demandada acceder a lo deprecado por el actor, máxime cuando no se cuestiona las condiciones administrativas de la entidad demandante, sino que lo que se advierte es que la obligación dejó de ser clara con la expedición de la mencionada norma que faculta al Gobierno Nacional para asumir la administración y recaudo de dichas contribuciones parafiscales..”.

40

El artículo 106 de la Ley 1753 de 2015¹⁵, en cuanto a la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias introdujo:

“Administración y recaudo de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras. *La administración de todas las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.*

Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno nacional. Este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración.

Si la entidad administradora no está en condiciones de garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que debe regir la ejecución de las contribuciones parafiscales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por razones especiales definidas mediante reglamento, podrá asumir

¹⁵ Plan Nacional de Desarrollo.

temporalmente, a través de un encargo fiduciario, la administración de dichas contribuciones y efectuar el recaudo.”

En concordancia, el artículo 2.10.5.1 del decreto 2537 de 2015, respecto a la asunción de competencia para la retoma de la administración de los parafiscales agropecuarios consignó:

“Razones especiales para la asunción temporal de la administración de las contribuciones parafiscales por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Se considerarán como razones especiales para que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asuma temporalmente la administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, las siguientes: 1. Cuando en el ejercicio contable del año anterior los pasivos sean superiores al patrimonio. 2. Cuando el Fondo sea o haya sido admitido en proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006 y normas concordantes, así como las normas que la modifiquen, deroguen o sustituyan. 3. Cuando a la terminación del plazo de ejecución del contrato de administración respectivo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural considere necesario evaluar la situación del administrador y del sector respectivo, para garantizar el cumplimiento de las reglas y políticas que deba regir la ejecución de la contribución parafiscal correspondiente. 4. Cuando el administrador se encuentre en situación de cesación de pagos o se hayan ordenado en su contra embargos judiciales que afecten el cumplimiento del contrato de administración. 5. Cuando las directivas del administrador sean objeto de sanciones penales o administrativas por hechos relacionados con la administración del Fondo. 6. Cuando exista cartera en mora superior al 5% del recaudo, sin que se hayan iniciado los procesos ejecutivos de cobro. 7. Cuando se apliquen recursos del Fondo a actividades no previstas en los objetivos dispuestos para cada fondo en la normatividad que lo regula.”

41

Analizados los argumentos de hecho y de derecho expuestos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con ocasión de la suscripción del contrato de administración de la parafiscalidad ganadera y lechera, se observa que se optó por la modalidad de contratación directa esgrimiendo sólo el cumplimiento del parámetro de representatividad por parte de FEDEGAN.¹⁶

En efecto, luego de la revisión documental que hiciera la CGR al proceso de contratación en mención, se evidenció que solo se adelantaron los ejercicios de comparación y de análisis del cumplimiento de los lineamientos de

¹⁶ Estudio adelantado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en diciembre de 2018.

representatividad¹⁷, más no de los que podrían configurar la observancia del parámetro de organización, funcionamiento y estructura democrática interna, por lo que no sería viable la afirmación de la existencia de un solo gremio que cumpliera con los requisitos en mención.

Y en razón, precisamente, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales antes mencionados, se establecieron como requisitos ajustados a la Ley, el cumplimiento concomitante de la representatividad y la estructura democrática interna, como exigencias para el gremio que administre la parafiscalidad ganadera y lechera.

Así las cosas, la CGR no encuentra evidencia que permita afirmar que se adelantaron los estudios y análisis correspondientes, a fin de corroborar el cumplimiento del parámetro de estructura interna en los diferentes gremios, tal y como se realizó con el estudio de representatividad del sector.

Adicionalmente, al no haberse adelantado una constatación efectiva y real del cumplimiento del parámetro de democracia interna, no existe certeza acerca de la existencia de un solo gremio que cumpla con ambos requisitos, por lo que, en síntesis, no se habilitaría la opción de contratación directa planteada por la Ley y la jurisprudencia.

42

Las circunstancias expuestas, se presentan por las inobservancias legales del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, al no acatar las normas precedentes y sucesivas del manejo, administración y ejecución de la contribución parafiscal, lo que determinó que la suscripción del contrato para la administración de la cuenta nacional de la carne y la leche fuera de manera directa y no bajo los lineamientos de la licitación pública, con riesgos de vulneración a los principios de igualdad, libre concurrencia y transparencia a otros gremios o asociaciones que pudieran cumplir de manera simultánea y continua con los parámetros de representatividad

¹⁷ La oficina jurídica del Ministerio, mediante memorando 20181130102723 del 27 de noviembre de 2018 estableció como criterios para que un gremio sea considerado representativo los siguientes: 1) Que las entidades gremiales o colectividades beneficiarias deben comprender la producción ganadera de carne, como de leche; 2) Las entidades gremiales o colectividades beneficiarias deben tener afiliados que produzcan carne y leche bovina y bufalina, sin distinción de razas, de tal manera que tengan entre sus intereses y puedan actuar como agentes de los principales actores de la ganadería de carne y leche; 3) Las entidades gremiales o colectividades beneficiarias deben dedicar su objeto social principal a representar afiliados del sector primario de producción de carne y leche, que no realicen transformación; 4) Las entidades gremiales o colectividades beneficiarias deben ser de carácter nacional; 5) asociado al anterior criterio teniendo en cuenta la radiografía actualizada de la presencia ganadera en el territorio nacional, se considera que para ser representativas las entidades gremiales o colectividades beneficiarias deben tener presencia, a través de sus asociados a nivel departamental, regional o local en más de la mitad de los predios ganaderos a nivel nacional y; 6) Las entidades gremiales o colectividades debe tener como afiliados a organizaciones ejecutoras a atiendan con el programa mencionado la mitad del inventario bovino y bufalino del país.

y democracia interna. Presuntas incidencias disciplinaria de conformidad con lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y penal de conformidad con lo establecido en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

El Ministerio de Agricultura en su respuesta alude como principales argumentos los siguientes:

“...De cualquier manera, era necesario tener en cuenta que existen dos tipos de estructuras; la primera que es inherente a la organización gremial, que atiende los criterios establecidos en sus estatutos, respecto de la cual el Gobierno para revisar la procedencia de suscribir el contrato de administración de la cuota parafiscal solo hace un proceso de revisión y constatación en materia de elección democrática de los representantes, como el que se hizo en el estudio de representatividad y estructura democrática por la Dirección de Cadenas, pues se trata de una organización privada que se gobierna libremente por sus estatutos, y una segunda estructura que es aquella que la organización gremial en virtud de la administración de los recursos parafiscales que se le encomienda debe constituir para efectos de garantizar la participación de los gravados en la administración de la cuota, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 013 de 2016 y la resolución reglamentaria...”

43

Así, siempre han coexistido y seguirán coexistiendo como en los demás gremios administradores de recursos parafiscales, estructuras democráticas propias de los gremios como persona jurídica y estructuras democráticas conformadas para administración de los fondos o cuentas conformados de manera independiente y separada con los recursos parafiscales que se recaudan en cada uno de los sectores”.

“...De lo anterior se deben resaltar dos aspectos, a la luz de las observaciones que de manera respetuosa ha realizado la Contraloría. El primero es el relativo a haber revisado únicamente la estructura democrática de Fedegán y no de las demás organizaciones cuya representatividad se revisó y el segundo es el relativo a la existencia real de una estructura democrática en Fedegán, dado el alcance que se le dio al estudio de representatividad y estructura democrática.”

“...Lo primero se explica en que se adelantó un proceso de orden lógico de descarte, que partió del orden previsto en las normas, esto es, primero de los criterios de representatividad y en segundo lugar de la estructura

democrática. Así, una vez se determinó que algunas de las organizaciones o colectividades beneficiarias no cumplían con alguno de los requisitos, se consideró innecesario realizar la evaluación de los criterios subsiguientes. En ese sentido, solo se procedió a valorar el cumplimiento de los requisitos de estructura democrática para la organización gremial que había superado el análisis de representatividad.

Esta metodología de evaluación, en la cual se aplican criterios eliminatorios y clasificatorios, tiene como fin de determinar de manera objetiva el cumplimiento de los requisitos necesarios para la elección, y es utilizada en Colombia en varios procedimientos de selección, verbigracia, los concursos públicos de méritos en la carrera administrativa, en donde para acceder al empleo, los aspirantes deben atravesar varias etapas, algunas de estas de carácter eliminatorio, como las pruebas de conocimiento. De esa manera, solo quienes superan el puntaje mínimo continúan el proceso de selección y contrario sensu, quienes no lo alcanzan quedan excluidos del concurso.

Esta metodología fue adoptada por la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas con el fin de dar eficiencia al estudio. En ese sentido, legítimamente y de buena fe se adoptó como criterio eliminatorio el cumplimiento de los criterios de representatividad de las organizaciones y colectividades beneficiarias, de manera que a las que no los cumplieron ni fueron procedentes ni necesario realizarles el análisis de estructura democrática. En el mismo orden establecido en la ley este requisito constituye una etapa posterior al cumplimiento de los requisitos de representatividad señalados, lo cual indica que estos debían ser previamente aprobados para efectuar la revisión de la estructura democrática...”

44

“...En consecuencia, el análisis del requisito de estructura democrática de las demás colectividades en nada hubiese influido o cambiado la decisión de contratación sugerida por el estudio. Por contera, si hubiese podido retrasar la producción del estudio y de cualquier manera hubiera demandado recursos económicos y humanos necesarios para el análisis de dicha condición.”

Con ello no se le restó importancia al análisis de la estructura democrática de las organizaciones; no obstante, los criterios de representatividad resultaban ser determinantes para lograr una medición confiable y válida a partir de la comparación entre las organizaciones evaluadas. Así, aunque la revisión de la estructura democrática es clave para determinar la idoneidad para la administración del Fondo, la evaluación debía necesariamente comenzar con la revisión de los criterios de representatividad a efectos de excluir las

organizaciones que no cumplieran sus mínimos y continuar el proceso con las que sí los aprobaran.

En segundo lugar, como se observa, el estudio consistió en una revisión detallada de los estatutos, entre otras, teniendo en cuenta que el mismo Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural había participado del Congreso Nacional de los Ganaderos, celebrado el 22 de noviembre de 2018, y que había sido testigo de primera mano de la ratificación de la elección democrática de los miembros de la Junta Directiva de dicha agremiación ganadera. Así, no se consideró necesario ahondar en este punto y se consideró suficiente plasmar la validación de la existencia del procedimiento en los estatutos de Fedegán. De cualquier manera, para el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el cumplimiento del procedimiento establecido en los estatutos no tiene por qué estar en tela de juicio..."

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

Analizada la respuesta que sobre el particular allegó la entidad, se determina por parte del equipo auditor, ratificar la observación referida por cuanto no se desvirtúa lo evidenciado en el marco de la Actuación Especial.

45

El ente Ministerial esgrime dos situaciones: la primera es que en su consideración el examen de democracia interna, es un ejercicio meramente formal, que no requiere constatación material alguna en virtud del principio de buena fe, examen que se agota en la verificación de estatutos; la segunda es que se cumplió con el ejercicio de evaluar la democracia interna para con FEDEGAN y que respecto a los demás gremios, no se hizo necesario dicho estudio, dado que estos no superaron el examen de representatividad.

Sea lo primero manifestar que, en efecto, la estructura interna democrática se aborda desde dos perspectivas: la primera, la inherente a la organización gremial, y la segunda, la que se deriva en virtud de la administración de la parafiscalidad ganadera y lechera.

Sobre el particular, la CGR pone de presente que no es objeto de reproche los estatutos y organización interna de FEDEGAN como agremiación propiamente dicha; para el efecto, lo relevante es aquella estructura democrática que se deriva de la administración de la parafiscalidad, estudio que se echa de menos en los documentos de soporte, previos a la suscripción del contrato. Así mismo hay que señalar que a partir de la doctrina constitucional se requería de una verificación material cierta, esto es que los representados tuvieran pleno ejercicio de sus derechos democráticos a elegir y ser elegidos.

Es claro que, previo a la suscripción del contrato 01 de 2019, la Dirección de Cadenas Pecuarias hubiese analizado los supuestos técnicos además de los exigidos por la ley y refrendados por la jurisprudencia.

La referida Dirección debió constar y documentar cómo FEDEGAN cumplía con dicho criterio, de cara a la futura administración, como requisito previo, anterior a la suscripción del contrato y como mecanismo para determinar el cumplimiento o no de la exigencia jurisprudencial. No obstante, no se evidenció que en la carpeta del contrato 01 de 2019, en el estudio de representatividad ni en los estudios previos que la oficina solicitante de la contratación hubiese adelantado el análisis anotado.

De otra parte, para la CGR no resulta transparente que no se documente cómo es el desarrollo metodológico que se va a adelantar y que, luego de la suscripción del contrato, sin que aún hoy conste en la carpeta del contrato, se exprese que se empleó una metodología de descarte. Señalando que resulta analógicamente aplicable, *ex post*, pues así se adelantan los concursos de méritos. No explica el Ministerio como resulta aplicable un criterio de un proceso de selección a un evento de contratación directa ni por qué es comparable un proceso de descalificación, reglado, a un análisis técnico de una realidad cierta de un determinado gremio. Lo anterior evidencia la ausencia de criterios técnicos, de sustento legal y el empleo de una discrecionalidad apartada de parámetros jurisprudenciales y principios legales.

46

Así las cosas, se concluye que no existió, previo a la celebración del contrato 01 de 2019, una verificación por parte del Ministerio, a la estructura democrática interna de FEDEGAN de cara a la futura contratación parafiscal (no de sus estatutos, como en efecto se hizo) ni de los demás gremios aspirantes a la administración de la parafiscalidad. Esto, teniendo en cuenta que en el estudio de representatividad se omitió plasmar la metodología utilizada para evaluar dicho criterio.

Finalmente se anota que se echa de menos en el documento de estudios previos la constatación de las situaciones previstas en el decreto 2537 de 2015, en particular las relacionadas con la idoneidad actual del futuro contratista, en particular la señalada en el numeral 1º que reza "*Cuando en el ejercicio contable del año anterior los pasivos sean superiores al patrimonio*".



HALLAZGO No 5- SOPORTES LINEAMIENTOS COMPONENTE No. 5 ESTUDIO DE REPRESENTIVIDAD

El artículo 30 de la Ley 101 de 1993, respecto a la administración y recaudo de la cuota parafiscal establece:

“Administración y recaudo. La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.

Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración.”

47

A su turno, la sentencia C-678 de 1998 proferida por la Corte Constitucional¹⁸, en cuanto a la administración, recaudo y condiciones del administrador parafiscal estableció:

“...es necesario, en primer lugar, señalar que la participación de los aportantes de la contribución parafiscal en su administración y recaudo, se fundamenta en el derecho constitucional consagrado en el inciso primero del artículo 2 de la Carta, el cual reconoce la “participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica,... de la Nación”. Por lo tanto, si una de las características de la parafiscalidad, es que quienes aporten los recursos se beneficien exclusivamente de ellos, forzosamente han de tener participación en lo que tenga que ver con el manejo e inversión de tales recursos.

(...)

así las cosas, en relación con el artículo 7 de la Ley 89 de 1993, aquí demandado, la Corte Constitucional declarará su constitucionalidad, condicionada a la existencia de una real estructura democrática de la

¹⁸ Sentencia C-678 del 18 de noviembre 1998, Referencia: Expediente D-2068, Magistrado Ponente-Alfredo Beltrán Sierra.

Federación Colombiana de Ganaderos, en cuanto por medio de instrumentos efectivos, se garantice la participación de todos los gravados con la cuota de fomento ganadero y lechero cuya administración y recaudo final se otorga por el Estado, en virtud del contrato que con esa Federación habrá de celebrarse. Ello significa, entonces, que si esa estructura democrática resultare inexistente, el contrato aludido carecería entonces de soporte constitucional, por cuanto habría, en tal caso un objeto ilícito, por lo que la exequibilidad, entonces habrá de ser condicionada a este requisito.”
(Subrayas fuera del texto original)

En el mismo sentido, la sentencia C-543 de 2011¹⁹ respecto a las condiciones de los contratos para la administración de las contribuciones parafiscales reseñó:

“...En cuanto a las condiciones que se han mencionado respecto de la celebración de los contratos para la gestión fiscal de las contribuciones parafiscales, debe indicar la Corte que en la medida en que el legislador no señale la entidad encargada de la gestión de la contribución parafiscal, corresponderá al Gobierno la designación de la misma; igual regla se ha de seguir cuando la institución inicialmente determinada por el legislador no reúna los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección o esas características hayan perdido su vigencia en el tiempo...”.

48

Respecto a las condiciones que debería cumplir el gremio administrador de la cuota parafiscal la sentencia C-132 de 2009²⁰, menciona:

“...3.6. Según la jurisprudencia de esta corporación, cuando el legislador no señala la entidad con la cual se debe contratar la administración de fondos parafiscales, o la institución inicialmente determinada no cumple los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección, o esas características han perdido su vigencia, “corresponderá al Gobierno la designación de la misma”, evento en el cual si existen dos o más entidades que reúnan idénticas condiciones de representatividad nacional y organización y funcionamiento internos democráticos exigidas, debe escoger, “con observancia del principio de transparencia”, a cualquiera de ellas, regla que también debe

¹⁹ Sentencia C-543 del 23 de mayo de 2011, Corte Constitucional expediente D-3163, Magistrado Ponente-Álvaro Tafur Galvis.

²⁰ Sentencia C-132 del 24 de febrero 2009- Corte Constitucional - Referencia: expediente D-7381, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

aplicarse cuando conforme a las cláusulas estipuladas en los respectivos contratos se venza el término de los mismos...”

Teniendo como parámetros positivos y jurisprudenciales los anotados, la CGR analizó el contenido del estudio de representatividad realizado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que sirvió de sustento para la suscripción del contrato 01 del 4 de enero 2019; en este se observó que en lo referente al cumplimiento del parámetro número 5²¹, el Ministerio esgrime haber consultado mediante llamadas telefónicas, correos electrónicos y reuniones presenciales con las organizaciones ganaderas²², la verificación de afiliación a la entidad gremial de carácter nacional.

Sin embargo; luego de la revisión y corroboración que hiciera la CGR a dicho componente, no se evidencian los soportes documentales que acrediten la labor en campo y administrativa de la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas, tal y como se describe en el estudio de representatividad; es más, luego de la circularización que hiciera la CGR a diferentes asociaciones²³, estas manifestaron no haber sido consultadas con ocasión del estudio de representatividad.

49

La circunstancia expuesta denota que, el estudio de representatividad no tiene la debida soportabilidad y no existe certeza de que los datos en él contenidos estén basados en la realidad del gremio ganadero, lo que constituye riesgos e incertidumbre para definir el efectivo cumplimiento del gremio con la presencia en más del 50% del territorio nacional y, por ende, la habitación y posibilidad de la modalidad de contratación directa para el efecto.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

“Como ya se ha expuesto, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a través de la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas con el fin de validar este criterio, elaboró un cronograma de actividades ejecutado por un grupo interdisciplinario que realizó una verificación técnica y administrativa en los 17 departamentos del territorio nacional con mayor inventario ganadero.

²¹ “... se considera que para ser representativas las entidades gremiales o colectividades beneficiarias deben tener presencia, a través de sus asociados a nivel departamental, regional o local en más de la mitad de los predios ganaderos a nivel nacional”.

²² Página 27 del documento estudio representatividad de diciembre de 2018.

²³ A través de circularización de información, la CGR consultó a 16 asociaciones y 2 agremiaciones (UNAGA y FNG) para indagar si fueron indagados con ocasión del estudio de representatividad y la autorización para el manejo de datos personales.

Los funcionarios y contratistas se reunieron con los representantes de las organizaciones ganaderas ejecutoras del programa de vacunación — Ciclo 1 de 2018, a más que, se realizaron llamadas oficiales y enviaron correos electrónicos con el fin de verificar la información base del trabajo, tal como lo que refiere a entidad gremial nacional a la cual se encontraban afiliadas, entre otros datos.

Estas comunicaciones, presenciales y no presenciales, se encuentran soportadas, por un lado, por las actas firmadas por los representantes de las organizaciones o los secretarios departamentales o municipales de las zonas del territorio nacional que fueron visitadas y, por otro, por las encuestas firmadas por funcionarios y contratistas de este Ministerio, donde dan fe de la información que reposa en cada documento, que para todos los efectos se reputa como un documento público investido de presunción de legalidad.

Finalmente nos permitimos aclarar que en la carpeta del Contrato No. 001 de 2019, folio 162 a 268, se encuentran todos los soportes documentales de visitas y consultas. Igualmente, los demás soportes administrativos y jurídicos de las 1.083 organizaciones analizadas obran en la misma carpeta en medio magnético (un CD), que dan cuenta fiel y verídica de la labor administrativa y de campo.

50

Por todo lo señalado se concluye que el Estudio de Representatividad y Estructura Democrática de los Gremios Nacionales en el Sector Ganadero, se encuentra debidamente soportado y genera total certeza sobre el número de predios intervenidos por FEDEGÁN, es decir, 321.819 que corresponden a un 54% del total, lo que en verdad refleja la realidad del gremio ganadero Colombiano.”

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

El ente Ministerial manifiesta la existencia de soportes, llamadas telefónicas y cronogramas de actividades que dan cuenta de la labor adelantada por la Dirección de Cadenas Pecuarías con ocasión del estudio de representatividad.

Sin embargo, al analizar los soportes obrantes en el expediente contractual del contrato 01 de 2019, solo se evidencian formularios diligenciados y entrevistas practicadas a organizaciones ganaderas afiliadas a FEDEGAN.

Se evidencian formularios y cuadros con registros de nombre y números telefónicos, los mismos no dan cuenta de las fechas en los que se practicaron. De igual forma, no se evidencian los cronogramas de actividades y tiempos en los que adelantó el estudio de representatividad.

En mesa de trabajo y en la respuesta la Dirección de Cadenas Pecuarias, se informó a la CGR que el estudio de representatividad se llevó a cabo entre los últimos días de noviembre y el 17 de diciembre de 2018, fecha en que se evidencia que se solicitó a la Oficina de Contratación del MADR adelantar el proceso contractual. Pero al analizar la línea temporal de procesos llevados a cabo y lo informado en la respuesta de la entidad, llama la atención que la información sustento y soporte del citado estudio fue entregada por FIDUAGRARIA, el 13 de diciembre de 2018, contradicción que se advierte de un contraste de las fechas señaladas por el Ministerio.

Lo anterior, teniendo en cuenta que solo hasta el 13 diciembre de 2018, mediante oficio 1006- 1, la apoderada del encargo fiduciario certificó la información del primer ciclo de vacunación de 2018, hecho no menor, si se tiene en cuenta que, precisamente, la fuente de información para elaborar el estudio de representatividad fue el primer ciclo de vacunación, por lo que, se concluye, necesariamente, que para la fecha en que se realizó el estudio de representatividad, la información del ciclo 2018, no se encontraba consolidada. Por lo anterior la observación se mantiene.

51

HALLAZGO No 6– DATOS ESTABLECIDOS EN LOS COMPONENTES 5 Y 6 DEL ESTUDIO DE REPRESENTATIVIDAD

El artículo 30 de la Ley 101 de 1993, respecto a la administración y recaudo de la cuota parafiscal establece:

“administración y recaudo. La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.

Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno

Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración.”

A su turno, la sentencia C-678 de 1998 proferida la Corte Constitucional²⁴, en cuanto a la administración, recaudo y condiciones del administrador parafiscal estableció:

“...es necesario, en primer lugar, señalar que la participación de los aportantes de la contribución parafiscal en su administración y recaudo, se fundamenta en el derecho constitucional consagrado en el inciso primero del artículo 2 de la Carta, el cual reconoce la “participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica,...de la Nación”. Por lo tanto, si una de las características de la parafiscalidad, es que quienes aporten los recursos se beneficien exclusivamente de ellos, forzosamente han de tener participación en lo que tenga que ver con el manejo e inversión de tales recursos.

(...) así las cosas, en relación con el artículo 7 de la Ley 89 de 1993, aquí demandado, la Corte Constitucional declarará su constitucionalidad, condicionada a la existencia de una real estructura democrática de la Federación Colombiana de Ganaderos, en cuanto por medio de instrumentos efectivos, se garantice la participación de todos los gravados con la cuota de fomento ganadero y lechero cuya administración y recaudo final se otorga por el Estado, en virtud del contrato que con esa Federación habrá de celebrarse. Ello significa, entonces, que si esa estructura democrática resultare inexistente, el contrato aludido carecería entonces de soporte constitucional, por cuanto habría, en tal caso un objeto ilícito, por lo que la exequibilidad, entonces habrá de ser condicionada a este requisito.”
(Subrayas fuera del texto original)

52

En el mismo sentido, la sentencia C-543 de 2011²⁵ respecto a las condiciones de los contratos para la administración de las contribuciones parafiscales reseñó:

“...En cuanto a las condiciones que se han mencionado respecto de la celebración de los contratos para la gestión fiscal de las contribuciones parafiscales, debe indicar la Corte que en la medida en que el legislador no señale la entidad encargada de la gestión de la contribución parafiscal, corresponderá al Gobierno la designación de la misma; igual regla se ha de

²⁴ Sentencia C-678 del 18 de noviembre 1998, Referencia: Expediente D-2068, Magistrado Ponente-Alfredo Beltrán Sierra.

²⁵ Sentencia C-543 del 23 de mayo de 2001, Corte Constitucional expediente D-3163, Magistrado Ponente, Álvaro Tafur Galvis.

seguir cuando la institución inicialmente determinada por el legislador no reúna los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección o esas características hayan perdido su vigencia en el tiempo...”.

En la misma línea y respecto a las condiciones que debería cumplir el gremio administrador de la cuota parafiscal la sentencia C-132 de 2009²⁶, menciona:

“...3.6. Según la jurisprudencia de esta corporación, cuando el legislador no señala la entidad con la cual se debe contratar la administración de fondos parafiscales, o la institución inicialmente determinada no cumple los requisitos de representatividad y escogencia democrática de los correspondientes órganos de dirección, o esas características han perdido su vigencia, “corresponderá al Gobierno la designación de la misma”, evento en el cual si existen dos o más entidades que reúnan idénticas condiciones de representatividad nacional y organización y funcionamiento internos democráticos exigidas, debe escoger, “con observancia del principio de transparencia”, a cualquiera de ellas, regla que también debe aplicarse cuando conforme a las cláusulas estipuladas en los respectivos contratos se venza el término de los mismos...”

53

En el estudio de representatividad, realizado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se observa que para el lineamiento 5²⁷, se estableció como parámetro suficiente del elemento representatividad de cualquier gremio, la presencia en más del 50% de los predios ganaderos en el territorio nacional a través de sus asociados a nivel departamental, regional o local; en tanto que para el lineamiento 6²⁸, se determinó como requisito de cumplimiento, el que las entidades gremiales o colectividades tuvieran como afiliados a organizaciones ejecutoras que atendieran la mitad del inventario bovino y bufalino del país en el programa de vacunación.

Llama la atención que la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas del Ministerio de Agricultura, no tenga un criterio objetivo unificado para determinar

²⁶ Sentencia C-132 del 24 de febrero 2009- Corte Constitucional - Referencia: expediente D-7381, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

²⁷ “...se considera que para ser representativas las entidades gremiales o colectividades beneficiarias deben tener presencia, a través de sus asociados a nivel departamental, regional o local en más de la mitad de los predios ganaderos a nivel nacional”

²⁸ “... Se considera que para que las entidades gremiales o colectividades debe tener como afiliados a organizaciones ejecutoras que atiendan con el programa mencionado la mitad del inventario bovino y bufalino del país. Lo anterior implica sumar en porcentaje de participación mínimo el 50% del hato ganadero”.

cuáles porcentajes deberían aplicarse en la verificar del cumplimiento o no de los lineamientos establecidos, máxime cuando se observa que de acatarse una exigencia de un porcentaje superior al 50%, en ambos lineamientos, ningún gremio cumpliría con dicho requisito (concretamente ver el lineamiento No. 6²⁹).

Por otra parte, es de anotar que el estudio de representatividad, incluye como uno de los factores de análisis cuantitativo, el porcentaje de predios ganaderos en los que deben tener cobertura y el porcentaje de cabezas vacunadas; sin embargo, en ninguno de los 6 lineamientos del estudio se hace alusión al número de ganaderos que forman parte de dichos gremios, sea por afiliación directa a los mismos o por pertenecer a las asociaciones agremiadas en aquellos, información que reposa en el Ministerio y que no fue utilizada con ocasión del estudio³⁰.

Dicha falencia tiene mayor importancia, si tomamos como base, el concepto de representatividad³¹ traído a colación por la oficina jurídica del MADR, en el que se define a esta como “...se trata de alguien que actúa como agente de otras personas que son a su vez vistas como sujetos activos”, lo que determina como factor fundamental, para cualquier análisis que, el mismo, gire en torno al ganadero propiamente dicho y no a predios y/o organizaciones ejecutoras.

54

Las circunstancias expuestas denotan deficiencias por parte de la Dirección de Cadenas Pecuarias a la hora de establecer los porcentajes y criterios estándar para el cumplimiento de los lineamientos de representatividad, lo que genera incertidumbre respecto a la existencia de un único gremio que cumpla con dicha exigencia, condicionando la modalidad de contratación directa para el efecto.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

“El estudio realizado por la Dirección de Cadenas Pecuarias, Pesqueras y Acuícolas se realizó a partir del análisis del concepto de representatividad que realizó la Oficina Asesora Jurídica, tras revisar con la parte técnica las principales características del sector que aporta la cuota de fomento ganadero y lechero. Como parámetro de referencia se tuvo el reporte del primer ciclo de vacunación contra fiebre aftosa y brucelosis, por atender aproximadamente el 100% de los gravados con la cuota.

²⁹ Ver cuadro “No. de animales atendidos por organización del estudio de representatividad” Se observa que FEDEGAN cumple con este parámetro con 13.562.858 de animales vacunados lo que corresponde al universo del 50% de la participación.

³⁰ Ver cuadro “Relación de Entidades Ejecutoras del Primer Ciclo de Vacunación de 2018 y entidad a la que se encuentran afiliadas” visible en estudio de representatividad.

³¹ Tomado del concepto 20181130102723 del 27 de noviembre de 2018, emitido por la oficina jurídica, página 3.

Como lo explicó la Oficina Asesora Jurídica en su concepto, para los criterios 5 y 6 se tuvieron en cuenta los porcentajes de predios y del hato ganadero bufalino y bovino atendido a través de organizaciones que sí estaban afiliadas a diferentes organizaciones, por cuanto con estos criterios se consideró que se lograba un reflejo no distorsionado de los contribuyentes. Para el criterio 5, relacionado con presencia, se utilizó el reporte de predios, dado que tiene una conexión directa con el territorio y ubicaciones geográficas específicas, en contraste, para el criterio 6 se utilizó como parámetro de cálculo el hato ganadero del país, que es el que realmente se atiende a través del programa de vacunación. La selección de estos parámetros no fue manera arbitraria, sino que buscó que respondiera a la lógica específica de cada criterio.

De hecho, los porcentajes de ganaderos atendidos a través del programa de vacunación contra fiebre aftosa y brucelosis, si se hubiera decidido utilizar dicho reporte como parámetro para medir el sexto criterio, hubiera dado el mismo resultado en materia de determinación de quién cumplía los criterios de representatividad.

55

(...)

Ahora, como se explicó en el propio concepto de la Oficina Asesora Jurídica, se tuvo en cuenta que "de acuerdo a lo revisado por la Cuenta Nacional de Carne y Leche menos del cinco por ciento (5%) de los ganaderos de/país está afiliado directamente a las diferentes estructuras gremiales —alrededor de 29 mil según reporte de 2017—" y que en ese sentido, resultaba impropio considerar el factor de afiliación directa de los ganaderos como un criterio que reflejara una de las características generales de los contribuyentes. De haberse tomado, se hubiese construido un reflejo distorsionado de quienes aportan la cuota de carne y leche, puesto que ya se sabía que la afiliación a organizaciones gremiales de carácter nacional es relativamente excepcional su comportamiento.

Los criterios considerados y analizados buscan cumplir con el mandato legal y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, frente a tener en cuenta a los gravados que pagan la cuota parafiscal y no solo a los afiliados a las agremiaciones, siendo criterios representativos para el sector ganadero. Adicionalmente, se consideró que todos los criterios debían observarse en las entidades gremiales o colectividades beneficiarias, por cuanto con ellos se construye un verdadero reflejo del sector ganadero gravado con la cuota parafiscal. Por ejemplo, se tuvo en cuenta que aunque se cumpliera el criterio de presencia en porcentaje de predios, podría pasar que estos representaran un porcentaje no tan significativo de los ganaderos o del hato ganadero del país. Por lo tanto, también era preciso considerar

que se atendiera mínimo el 50% del ganado bovino y bufalino del país. Contrario sensu, también puede ocurrir que el 50% del hato bovino no cumpla con tener presencia en el 50% de los predios.”

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

Analizada la respuesta que sobre el particular allegó la entidad, se advierte por parte del equipo auditor, que el Ministerio no hace alusión a la disparidad en los criterios porcentuales aplicados a los lineamientos 5 y 6 del estudio de representatividad, independientemente de que uno de los gremios sea el cumpla o no con los mencionados postulados.

El estudio de representatividad adelantado por la Dirección de Cadenas Pecuarias debió identificar, expresar y aplicar elementos objetivos e igualitarios con un mismo estándar, tanto para el lineamiento de predios vacunados, como para el referido a la afiliación de organizaciones ejecutoras de vacunación. Llama la atención la ausencia de criterios que permitan justificar la medición, para el primer caso de más del 50% y para el segundo de hasta el 50%.

Por otra parte, es de anotar que el estudio de representatividad, incluye como uno de los factores de análisis cuantitativo, el porcentaje de predios ganaderos en los que deben tener cobertura y el porcentaje de cabezas vacunadas por aquellas; sin embargo, en ninguno de los 6 lineamientos del estudio se hace alusión al número de ganaderos que forman parte de dichos gremios, sea por afiliación directa a los mismos o por pertenecer a las asociaciones agremiadas en aquellos, información que reposa en el Ministerio y que no fue utilizada con ocasión del estudio.

Para la CGR, el estudio de representatividad, necesariamente y con miras a reflejar la situación real del sector, debió considerar como eje de estudio al ganadero propiamente dicho; el tomar como criterio el número de predios vacunados y las afiliaciones de las organizaciones ejecutoras de los ciclos de vacunación, de entrada, no muestra una visión real de representatividad, dado que estaría evaluando a nivel de intermediación y solo respecto al hito de la vacunación.

Por lo referido en precedencia la observación se mantiene.

56

**HALLAZGO No 7 – CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN 20190001
CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO
RURAL Y LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS “FEDEGAN”
CLAUSULADO.**

La Ley 80 de 1993, en el artículo 14 numeral 2, establece:

“De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1°. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2°. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

57

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.



Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. *En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”*

En el mismo sentido, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con ocasión de la sentencia 2016-02477-01(AC), expresó que en los anteriores contratos con FEDEGAN, para la administración de los recursos de la parafiscalidad ganadera y lechera se habían pactado cláusulas exorbitantes así:

58

“1 - ANTECEDENTES (...)

5. Contestación de la demanda (...)

*Hizo referencia a los contratos suscritos entre las partes, en especial al 017 de 1994 y al 026 de 2004, los cuales según lo manifestó, se rigieron por las normas contempladas en la Ley 80 de 1993, **de manera que estaban sujetos a las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilaterales** establecidas en los artículos 15, 16 y 17 *ibidem*.” (el subrayado es nuestro).³²*

En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas especiales, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que,

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejo Ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, Sentencia del 6 de abril de 2017, Radicación número: 25000-23-41-000-2016-02477-01(ACU), Actor: Federación Colombiana de Ganaderos (FEDEGAN), Demandado: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades.

El fundamento de esta función, reservada a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio.

En el contrato de administración 20190001 del 4 de enero de 2019, celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Federación Colombiana de Ganaderos FEDEGAN, no se pactaron cláusulas excepcionales, conforme lo ordena la Ley 80 de 1993, artículo 14.

A pesar de lo anterior, se resalta que, en la **Licitación Pública No. MADR-LP-005 DE 2016**³³, la **Licitación Pública No MADR-LP-002 DE 2017**³⁴ y en la **Licitación Pública No LP-001-2018**³⁵, que preceden la Contratación directa mencionada, se establece de manera expresa la *Cláusulas de Terminación, Modificación e Interpretación Unilateral del contrato*, así como la de *Caducidad*, tal y como se extrajo de los procesos referidos y se relaciona en el siguiente cuadro:

59

Inclusión de Cláusulas Excepcionales en Licitaciones del MADR

Año 2016 - LICITACIÓN PÚBLICA No. MADR-LP- 005 DE 2016		Año 2017 - LICITACION PÚBLICA No MADR-LP-002 DE 2017		Año 2018 - LICITACION PÚBLICA No LP-001- 2018	
CLÁUSULA TERCERA.- MODIFICACION INTERPRETACION	DÉCIMA TERMINACION, E	CLAUSULA CUARTA.- MODIFICACION INTERPRETACION	DECIMA TERMINACION, E	"CLAUSULA CUARTA.- TERMINACION, MODIFICACION INTERPRETACION	DECIMA E
<i>UNILATERAL: De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el presente contrato podrá ser terminado, modificado e interpretado en forma unilateral por EL MINISTERIO, con sujeción a lo dispuesto en los</i>		<i>UNILATERAL: De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el presente contrato podrá ser terminado, modificado e interpretado en forma unilateral por EL MINISTERIO, con sujeción a lo dispuesto en los</i>		<i>UNILATERAL: De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el presente contrato podrá ser terminado, modificado e interpretado en forma</i>	

³³ LICITACION PUBLICA No. MADR-LP- 005 DE 2016 - Anexo No. 10 - Proyecto de Minuta del Contrato, pág. No. 120 y s.s.

³⁴ A folio 864 (pág. 141 y s.s), se encuentra el Anexo No 10 denominado Proyecto de Minuta del Contrato LICITACION PUBLICA No MADR-LP-002 DE 2017 página 148 (Folio 867 de la carpeta digital 5-2017 FEDEGAN)

³⁵ LICITACION PUBLICA No LP-001-2018 - Anexo No 10 Proyecto de Minuta de Contrato, folio 842 pág. No 175 de la carpeta digital 5-2018 FEDEGAN

**Año 2016 - LICITACIÓN
PUBLICA No. MADR-LP- 005
DE 2016**

artículos 15 a 17 inclusive, de la mencionada Ley. **PARÁGRAFO ÚNICO:** En el evento de incumplimiento de las obligaciones por parte de **EL CONTRATISTA** o que éste no se presente a la liquidación del presente contrato, en el caso de que requiera liquidarse o no aporte los documentos requeridos para tal efecto, se acudirá al procedimiento previsto en la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

**Año 2017 - LICITACION
PUBLICA No MADR-LP-002
DE 2017**

artículos 15 a 17 inclusive, de la mencionada Ley. **PARAGRAFO UNICO:** En el evento de incumplimiento de las obligaciones por parte de **EL CONTRATISTA** o que este no se presente a la liquidación del presente contrato, en el caso de que requiera liquidarse o no aporte los documentos requeridos para tal efecto, se acudirá al procedimiento previsto en la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011."

**Año 2018 - LICITACION
PUBLICA No LP-001-
2018**

unilateral por **EL MINISTERIO**, con sujeción a lo dispuesto en los artículo 15 a 17 inclusive, de la mencionada Ley. **PARAGRAFO UNICO:** En el evento de incumplimiento de las obligaciones por parte de **EL CONTRATISTA** o que este no se presente a la liquidación del presente contrato, en el caso de que requiera liquidarse o no aporte los documentos requeridos para tal efecto, se acudirá al procedimiento previsto en la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

60

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA.- CLÁUSULAS EXCEPCIONALES: Por estipulación expresa se incluyen las cláusulas de terminación, modificación e interpretación unilaterales, previstas en la Ley 80 de 1993.

CLAUSULA DECIMA NOVENA.- CLAUSULAS EXCEPCIONALES: Por estipulación expresa se incluyen las cláusulas de terminación, modificación e interpretación unilaterales, previstas en la Ley 80 de 1993.

CLAUSULA DECIMA NOVENA.- CLAUSULAS EXCEPCIONALES: Por estipulación expresa se incluyen las cláusulas de terminación, modificación e interpretación unilaterales, previstas en la Ley 80 de 1993.

CLÁUSULA DÉCIMA.- CADUCIDAD ADMINISTRATIVA: En virtud de esta cláusula, si se presentase alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo de **EL CONTRATISTA** previstas en el presente Contrato, que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo y evidencie que puede conducir a su paralización, **EL MINISTERIO** mediante resolución debidamente motivada, lo dará

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- CADUCIDAD ADMINISTRATIVA: En virtud de esta cláusula, si se presentase alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo de **EL CONTRATISTA** previstas en el presente Contrato, que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo y evidencie que puede conducir a su paralización, **EL MINISTERIO** mediante resolución debidamente motivada, lo dará

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- CADUCIDAD ADMINISTRATIVA: En virtud de esta cláusula, si se presentase alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo de **EL CONTRATISTA** previstas en el presente Contrato, que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo y evidencie que puede conducir a su

Año 2016 - LICITACIÓN PÚBLICA No. MADR-LP- 005 DE 2016	Año 2017 - LICITACION PÚBLICA No MADR-LP-002 DE 2017	Año 2018 - LICITACION PÚBLICA No LP-001- 2018
<p>por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. PARÁGRAFO: En caso de darse la declaratoria de caducidad, no habrá lugar a la indemnización para EL CONTRATISTA, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades establecidas en la Ley 80 de 1993. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.</p>	<p>por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. PARÁGRAFO: En caso de darse la declaratoria de caducidad, no habrá lugar a la indemnización para EL CONTRATISTA, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades establecidas en la Ley 80 de 1993. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.</p>	<p>paralización, EL MINISTERIO mediante resolución debidamente motivada, lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. PARÁGRAFO: En caso de darse la declaratoria de caducidad, no habrá lugar a la indemnización para EL CONTRATISTA, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades establecidas en la Ley 80 de 1993. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.</p>

61

Fuente: información suministrada por el MADR a través de visita fiscal en 2019

Lo expuesto se presenta por la inexistencia de criterios que permitan establecer, el por qué se altera el clausulado contractual y la estructura histórica del mismo, una vez se abandona los procesos de convocatoria pública de contratistas y se optó por la contratación directa, que concluyó en el contrato 20190001, hecho no menor, si se tiene en cuenta que en los contratos anteriores con FEDEGAN (017 de 1994 y al 026 de 2004) y las Licitaciones de 2016, 2017 y 2018, las mismas fueron dispuestas de manera expresa por parte del ente Ministerial.

Así las cosas, la no inclusión de las cláusulas antes referidas, sin justificación de hecho o de derecho, constituye un riesgo para el patrimonio público, por cuanto ante eventuales incumplimientos por parte de FEDEGAN, el Ministerio no tendría los medios y herramientas necesarias para exigir el cumplimiento del contrato, así como, la posibilidad, de ser necesario, de imponer multas y darlo por terminado. Observación de carácter administrativo.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

El Ministerio esgrime en su respuesta lo siguiente:

“Analizada la observación referida a la no inclusión de cláusulas excepcionales en el contrato de administración No 20190001, celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Federación Colombiana de Ganaderos – Fedegan –, conforme lo ordena al (sic) artículo 14 de la Ley 80 de 1993, revisado nuevamente el contenido de la disposición, se considera pertinente resaltar que, atendiendo la tipología del contrato, que por mandato de la Ley 101 de 1993, consiste en:

“Contratar la administración, recaudo final, e inversión de las Cuotas de Fomento Ganadero y Lechero, con el fin de desarrollar los objetivos previstos en la Ley 89 de 1993, la Ley 101 de 1993, los lineamientos de política establecidos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y las demás normas que regulen la materia, así como las cláusulas contenidas en el presente contrato”.

La inclusión de cláusulas excepcionales no está prevista en la clasificación que expresamente la norma precitada incluye, por tratarse de cláusulas de carácter sancionatorio la facultad para su aplicaciones de carácter restrictivo, como se expresa en sentencia del Consejo de Estado: “(...) corresponde al legislador determinar e imponer, en la actividad contractual de la administración pública en Colombia, los escenarios y eventos donde procede la inclusión y aplicación de la institución de las cláusulas excepcionales al Derecho común, como se puede apreciar en el mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

62

*Cuando la norma legal señala la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales, en los contratos de suministro y de prestación de servicios, no lo hace para materializar el principio de la autonomía de la voluntad, sino como concreción del poder imperativo propio del Congreso, porque de lo contrario, tendrían la facultad los sujetos co-contratantes de decidir la inclusión de esas cláusulas, en otros tipos contractuales, e inclusive, **en los denominados atípicos**, en aplicación integral de la autonomía de la voluntad, sin estar atados, exclusivamente, al listado de contratos enunciados por la ley (...) (2) (negrilla fuera del texto original), como en efecto ocurre con el denominado contrato de administración que nos ocupa.*

En este orden de ideas agrega la sentencia referida: “(...) Es por ello que de la lectura del texto anterior, (art. 14 de la Ley 80 de 1993) se tiene que el contrato de consultoría no está contenido en ninguno de los grupos identificables a partir de la citada regulación normativa, esto es: i) en los que se entienden pactadas las cláusulas exorbitantes, ii) en los que las partes pueden estipularlas expresamente, y iii) en los que no resulta o

deviene procedente su estipulación, por expresa prohibición legal. En consecuencia, frente a un número plural de contratos estatales de diversa índole, no existe regulación expresa por cuanto no se encuentran mencionados en el citado artículo 14 ibidem. En esa perspectiva, la autonomía de la voluntad, entendida esta última como uno de los principios básicos del liberalismo moderno, no puede transgredir los postulados legales...” (Negrita fuera del texto original)

La jurisprudencia (Consejo de Estado Exp. 35827) se ha pronunciado en cuanto a la improcedencia de incluir cláusulas excepcionales en contratos especiales, denominados atípicos, en el presente caso, por razón de su naturaleza de origen legal, a partir de la interpretación del mismo artículo 14 de la ley 80 de 1993, invocado como vulnerado por el Organismo de Control; se distinguen así tres grupos de contratos, a los cuales resultan aplicables estas cláusulas exorbitantes por razón de la prevalencia del interés general:

- 1. Un primer grupo, en el que la ley ordena pactarlas de manera obligatoria, al punto que se entienden pactadas aun cuando no se hayan incluido expresamente en el contrato. A este grupo pertenecen los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como los contratos de obra (inciso 1, numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993)*
- 2. En el segundo grupo se encuentran aquellos contratos en los que el legislador prohíbe expresamente pactar este tipo de cláusulas, como son los contratos que se celebren con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales (inciso 2 numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993).*

Por lo indicado, resulta claro que no en todos los contratos pueden pactarse cláusulas excepcionales, e incluso existen algunos en los que el legislador lo prohíbe expresamente. Sin embargo, existe un cuarto grupo que no fue definido expresamente por la ley, aquellos contratos frente a los cuales el legislador no habilitó expresamente a la administración para incorporar

poderes exorbitantes, pero tampoco lo prohibió, sin que por ello, pueda entenderse como una autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común, como es el caso del Contrato No 2019001 de Administración de la cuota de fomento ganadero y lechero, contrato especial de administración, definido en el artículo 30 de la Ley 101 de 1993, así:

*“Administración y recaudo. La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un **contrato especial** con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas. Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo **contrato especial** con el Gobierno Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración.” (negrilla fuera de texto).*

64

Por otra parte, respecto a la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos 017 de 1994 y 026 de 2004, efectivamente verificados los archivos de los mismos, se observa que se incluyeron dichas cláusulas, lo que no conlleva per se su aplicación directa, frente a situaciones que potencialmente pudieron constituir incumplimientos por parte del administrador de las cuotas de fomento ganadero y lechero, para la época de su ejecución, por las razones de orden legal atrás indicadas.

Frente a los procesos de licitación publicados en 2016, 2017 y 2018, es importante señalar que ninguno surtió efecto jurídico, ni generó por tanto fuerza vinculante para la Administración, por cuanto los procesos licitatorios no fueron aperturados o de haberse realizado, como fue el caso de la licitación MADR-LP-002-2017, se revocó mediante resolución motivada, como consta en el respectivo expediente; por tanto los proyectos de minuta allí publicados no adquirieron carácter definitivo.

Sin embargo y respecto de los medios que puede utilizar el Ministerio frente a eventuales incumplimientos del administrador de la cuota de fomento ganadero y lechero, se resalta la inclusión y pacto de las cláusulas decima novena, vigésima y vigésima sexta del contrato No 20190001, relativas a multas, penal pecuniaria y la facultad de terminación unilateral anticipada

frente al resultado de estudios técnicos, que determine la no representatividad de Fedegan en el sector ganadero y lechero del país, con las cuales se garantiza el poder y dirección general y responsabilidad en el ejercicio de control y vigilancia de la ejecución del contrato a cargo del Ministerio.

De conformidad con el análisis efectuado y frente al riesgo para el patrimonio público que invoca el Órgano de Control, por el no pacto de las cláusulas excepcionales en el contrato No 20190001 de administración de la cuota de fomento ganadero y lechero, celebrado con Fedegan, sin razón de hecho o de derecho, consideramos que se han brindado los elementos de juicio suficientes de orden legal, que justifican la exclusión de la observación de carácter administrativo formulada.”

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

Sea lo primero resaltar que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, basa su argumentación jurídica, en extractos de lo que se cita como contenido del fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado con radicado interno 35.827 del 1 de diciembre de 2008, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero; sin embargo, el equipo auditor advierte algunas incorrecciones, a saber:

65

- 1- En la cita No 2, el Ministerio expresa citar la Sentencia 35.827 del Consejo de Estado, cuando esta cita, no corresponde a la misma.
- 2- Menciona el Ministerio que el contrato No. 0001 2019 entre el MADR y FEDEGAN, es un contrato atípico y que, por ello, no se deben pactar las cláusulas excepcionales. Igual referencia se expresó de todos los contratos de administración de fondos parafiscales, lo que sin duda llama la atención, pues se parte de un presupuesto de imposibilidad de aplicar cláusulas pactadas de otros contratos vigentes.

Por lo referido, en lo que respecta al fondo de carne y leche, que bien puede ser replicado a los demás, resulta necesario que se llegue a una conclusión jurídica que permita establecer, cómo o por qué los contratos de administración resultan ser atípicos. Lo anterior en atención a que, contrario a la opinión del Grupo de Contratación del Ministerio de Agricultura, es pacífica en la doctrina y la jurisprudencia en consideración que es atípico el contrato que no tiene reglamentación o desarrollo en la ley. Lo curioso es que la existencia de la parafiscalidad de carne y leche, así como de los demás, tiene como presupuesto, por orden constitucional, una ley de creación.



En particular la Ley 89 de 1993, prevé la existencia de un contrato de administración, la remuneración del mismo, el destino de los recursos administrados, obligaciones específicas del administrador, la existencia de órganos colegiados de decisión, la previsión de multas y sanciones. De igual forma en el código de comercio están previstas distintos supuestos de hecho aplicables a los contratos de administración.

Lo anterior, se resalta, resulta relevante por dos aspectos: respecto del contrato 001 de 2019, en lo que atañe a la supervisión de la ejecución del mismo, pues uno será el parámetro si se insiste en que no existe previsión legal aplicable a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones del mismo; respecto de los demás contratos de administración, además de lo referente al ejercicio de su supervisión, la existencia de un prejuicio de legalidad por parte del contratante.

- 3- Por otra parte, cuando el Ministerio realiza bien la cita de la sentencia 35.827, no se menciona que la interpretación contenida en ella es de carácter general, a contrario sensu, el máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo, se pronunció de manera específica sobre el tema de cláusulas excepcionales en Contratos para la administración de Fondos parafiscales, así³⁶:

66

“...1.4.6 ¿Proceden las cláusulas excepcionales al derecho común en los contratos de administración del Fondo y de los Otros recursos?.. El contrato celebrado entre el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Desarrollo Económico, con el consorcio COTELCO-ANATO-ACODRES para administrar el Fondo de Promoción Turística es un contrato especial previsto en el artículo 45 de la ley 300 de 1996.

Dicho contrato, por estar regulado en una ley especial y posterior a la 80 de 1993, debe ceñirse a lo dispuesto por la citada ley 300 y, en lo no previsto en ésta pero compatible con la misma, se regirá por el estatuto de contratación administrativa.

Las actividades de recaudo y administración de una contribución parafiscal encajan dentro del objeto de un contrato de prestación de servicios y por ende en esta clase de contratos, llamados de administración, la entidad estatal contratante podrá pactar cláusulas excepcionales al derecho común, salvo excepción consignada en la ley especial que crea y regula la

³⁶Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: César Hoyos Salazar concepto de dos (2) marzo de dos mil (2000).- Radicación número: 1256.

respectiva contribución parafiscal y el fondo-cuenta para la administración del mismo.”.

Lo mencionado por el Consejo de Estado sobre la viabilidad de inclusión de cláusulas excepcionales, en Fondos Parafiscales, no es controvertido de fondo por el Ministerio de Agricultura.

Para la Contraloría General de la República, no es coherente por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que luego de incluir cláusulas excepcionales en los anteriores contratos con FEDEGAN, en las tres expectativas de Licitación para adjudicar la administración del Fondo Nacional del Ganado y en los demás contratos de la parafiscalidad agropecuaria, no haya hecho mención de la inclusión de las mismas, necesarias para regular una eventual diferencia entre la Nación y esta Federación.

Debe resaltarse, que este contrato 20190001, anualmente, lo estableció el Ministerio en aproximadamente CIENTO MIL MILLONES DE PESOS; es decir, que en diez años, estaríamos hablando de UN BILLON DE PESOS aproximadamente, valor representativo y sobre el cual se tendría que justificar el cambio de criterio jurídico, de cara a la protección de los recursos públicos. Por todo lo expuesto, se mantiene la observación y queda en firme.

67

HALLAZGO No 8- PROCESOS LICITATORIOS CELEBRADOS 2016, 2017 Y 2018.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su momento consideró, jurídicamente, que la modalidad de contratación para la selección del administrador de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero era la Licitación Pública, de conformidad con las normas contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 de 1993, el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 y demás normas legales vigentes sobre la materia, y en lo no regulado particularmente, por las normas civiles y comerciales y, en general, por todas aquellas que adicionen, complementen o regulen las condiciones que deben reunir los proponentes y todas las relacionadas con el objeto de la contratación.

El numeral 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, indica que: *“(…) La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo. (…)*”. Así las cosas, resulta claro que bajo el régimen de contratación estatal, la regla general como modalidad de selección es la licitación

pública, salvo que la contratación envuelva ciertas particularidades que hagan obligatorio acudir a las modalidades de: selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa, las cuales tienen carácter excepcional.

Sobre el particular, el máximo órgano de control constitucional se pronunció a través de la sentencia C-543 de 2001 y C-132 de 2009, donde concretamente se establecieron las condiciones previas a la asignación de la administración de la cuota parafiscal del sector agropecuario:

- *Los administradores de las cuotas parafiscales del sector agropecuario deberán ser representativos a nivel nacional y contar con una organización y funcionamiento interno democrático.*
- *Cuando existan dos o más entidades que reúna idénticas condiciones de representatividad nacional y organización y funcionamiento internos democráticos exigidas por la ley, se deberá escoger una de ellas con observancia del principio de transparencia.*
- *Se considera positivo que los administradores de las cuotas parafiscales del sector agropecuario, desarrollen sus actividades propias de manera desconcertada o tengan representación en las diferentes zonas del país.*

68

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural - MADR, en razón a que el día 31 de diciembre de 2015, culminó el plazo de ejecución del contrato de administración de la Cuota Parafiscal No. 026 de 2004, suscrito con la Federación Nacional de Ganaderos FEDEGAN, dentro del ámbito de sus competencias inició los procesos licitatorios números LP-005-2016, LP-02-2017 y LP-01-2018, cuyos objetos eran contratar al administrador de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero para el recaudo, la administración y la inversión de la misma. El equipo auditor como parte del proceso estableció cambios dentro de las condiciones exigidas en cada proceso licitatorio, conforme a diversos ítems de los contenidos exigidos dentro de los pliegos a saber:

SELECCIÓN OBJETIVA - REQUISITOS HABILITANTES

De acuerdo con las políticas formuladas por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, conforme a la normatividad aplicable, dentro del contenido de los estudios previos que soportan los mencionados procesos de selección, se tiene entre otros aspectos: "**JUSTIFICACIÓN DE LOS FACTORES DE SELECCIÓN**", el cual comprende los requisitos habilitantes Capacidad Jurídica, Capacidad Técnica, Capacidad Financiera y Organización de los Proponentes, en donde se determinó lo siguiente:

En lo que respecta a la licitación pública **LP-005-2016**, dentro del componente de Capacidad Jurídica, se estableció quienes podían participar en este proceso así:

1. Entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada, calidad que se verificaría en el certificado de existencia y representación legal aportada.
2. Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras a través de las sociedades fiduciarias.

Se evidenció que el ente ministerial dentro del componente requisitos jurídicos habilitantes, no definió los criterios o condiciones mínimas de representatividad que debían cumplir las entidades que participarían en este proceso. Es decir, no se establecieron el número de organizaciones afiliadas que debían acreditar los aspirantes, ni el porcentaje o número que debían cumplir en cada nivel (Nacional, Regional y Municipal).

Por otra parte, contrario a lo evidenciado en el pliego de condiciones de la licitación **LP- 002 -2017**, como en el proyecto de pliego de condiciones de la licitación **LP-001-2018**, dentro del componente de *REQUISITOS JURIDICOS HABILITANTES*, se determinaron las condiciones y exigencias que las entidades participantes debían acreditar, como se ilustra a continuación:

69

Licitación Pública LP 02-2017	Licitación Pública LP 001-2018
A. Entidades gremiales.	A. Entidades gremiales
Atendiendo a los cuadros No 1, 2 y 3, siguientes, el proponente deberá acreditar:	Atendiendo a los cuadros No 5, 6 y 7, el proponente deberá acreditar:
a) Acreditar afiliados como mínimo en 23 departamentos de Colombia.	a) Afiliados como mínimo en 23 departamentos de Colombia.
b) De los 23 departamentos obligatoriamente deberán tener afiliados en los 10 primeros departamentos señalados en el cuadro No 3	b) De los 23 departamentos, obligatoriamente deberán tener afiliados en los 11 primeros departamentos señalados en el cuadro No. 5
c) Mínimo 110 organizaciones afiliadas a la organización gremial deberán corresponder al nivel municipal. Mínimo 10 organizaciones afiliadas a la organización gremial deberán corresponder al nivel regional.	c) Acreditar 70 organizaciones afiliadas al proponente de forma directa o por intermedio de sus organizaciones afiliadas, las cuales deberán corresponder al nivel municipal y/o departamental y/o regional y/o nacional y tener como mínimo 100 afiliados en cada una de las organizaciones, lo que corresponde aproximadamente al 10% de las organizaciones que se presentan en el cuadro No 8 y que reúnen a 717 organizaciones de las 935 muestreadas.

Licitación Pública LP 02-2017	Licitación Pública LP 001-2018
d) Que la organización gremial tenga más de 51.470 ganaderos afiliados de forma directa o por intermedio de sus organizaciones afiliadas, lo cual representa el 10% de los ganaderos del país de conformidad con el cuadro No 1.	d) Que la organización gremial tenga mínimo 32.486 ganaderos afiliados de forma directa o por intermedio de sus organizaciones afiliadas, de acuerdo con los resultados del estudio de sector realizados, en donde se identificaron 67.030 asociados ver cuadro No. 9.
B. Colectividad beneficiaria	B. Colectividad beneficiaria
Atendiendo a los cuadros No 1, 2 y 3, siguientes, la Colectividad Beneficiaria deberá acreditar:	Atendiendo a los cuadros Nos. 5, 6 y 7, la Colectividad Beneficiaria deberá acreditar:
a) La Presencia de ganaderos beneficiarios en 23 departamentos del país. cuadro No 1	a) La presencia de ganaderos beneficiarios en 23 departamentos del país, conforme al cuadro No. 5.
b) Que la colectividad de beneficiarios tenga más de 51.470 ganaderos que representan el 10% de los ganaderos del país de conformidad con el cuadro No 1. La Persona jurídica que representa la Colectividad Beneficiaria, deberá acreditar: 1. Un documento que acredite la constitución de la Colectividad Beneficiaria, el cual debe contener la lista total de beneficiarios con su respectivo número de cédula o Nit y el domicilio (departamento y municipio) donde recibió el beneficio, suscrito por los constituyentes. 2. Documento mediante el cual los beneficiarios autorizan a la persona jurídica para que los represente.	b) De los 23 departamentos, obligatoriamente deberán demostrar beneficiarios en los 11 primeros departamentos señalados en el cuadro No. 6. c) Que la colectividad de beneficiarios tenga como mínimo 32.486 ganaderos.

Fuente: Pliegos de Condiciones de las licitaciones años 2016, 2017 y 2018 –MADR.

Con lo anterior se quiere resaltar que en la licitación LP-02-2017 se exigió que mínimo 110 organizaciones afiliadas a la organización gremial deberían corresponder al nivel municipal y mínimo diez (10), debían pertenecer al nivel regional; concluyendo finalmente, que el gremio debería acreditar, ciento veinte (120) organizaciones afiliadas como mínimo. De manera inexplicable no se indicó cuantas organizaciones debían ser acreditadas para el nivel nacional.

Por otra parte, en el proceso licitatorio LP-01-2018, se estableció que se debían acreditar setenta (70) organizaciones afiliadas al proponente de forma directa o indirectamente, disminuyéndose, de manera significativa, frente a las ciento veinte (120) que fueron exigidas en el proceso de selección iniciado en el año 2017. Igualmente, se estableció que estas setenta (70) organizaciones podrían pertenecer a un solo nivel, sin que sea necesario que la representación esté distribuida en los diferentes niveles.

Para las entidades colectivas beneficiarias como posibles participantes, se determinó en el proceso licitatorio LP-02-2017, que debían tener más de 51.470 ganaderos, que representarían el 10% del hato del país. En tanto en el proceso licitatorio LP 001-2018, se indicó que debían tener **32.486 ganaderos** afiliados de forma directa o por intermedio de sus organizaciones afiliadas de los 67.030 identificadas por el Ministerio, como mínimo.

SELECCIÓN OBJETIVA - FACTORES DE EVALUACIÓN

En cada uno de los procesos licitatorios se establecieron los criterios para seleccionar la oferta más favorable, teniendo en cuenta las siguientes variables:

- 1) La ponderación de los elementos de calidad y precio que se deberán tener en cuenta son los siguientes. Una vez el Ministerio haya determinado que la propuesta se ajusta a las exigencias jurídicas, técnicas y financieras, se catalogará como HABILITADA y se procederá a su evaluación y comparación.
- 2) La oferta más favorable para el Ministerio será la que presente mejor relación de calidad y precio, soportados en puntajes o formulas señaladas en el pliego de condiciones.
- 3) El procedimiento de selección del contratista se ajustará a los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva e igualdad de derechos y oportunidades, de los que se deriva la obligación de someter a todos los oferentes a las mismas condiciones definidas en la Ley y en el pliego de condiciones.

71

De acuerdo al análisis efectuado a los distintos factores de evaluación en cada uno de los 3 procesos licitatorios adelantados por el MADR, se tiene lo siguiente:

Tabla No.5 Criterios de evaluación

CRITERIOS DE EVALUACIÓN	LICITACION PUBLICA LP 05-2016		LICITACION PUBLICA LP 02-2017		LICITACION PUBLICA LP 01-2018		DIFERENCIAS
	Factor de Evaluación	Puntaje	Factor de Evaluación	Puntaje	Factor de Evaluación	Puntaje	
Calidad	900	900	900	900	900	900	Se mantuvo igual en cuanto a la asignación del puntaje para este factor de 900 puntos en las tres licitaciones.
Precio	300	300	270	270	270	270	En la LP 005-2016 se

DE EVALUACIÓN	LICITACION PUBLICA LP 05- 2016		LICITACION PUBLICA LP 02- 2017		LICITACION PUBLICA LP 01- 2018		DIFERENCIAS
	Factor de Evaluación	Puntaje	Factor de Evaluación	Puntaje	Factor de Evaluación	Puntaje	
							estableció que se obtendrá el mayor puntaje económico, al proponente que haga el ofrecimiento económico establecido por la ley y se les otorgará un puntaje equivalente a 300 puntos. Para la LP 002-2017 y la LP 001-2018 se estableció que se obtendrá el mayor puntaje económico, al proponente que haga el ofrecimiento económico establecido por la ley y se les otorgará un puntaje equivalente a 270 puntos
	Apoyo a la Industria Nacional	100	Apoyo a la Industria Nacional	130	Apoyo a la Industria Nacional	130	En LP -05-2016 se estableció 100 puntos para el factor Apoyo a la industria nacional, en la LP 002 - 2017 y LP 01-2018 se aumentó en 30 puntos para este factor.
	Total	1300	Total	1300	Total	1300	

El principio de la selección objetiva que rige la actividad contractual del Estado, se cumple desde el mismo momento en el que se estructuran cada una de las cláusulas del pliego de condiciones, es allí donde la selección de contratista debe catalogarse con ausencia de subjetividad, se debe realizar la comparación de los distintos factores de selección y evaluación establecidos con anterioridad. Asimismo, en estos se debe establecer el valor que corresponda a cada uno de factores, y que la adjudicación del contrato esté determinada por el análisis, comparación y evaluación objetiva de las ofertas presentadas.

Bajo estas consideraciones, se tiene que, en los pliegos de condiciones de los distintos procesos licitatorios analizados, se indicaba claramente que, para efectos de la evaluación de las propuestas, los participantes debían someterse a los criterios de evaluación, esto es, que la oferta más favorable sería aquella que

cumpliera con todos los requerimientos y condiciones establecidas en las licitaciones.

De igual forma, debe destacarse que en la revisión que se hiciera a los diferentes procesos de licitación, se observó que en cada uno de ellos, el componente de gastos de personal era asumido directamente por el futuro proponente sin cargo al recurso parafiscal, elemento que se echa de menos en el contrato 20190001 suscrito con FEDEGAN, en el que gremio no asume los costos relacionados con dicho componente, por lo que implica, necesariamente, un incremento en los gastos administrativos y costo adicionales en comparación con lo que se tenía en los procesos de libre concurrencia y competencia.

Llama la atención que, durante los años 2016, 2017 y 2018, el ente Ministerial intento a través de la licitación pública, aplicando la regla general escoger el administrador de la cuota de la parafiscalidad ganadera sin embargo, para el año 2019, se cambia de criterio, al utilizar la modalidad de contratación directa, sin que se pueda identificar el criterio de selección objetiva, para la suscripción del contrato 20190001, lo que podría constituir riesgos para el patrimonio público ante eventuales demandas de los diferentes gremios del sector.

73

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

"...El Decreto 2025 de 1996, por el cual Se reglamenta parcialmente el Capítulo V de la Ley 101 de 1993, y las leyes 67 de 1983; 40 de 1990; 89 de 1993 y 114, 117, 118 y 138 de 1994, dispone en su artículo 9 lo siguiente:

"Los gastos administrativos que podrán ser sufragados con los recursos de los Fondos Parafiscales cuyos órganos máximos de dirección estén presididos por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, son los generados por:

El recaudo, control y sistematización de las cuotas parafiscales. La formulación, coordinación, administración, ejecución, evaluación, información, difusión y control de los planes, proyectos y programas de inversión.

Las actividades y acciones que garanticen el cabal cumplimiento de las funciones encomendadas por la Ley a los órganos máximos de dirección de cada Fondo Parafiscal.



La Auditoria interna, y el cobro judicial y extrajudicial de las contribuciones parafiscales.

Parágrafo 1. *Los organismos máximos de dirección de los Fondos Parafiscales de que trata el presente artículo, podrán aprobar, al momento de considerar los presupuestos anuales de ingresos y gastos, con el voto favorable del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, gastos administrativos distintos a los señalados en el presente artículo, siempre y cuando estos tengan relación directa con la formulación, coordinación, administración, ejecución, evaluación y control de los respectivos planes, proyectos y programas de inversión.*

Parágrafo 2. *La contraprestación consagrada en la respectiva Ley de creación de cada Fondo Parafiscal y en el correspondiente contrato de administración suscrito entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el ente administrador, hace parte del patrimonio de este último y, como tal, será de su libre disposición y no estará sujeta a los controles de que trata el presente decreto ni al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República."*

74

"...Teniendo en cuenta lo antes expuesto en el Decreto 2025 de 1996, contenido en el artículo 2.10.2.2. del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, es claro en determinar que la contraprestación que reciben los administradores de los Fondos Parafiscales hace parte del patrimonio de este último y será de su libre disposición, por lo que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de ninguna manera podía disponer lo contrario en el contrato celebrado..."

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

De la respuesta quedan dos asuntos sin abordar: El primero, el relacionado con la representatividad. El segundo, relacionado con la selección objetiva.

En cuanto al primero, representatividad, en la observación se estableció como evolucionó el criterio de requisitos habilitantes, trasladándole al proponente la carga de acreditar dicha situación. Si bien el orden de magnitud fue variado de un proceso a otro, es decir, dicho requisito se pudo haber tenido como verificado con diversos porcentajes o números de afiliados, lo cierto es que siempre se tuvo como criterio la afiliación de ganaderos.



Lo anterior cambió, a ser asumida la carga de determinar la representatividad, por parte de la Dirección de Cadenas Pecuarias, del Ministerio, y del criterio de orden de magnitud, pues se modificó el criterio de ganadero afiliado al de OEGAS. Modificaciones que no tienen razón documentada.

Lo segundo, en lo referente a la selección objetiva. Se cambió de un estándar de evaluación objetiva, realizado por un grupo interdisciplinario al interior de la entidad, por un estudio de representatividad, desarrollado sin mención de su metodología con aplicación de criterios subjetivos y discrecionales, suscrito finalmente por la Dirección de Cadenas pecuarias. No hay razón documentada que determine como se verifica la selección objetiva, que permite la suscripción de los estudios previos y la solicitud de contratación que enviase la Dirección de cadenas Pecuarias.

No obstante, el ente ministerial una vez conocido el alcance y contenido de las deficiencias encontradas en cada uno de estos procesos licitatorios iniciados en el año 2016, 2017 y 2018, solamente se pronunció sobre un solo aspecto relacionado con los Factores de Evaluación y que era precisamente la de: *“De igual forma, debe destacarse que en la revisión que se hiciera a los diferentes procesos de licitación, se observó que en cada uno de ellos, el componente de gastos de personal era asumido directamente por el futuro proponente sin cargo al recurso parafiscal, elemento que se echa de menos en el contrato 20190001 suscrito con FEDEGAN, en el que gremio no asume los costos relacionados con dicho componente, por lo que implica, necesariamente, un incremento en los gastos administrativos y costo adicionales en comparación con lo que se tenía en los procesos de libre competencia y competencia.”*

75

Sin embargo, frente a las explicaciones dadas por el Ministerio, debemos indicar que no se está cuestionando el origen e inversión de los costos administrativos sufragados con los recursos de los fondos parafiscales, que por disposición legal del Decreto 2025 de 1996 están determinados, de lo cual no admiten discusión alguna.

Lo censurable, además de los silencios anotados, es la no inclusión del elemento - *gastos de personal*- el cual hacía parte integral del factor de calidad, en el contrato de administración de la cuota de fomento ganadero y lechero No. 20190001 celebrado con FEDEGAN, como se venía haciendo de acuerdo con el contenido de los pliegos de condiciones de los distintos procesos licitatorios aquí analizados.

La CGR reitera que en el desarrollo de las diferentes modalidades utilizadas por el Ministerio para la contratación de la parafiscalidad Ganadera y Lechera no entendieron a la preexistencia de criterios técnicos objetivo.



En el caso de la contratación directa, se vulneraron los principios de selección objetiva (también aplicable según la jurisprudencia para la contratación directa) y libre concurrencia, por cuanto de plano y de manera discrecional el Ministerio entregó la administración parafiscalidad, bajo el argumento de estudios y análisis igualmente subjetivos y discrecionales.



7. ANEXOS

ANEXO No. 1

TABLA CONSOLIDADA DE HALLAZGOS

TIPO DE HALLAZGO	NÚMERO	VALOR (\$)
ADMINISTRATIVOS	8	-
DISCIPLINARIOS	4	-
PENALES	2	-